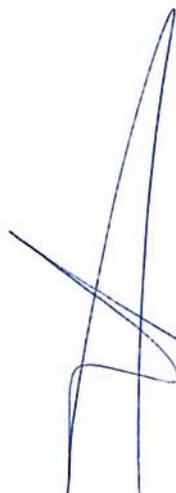


**Sala Penal Nacional de Apelaciones  
Colegiado A**

  
**Expediente** : 46-2017-13  
**Jueces superiores** : **Castañeda Otsu / Salinas Siccha / Guillermo Piscoya**  
**Ministerio Público** : Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada  
**Imputado** : Félix Erdulfo Málaga Torres  
**Delitos** : Tráfico de influencias y otro  
**Especialista judicial** : Mary Elena Vilcapoma Salas  
**Materia** : Tutela de derechos

**Sumilla:** Conforme al Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CIJ-116, por el principio de variabilidad, la hipótesis fiscal, respecto de los hechos y la calificación jurídica, se irá delimitando de manera progresiva en el curso de la investigación preparatoria. En el caso que nos ocupa, la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contiene los hechos que se le atribuyen al imputado Félix Erdulfo Málaga Torres, la forma y circunstancias de los mismos; en ese sentido, puede ejercer su defensa.

  
**Resolución N.º 03**  
Lima, ocho de junio  
de dos mil dieciocho

**AUTOS y OÍDOS.**– En audiencia pública, el recurso de apelación formulado por la defensa técnica del imputado Félix Erdulfo Málaga Torres contra la Resolución N.º 03. Actúa como ponente la presidenta del Colegiado A, jueza superior **Susana Ynes Castañeda Otsu**, y **ATENDIENDO:**

***Antecedentes***

  
1. El 06 de marzo de 2018, la defensa del imputado Málaga Torres solicita ante la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Equipo Especial (en adelante Fiscalía Especializada) la subsanación de la imputación formulada contra su patrocinado Málaga Torres respecto del delito de tráfico de influencias por



considerar que no es clara ni circunstanciada, señalando cuatro aspecto sobre tal imputación.

2. El 15 de marzo de 2018, mediante Providencia N.° 117, el fiscal supraprovincial Marcial Eloy Paucar Chappa dispone: "No ha lugar a la subsanación de la imputación solicitada".

3. El 19 de abril de 2018, la defensa de Málaga Torres solicita tutela de derechos ante la jueza María de los Ángeles Álvarez Camacho<sup>1</sup>, quien por Resolución N.° 03, del 24 del mismo mes y año, declara **fundada** la oposición formulada por el Ministerio Público e **infundada** la citada solicitud.

4. El 04 de mayo de 2018, la defensa interpone recurso de apelación contra la Resolución N.° 03, el que fue concedido por Resolución N.° 04, del 07 del mismo mes y año. Una vez elevado el recurso, el Colegiado cita a audiencia para el 29 de mayo de 2018 y, luego del debate, se procede a emitir la presente resolución.

### ***Fundamentos de la resolución materia de apelación***

5. La jueza Álvarez Camacho sustenta su decisión en las siguiente razones:

5.1. En cuanto a la falta de una imputación clara respecto de si se le atribuye instigación directa o indirecta sobre el supuesto autor del delito de tráfico de influencias, considera que los hechos son los consignados en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, (en adelante DFCIP), los que parten de una imputación general por la presunta existencia de la organización criminal denominada el "Club de la Construcción", conformada por tres componentes –en la que Málaga Torres integraría el primero de ellos como uno de los representantes de las empresas constructoras–, y a partir de la cual se detallan las participaciones específicas, en este caso como instigador

---

<sup>1</sup> Titular del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria



instigación, influencia psíquica concretada y relación causal o de determinación, previstos en el artículo 24 del Código Penal.

**6.3** En relación a la falta de fundamentación fáctica y jurídica sobre la instigación en cadena, en caso de que se le impute a su patrocinado este tipo de instigación, sostiene que la jueza considera erróneamente que la Fiscalía cumplió con la fundamentación fáctica exigida en los apartados 137 y 138 de la DFCIP, debido a que de la narración de los hechos no se establece cómo estaba compuesta la cadena ni el número de sus eslabones, tampoco el modo, lugar ni el tiempo de dicha instigación, pese a que en la DFCIP se señala que del grupo de empresarios se formó un equipo de coordinadores, el cual tendría comunicación con el imputado Prialé de la Peña.

Agrega que la jueza incurre en motivación incongruente al establecer que la correcta operación de tipificación no es objeto de la tutela de derechos, sino de una excepción de improcedencia de acción, por lo que se desvió el objeto de la pretensión, pues no ha solicitado evaluar la calificación de los hechos como instigación en cadena, sino conocer cuál es la base legal de esta calificación.

**6.4** Finalmente, con relación a la falta de una imputación clara sobre el tipo de instigación que se le atribuye a su patrocinado, al haber establecido, en el auto de prisión preventiva que el hecho no puede ser tipificado como inducción por creación del dolo del autor, la jueza incurre en error al señalar que la Fiscalía, en los apartados 151 y 152 de la DFCIP, cumplió con establecer que se trata de ambas modalidades de inducción. Este argumento carece de motivación, por cuanto en dichos apartados no se efectuó una imputación en ese sentido, sino que se trató de una cita de una definición de las formas de instigación recogidas en el Acuerdo Plenario N.º 03-2015/CJ-116 y en una opinión del autor español Javier Sánchez-Vera.

Asimismo, aun cuando se trate de una imputación alternativa del tipo de inducción, la Fiscalía debió establecer cuál de las modalidades se le imputa a su patrocinado. Además, la jueza no explica por qué el auto de prisión



preventiva no tiene relevancia respecto de la calificación jurídica de los hechos, e incurre en motivación aparente cuando señala genéricamente que el objeto de dicho auto es distinto a la DFCIP.

Su pretensión es que se revoque la Resolución N.º 03 y, reformándola, se declare fundada su solicitud de tutela de derechos.

### ***Posición del Ministerio Público***

7. En audiencia el fiscal superior Iván Vladimir Melgar Cáceres<sup>2</sup> sostiene lo siguiente:

7.1 Se debe considerar que se cuestiona una DFCIP y no una acusación; en ese sentido recurre a las casaciones N.ºs 388-2012 y 392-2018, y a los acuerdos plenarios N.ºs 04-2010-CJ/116 y 02-2012/CJ-116. Este último señala que en la DFCIP priman los principios de variabilidad y delimitación progresiva. Además, se han señalado los hechos circunstanciados, lo que se refuerza con la Sentencia Plenaria N.º 1-2017/CIJ-433, según la cual para la expedición de la DFCIP se necesita sospecha reveladora, y en este caso al tratarse de la investigación de una organización criminal solo se necesita este tipo de sospecha, lo que ha sido desarrollado en la resolución impugnada.

7.2 La jueza considera que en el punto 138 de la DFCIP se delimita lo solicitado por la defensa, ya que se consigna que los empresarios se relacionaban de manera directa o indirecta, en este último caso a través de Prialé de la Peña como integrante de la organización delictiva, dependiendo de la obra licitada, quien cumplía la función a favor de la empresa del Club de la Construcción; es decir, en este caso utilizaban al segundo eslabón.

7.3 La jueza señala que, en los puntos 166, 167 y 138 de la DFCIP, se especifican los tres componentes de la organización criminal, que operó durante el periodo 2011-2014, en el cual las empresas que pertenecen al Club

<sup>2</sup> Fiscal adjunto de la Primera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.



directo e indirecto, sin aludir a una obra específica, sino a un conjunto de ellas, independientemente de si ganó o no la empresa a la que representaba.

De la revisión de los puntos III "fundamentos fácticos" y IV "imputaciones personales", constata que se detallan los hechos como consecuencia de la declaración del Colaborador Eficaz N.º 06-2017 y los actos que lo corroborarían. En consecuencia, sí existe una narración clara y precisa respecto de la instigación directa e indirecta del imputado.

**5.2** Verifica una imputación circunstanciada en el tiempo y espacio respecto del imputado Málaga Torres, pues advierte un marco temporal de acción de la organización criminal (2011-2014), con sus componentes y los roles de cada uno de sus integrantes, de los cuales se origina la tesis de instigación del delito de tráfico de influencias.

**5.3** En relación con la instigación indirecta o "instigación en cadena", sostiene que la Fiscalía precisa la forma como los tres componentes de la presunta organización ilícita habrían operado. La instigación directa se habría producido del primer hacia el tercer componente (Carlos García Alcázar); la indirecta, del primer hacia el segundo componente (Rodolfo Priale de la Peña); y este último hacia el tercero. Agrega que la precisión o aclaración de hechos, vía tutela de derechos, persigue su detalle, mas no la realización de un juicio de subsunción respecto de la norma aplicable.

**5.4** En cuanto a la falta de precisión de la modalidad de instigación, ya sea para crear o reforzar el dolo, verifica que en los puntos 151 al 153 de la DFCIP se señala que para que exista la generación o el refuerzo del dolo debe converger el interesado mediante un influjo psíquico. Además, constata que la Fiscalía al efectuar el juicio de subsunción y al precisar el título de participación, postula la tesis de ambas modalidades de instigación, y que en el auto de prisión preventiva se describieron las modalidades señaladas en el Acuerdo Plenario N.º 03-2015/CJ-116, como respuesta a las oposiciones

planteadas con relación al presupuesto de la existencia de graves y fundados elementos de convicción.

La jueza desestima la tutela de derechos al considerar que la DFCIP contiene el nivel mínimo de detalle exigido por los acuerdos plenarios N.ºs 04-2010/CJ-116 y 02-2012/CJ-116, y la Sentencia Plenaria N.º 01-2017/CIJ-433.

### ***Agravios de la defensa del imputado Málaga Torres***

6. Los agravios se sustentan en la afectación al derecho a la imputación necesaria, con base en los siguientes argumentos:

6.1 La jueza yerra al establecer que con la precisión del fiscal (en la disposición que desestimó el pedido de subsanación), respecto de que la instigación se realizó de manera directa e indirecta por su patrocinado, se ha cumplido con respetar el derecho a la imputación necesaria de su patrocinado. Además, tampoco motiva mínimamente por qué la exigencia, referida a qué obras se adjudicaron a la Constructora Málaga Hermanos S.A., ya sea de manera directa o indirecta, no forma parte del mencionado derecho.

6.2 En cuanto a la falta de precisión de las circunstancias fácticas de modo, tiempo y lugar de la instigación directa o indirecta, la jueza confunde la imputación necesaria exigible respecto del delito de organización criminal con el de tráfico de influencias. Si bien, en este caso; el primero tiene un marco temporal extendido en tanto el objeto del delito es de duración permanente, el marco temporal del segundo establecido no puede ser extendido, dado que se trata de un acto concreto a la determinación del autor. Se refiere al marco temporal del primer delito (2011-2014) y el del segundo (mayo a diciembre de 2012).

A su criterio, es necesario precisar el mes y día del hecho a efectos de formular, por ejemplo, una excepción de prescripción de la acción penal. Agrega que no se han desarrollado los requisitos de la instigación: acto de



de la Construcción, entre ellas la constructora Hermanos Málaga, tenían como rol acordar qué empresas serían favorecidas con la adjudicación de las obras convocadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y trasladar el acuerdo a Priale de la Peña, quien fungía como intermediario representante de dichas empresas.

7.4 Si en una acusación se otorga al Ministerio Público la facultad para formular acusaciones alternativas o subsidiarias, con mayor razón en una DFCIP. En este caso, se señala una instigación directa e indirecta, habiendo aportado el fiscal las visitas registradas y detalladas de Málaga Torres al referido Ministerio, así como llamadas telefónicas, por lo que la imputación necesaria se tiene que entender de acuerdo al total de imputaciones, y no de manera sesgada conforme pretende la defensa.

Reitera que por tratarse de un caso complejo no es posible determinar, respecto de las tres obras que se llevaron a cabo en el año 2012, de qué manera Málaga Torres instigó directamente al funcionario público, de qué manera indirectamente al intermediario, ni cómo ni dónde lo hizo, lo que solo es posible en la acusación, incluida la calificación jurídica.

### ***Fundamentos del Colegiado para resolver***

8. La imputación necesaria o suficiente tiene como sustento normativo el artículo 139.14 de la Constitución, que consagra, entre otros derechos, el de ser informado inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de la detención<sup>3</sup>. Esta disposición constitucional a nivel convencional ha sido recogida en el artículo 14.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>4</sup>, y el 8.2 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Establece el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, y de ser informado inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. El derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citado o detenido por cualquier autoridad.

<sup>4</sup> Consagra el derecho del imputado a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él.



Estos dispositivos han sido desarrollados jurisprudencialmente tanto en sede internacional<sup>6</sup> como en sede interna<sup>7</sup>.

9. El desarrollo legal del dispositivo constitucional mencionado, se encuentra en el artículo IX.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal<sup>8</sup> (en adelante CPP); y 71.2 a) del acotado Código<sup>9</sup>. Por ello, en relación a la imputación fáctica y jurídica, el artículo 336.2 del CPP establece los requisitos que debe contener la DFCIP, entre ellos, que se deben describir los hechos y la tipificación específica correspondiente.

10. Por otro lado, el numeral 4 del artículo 71 del CPP consagra un derecho fundamental para los imputados: el de recurrir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria si considera que durante las diligencias preliminares o la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, o es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales. Su finalidad es que se subsane la omisión o se dicte la medida de corrección o de protección que corresponda.

11. El referido dispositivo ha sido interpretado por los jueces en lo Penal de la Corte Suprema, en un primer momento, en el Acuerdo Plenario N.º 04-

<sup>5</sup> Prescribe el derecho del imputado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada.

<sup>6</sup> Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la transición entre “investigado” y “acusado” –y en ocasiones incluso “condenado”– puede producirse de un momento a otro. Así ha establecido que no puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información expresa, clara, integral y suficientemente detallada de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa. Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. En el ámbito administrativo sancionador, ha establecido: “Frente al cuestionamiento de la víctima sobre la ausencia de especificación de las imputaciones en su contra, la Corte observa que la prueba obrante en el expediente permite entender que desde la etapa inicial de indagación existía claridad en el tipo de supuestas irregularidades materia de investigación con relación al demandante”. Cfr. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*.

<sup>7</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional, emitidas en los Exp. N.ºs. 8125-2005-PHC/TC; 8123-2005-PHC/TC; 6033-2006-PHC/TC; 4989-2006-PHC/TC, entre otras.

<sup>8</sup> “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de **inmediato y detalladamente** la imputación formulada en su contra...”.

<sup>9</sup> “Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de **manera inmediata y comprensible**, que tiene derecho a: Conocer los cargos formulados en su contra...”.



2010/CJ-116<sup>10</sup>. Conforme a este acuerdo, la tutela constituye una garantía de especial relevancia procesal penal, cuya finalidad es la protección y efectividad de los derechos del imputado –fundamentales y legales– que facultan al juez de la investigación preparatoria que se erige como un juez de garantías para que emita las resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los fiscales, y que protejan al afectado.

12. La relación entre la imputación suficiente con la tutela de derechos es que el conocimiento de los cargos incriminados y de las causas de la detención pueden ser protegidos por esta, y que, si bien la DFCIP es un acto unilateral del Ministerio Público, cumple una función esencialmente garantista, pues informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica.

13. Posteriormente, en el Acuerdo Plenario N° 02-2012/CJ-116<sup>11</sup>, se establece que el nivel de precisión de los hechos, estando a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal, debe ser compatible con el grado de sospecha inicial simple<sup>12</sup>, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal. Esta conclusión se sustenta en que una de las características del hecho imputado es su variabilidad durante el curso de la investigación preparatoria y en que el nivel de precisión del mismo –relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía– tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso.

Se agrega que la efectividad de la defensa procesal, como correlato del conocimiento de los cargos, requiere inexorablemente de que los hechos objeto

<sup>10</sup> De fecha 16 de noviembre de 2010. *Asunto*: Audiencia de Tutela.

<sup>11</sup> De fecha 26 de marzo de 2012. *Asunto*: Audiencia de tutela e imputación suficiente.

<sup>12</sup> La Sentencia Plenaria Casatoria N.º 01-2017/CIJ-433, si bien se refiere al delito de lavado de activos, habla de **sospecha reveladora** para la DFCIP, la cual se mantiene en cuanto imputación formal de carácter provisional. Se agrega que los hechos para la dilucidación, en el momento procesal oportuno, de la acusación solo podrán determinarse en su extensión y necesaria explicitación hasta el término de la investigación preparatoria.



de imputación en sede de investigación preparatoria **tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye, y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.**

14. Estando a lo anotado y como respuesta a los agravios de la defensa del imputado Málaga Torres, el Colegiado considera lo siguiente:

14.1 En relación con el primer agravio de la defensa referido a la falta de narración clara respecto de la atribución de instigación directa e indirecta hacia el autor del delito de tráfico de influencias, se verifica que el fiscal realizó una narración suficiente sobre la atribución de la instigación directa e indirecta en que habrían incurrido los autores del delito de tráfico de influencias, tal como fluye de la DFCIP.

Al respecto y como lo señala la jueza en la resolución impugnada, según los términos de la imputación, este delito se realizó en forma conjunta por los representantes de las empresas integrantes de la presunta organización denominada "Club de la Construcción"; una de ellas es la Constructora Málaga Hnos. S.A., cuyo representante era Málaga Torres. Bajo tales circunstancias, los miembros de la misma determinaba la prelación del otorgamiento de la buena pro de las obras licitadas por Proviás Nacional.

Igualmente, se verifica de la imputación que el cumplimiento de dichos acuerdos se habría logrado a cambio del pago ilícito del 2.92 % del valor de la obra a García Alcázar, en su condición de funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a quien se le comunicaba en forma directa o por intermedio de Prialé de la Peña la empresa beneficiada, respecto de quien debía interceder ante los funcionarios a cargo de los respectivos procesos de licitación.

14.2 Sobre el segundo agravio referido a la falta de precisión de las circunstancias fácticas de modo, tiempo y lugar de la instigación directa o indirecta sobre el autor traficante de influencias, según los términos de la



DFCIP, al imputado Málaga Torres se le atribuye instigación en el delito de tráfico de influencias porque era representante de Constructora Málaga Hnos. S.A. (empresa N° 8) –la que habría resultado favorecida con el otorgamiento de buena pro en obras licitadas por Provías Nacional entre el 15 de mayo al 05 de diciembre de 2012–, y porque habría participado en la suscripción de los contratos en las licitaciones públicas N.ºs 0008-2011-MTC/20, 0013-2011-MTC/20 y 0007-2012-MTC/20.

En cuanto a los lugares donde se realizaron los actos de instigación, según los términos de la imputación, estarían relacionados con el café Balthazar, el Swissôtel y las instalaciones de Capeco, donde se tomaron los acuerdos de prelación en fechas cercanas a las licitaciones.

**14.3** En relación al agravio consistente en la falta de fundamentación fáctica y jurídica sobre la instigación en cadena –en caso de que se le impute a su patrocinado este tipo de instigación– a través de una tutela de derechos, no es posible que en el estado inicial de la investigación preparatoria el fiscal establezca la composición de la cadena y el número de eslabones que la conforman, dado que la precisión específica, en este caso, respecto de si el elemento normativo "determinar a otro" abarca las modalidades de directa o indirecta, y si esto último se interpreta como intermediario o instigadores en cadena, es ajeno a los propósitos de una tutela de derechos.

Asimismo, en esta etapa del proceso, la potestad de incorporación de hechos nuevos, la calificación jurídica de los tipos penales alternativos o subsidiarios, la variación de la modalidad delictiva y del título de intervención delictiva, etc. es exclusiva del Ministerio Público, como titular de la acción penal, y no de las partes procesales o del juez.

**14.4** Finalmente, con relación a la falta de una imputación clara sobre el tipo de instigación que se le atribuye a su patrocinado y al haber establecido la jueza en el auto de prisión preventiva que el hecho no puede ser tipificado como inducción por creación del dolo del autor, conforme a los acuerdos plenarios



mencionados, los hechos y la tipificación jurídica se delimitan en la DFCIP, la que constituye el marco de referencia para ejercer el derecho de defensa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, por el principio de variabilidad, la hipótesis fiscal, respecto de los hechos y la calificación jurídica, se irá delimitando de manera progresiva en el curso de la investigación preparatoria, hasta que se concluya la misma y el fiscal emita pronunciamiento acusatorio o de sobreseimiento. En el caso que nos ocupa, de acuerdo a la DFCIP, el imputado conoce los hechos que se le atribuyen, la forma y circunstancias de los mismos, y bajo esa delimitación puede ejercer su defensa.

Por esos motivos, se desestiman los agravios de la defensa del imputado Málaga Torres.

### DECISIÓN

Los jueces superiores integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación de los artículos 71 y 409 del CPP, **RESUELVEN: CONFIRMAR** la Resolución N.º 03, del 24 abril de 2018, emitida por la jueza María de los Ángeles Álvarez Camacho, titular del Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **fundada** la oposición formulada por el Ministerio Público y, en consecuencia, **infundada** la solicitud de tutela de derechos presentada por la defensa técnica del imputado Félix Erdulfo Málaga Torres, en relación con los cargos por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias, en calidad de instigador.

  
CASTAÑEDA OTSU

  
SALINAS SICCHA

  
GUILLERMO RISCOYA

**PODER JUDICIAL**

  
MARY ELENA VILCAPOMA SALAS  
ESPECIALISTA JUDICIAL  
Sala Penal Nacional de Apelaciones  
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA