



**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS**

Expediente : 00033-2017-13-5201-JR-PE-03
Jueces superiores : Salinas Siccha / **Guillermo Piscoya** / Angulo Morales
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputado : Gustavo Adolfo Montecinos Atao
Delito : Tráfico de influencias
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Miriam Ruth Llamacuri Lermo
Materia : Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción

Resolución N.º 4

Lima, seis de mayo
de dos mil diecinueve

AUTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del investigado Gustavo Montecinos Atao contra la Resolución N.º 2, de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, emitida por el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida por el recurrente, a quien se le viene investigando por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior GUILLERMO PISCOYA, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha veintidós de marzo de dos mil diecinueve, la defensa del investigado Gustavo Adolfo Montecinos Atao dedujo excepción de improcedencia de acción con la finalidad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida contra su patrocinado por cuanto los hechos que se le atribuyen no constituirían delito.

1.2 El juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Resolución N.º 2, de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, resolvió declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del investigado



Gustavo Adolfo Montecinos Atao, por el delito de tráfico de influencias en agravio del Estado.

1.3 Posteriormente, con fecha uno de abril del presente año, la defensa técnica del referido investigado impugnó la decisión de primera instancia que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por el recurrente. El juez concedió el recurso de apelación y elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, la misma que por Resolución N.º 3, del veintinueve de abril de dos mil diecinueve, reprogramó la fecha de audiencia para el día treinta de abril del referido año.

1.4 En audiencia pública, se escucharon los argumentos del fiscal adjunto superior, Reggis Oliver Chávez Sánchez, representante de la Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial. Luego de la correspondiente deliberación de la Sala, se procede a emitir la presente resolución.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 El *a quo* sostiene que la excepción de improcedencia de acción otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. Señala que se trata de un supuesto privilegiado o excepcional de sobreseimiento centrado en la falta de relevancia jurídico-penal o punibilidad del hecho objeto de imputación.

2.2 Refiere que al investigado Gustavo Adolfo Montecinos Atao se le atribuye el delito de tráfico de influencias, en razón de que en su calidad de abogado celebró un contrato de cesión de derechos con Héctor Ismael Gutiérrez Quispe, a fin de sustituirlo en su relación contractual con Odebrecht y a la vez firmar el contrato con Odebrecht Perú Construcción e Ingeniería SAC, de modo que se justifique la entrega de dinero a los hermanos Campusano Dulanto. A su vez, se le atribuye haber recibido en su cuenta bancaria del BCP N.º 193-14875864005 la suma de S/ 90 645.00 en 22 operaciones bancarias entre octubre y diciembre de 2016, obteniendo el 10 % de dicha suma. Asimismo, el *a quo* resalta que no se ha generado cuestionamiento ni debate de la conexión o injerencia de los procesados Campusano Dulanto en la administración pública, ni la ausencia de competencia administrativa de Pedro Valentín Cobeñas Aquino en su calidad de funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en el trámite de endeudamiento por bonos soberanos.

2.3 Respecto a la complicidad, señaló que la imputación está basada en que los hermanos Campusano Dulanto conversaron con Renato Ribeiro Bortoletti para interceder ante el MEF para gestionar, asegurar y/o agilizar la liberación de los recursos de operaciones oficiales de crédito (bonos soberanos) a favor de la



act/proy N.° 2164798 que deriva de la licitación pública N.° 013-2012-COPESCO/GRC. De esta manera la fecha en que los autores realizan el ofrecimiento tiene un espacio temporal distante de aproximadamente 2 años, frente al comportamiento del procesado Montecinos Atao en su calidad de cómplice del delito de tráfico de influencias, a través de un contrato ficticio firmado con Odebrecht Perú, por el cual se posibilitaron depósitos en su cuenta, de la que retiraba el 90 % de la cantidad para entregárselo a Carlos Campusano Dulanto.

2.4 En ese sentido, señala que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención se produce bajo el principio de accesoriedad. Así, es innegable, según la imputación, que los autores desarrollaron su comportamiento con el objeto de gestionar, asegurar y agilizar la liberación de los recursos por operaciones oficiales (bonos soberanos) ante un funcionario del MEF, y el cómplice recibe el dinero depositado en su cuenta por contratos ficticios, para entregar ese dinero a los autores del tráfico de influencias. Este era el rol del cómplice.

2.5 Según esa lógica, el *a quo* consideró que concurren de manera inescindible los presupuestos objetivos del tipo penal de tráfico de influencias, que se sustenta en la presencia de influencias para interceder ante un funcionario público –supuestos que no ha cuestionado el abogado solicitante–, y por último, la contraprestación por la influencia en donativo para sí, que se sustenta a través del cómplice que se beneficia con un porcentaje del depósito para finalmente entregarlo a los autores de la influencia. Este último supuesto constituye la resolución criminal que se produce en el intervalo de tiempo que se cuestiona.

III. ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

3.1 En la fundamentación de su recurso, así como en la audiencia, la defensa solicitó la *revocatoria* de la resolución venida en grado y, en consecuencia, se declare fundada la excepción de improcedencia de acción deducida a favor de su patrocinado.

3.2 Señaló seis errores de hecho y de derecho en el auto impugnado:

- i) la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias es instantáneo o de simple actividad;
- ii) el desconocimiento del momento de consumación y de la fase de agotamiento del delito de tráfico de influencias, lo cual se da cuando se establece el contacto real con el funcionario o se da cumplimiento al ofrecimiento de pago;
- iii) error al considerar el *a quo* que existió un auxilio efectivo por parte del imputado Montecinos Atao al realizar un contrato ficticio con Odebrecht y entregar el dinero a los hermanos Campusano;



- iv) error al considerar que el accionar de Montecinos Atao es propio de una sola resolución criminal, desconociéndose que en el Perú no existe la complicidad postconsumativa;
- v) error al sostener que el ciclo del ámbito del delito se prolonga a la contraprestación que ya se había consumado por más de dos años; y
- vi) vulneración del principio de debida motivación, pues el *a quo* no se ha pronunciado por los argumentos de la defensa.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Sostiene que la función de la improcedencia de acción es expectorar del sistema de persecución penal, comportamientos atípicos, y un comportamiento atípico no es solo aquel que no se subsume en determinado tipo legal, pues la tipicidad significa que una conducta debe ser relevante para el Derecho Penal, es decir, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos.

4.2 Considera que la discusión no debe centrarse en si el imputado Montecinos Atao ha configurado una intervención a título de complicidad en un delito de tráfico de influencias, sino más bien en si la conducta desplegada por el investigado le importa o no al Derecho Penal. En ese sentido, se tiene que en el año dos mil dieciséis ante la firma de contratos ficticios, el imputado recibió comisiones ilícitas y destinó un alto porcentaje a los reales beneficiarios de un delito cometido previamente; pero ello no significa que no pueda sostenerse la imputación fiscal inicial por complicidad en el tráfico de influencias, porque este delito se consuma con la recepción de un pago ilícito, con el hacer dar la contraprestación ilícita o con el hacer prometer.

4.3 Señala que la conducta ilícita desplegada es el "*hacer dar*" una suma de dinero a un tercero, lo cual se ejecutó durante dos años, con la participación del imputado Montecinos Atao entre los meses de octubre y diciembre de dos mil dieciséis. Afirma que no existe la figura del cómplice de cómplice respecto a la relación entre Montecinos Atao y Gutiérrez Quispe. Sostiene que en el presente caso es la subrogación de un cómplice por otro. En consecuencia, dicho comportamiento es relevante para el Derecho Penal. Por eso, considera que la venida en grado debe ser confirmada.

V. TEMA MATERIA DE CONTROVERSIA Y OBJETO DE DECISIÓN

Corresponde a esta Sala Superior, determinar si la decisión del *a quo* de declarar infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa



técnica del imputado Montecinos Atao se encuentra o no arreglada a derecho, y si en el caso concreto, los hechos imputados al referido investigado son ilícitos.

VI. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN

§ La excepción de improcedencia de acción

PRIMERO: La excepción de improcedencia de acción se encuentra regulada en el numeral 1, literal b, artículo 6 del Código Procesal Penal (CPP), y puede deducirse “cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”. Según el numeral 2 del artículo antes citado, si se declara fundada esta excepción, el proceso será sobreseído definitivamente.

SEGUNDO: En ese orden de ideas, la excepción de improcedencia de acción solo procede cuando el hecho por el cual se viene investigando a un imputado i) no constituye delito o ii) no es justiciable penalmente. El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación; en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

TERCERO: Por otro lado, como lo ha precisado nuestra Suprema Corte, “es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad -tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad-”¹.

§ De la imputación formulada contra el investigado Montecinos Atao

CUARTO: Conforme a la Disposición N.º 6, de formalización y continuación de la investigación preparatoria, del dieciséis de julio de dos mil dieciocho, y a la Disposición N.º 14, del veintidós de marzo de dos mil diecinueve, se imputa a Gustavo Adolfo Montecinos Atao la comisión del delito de tráfico de influencias y, alternativamente, el delito de encubrimiento real, debido a que, en su calidad de

¹ Casación N.º 407-2015-Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, f. j. 5. Sala Penal Transitoria.



abogado, celebró un contrato de cesión de derechos con Héctor Ismael Gutiérrez Quispe, a fin de sustituirlo en su relación contractual con Odebrecht Perú Construcción e Ingeniería SAC y, a su vez, celebró un contrato ficticio de asesoría legal con Odebrecht Perú Construcción e Ingeniería SAC, el cual tenía como finalidad justificar los pagos a los hermanos Campusano Dulanto. Asimismo, se le imputa haber recibido en su cuenta bancaria del BCP N.º 193-14875864005 la suma de S/ 90 645.00 a través de 22 operaciones bancarias, entre octubre y diciembre de dos mil dieciséis, obteniendo como comisión el 10 % del dinero recibido y entregando lo restante a Samuel Carlos Campusano Dulanto.

§ De los agravios señalados por la defensa del investigado Montecinos Atao

QUINTO: Cabe precisar que la defensa ha sustentado la excepción de improcedencia de acción en que los hechos imputados a su patrocinado no constituyen delito. En ese sentido, señala que el *a quo* ha incurrido en error por lo siguiente: i) desconocer que la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias es instantánea o de simple actividad; ii) desconocer que la fase de agotamiento del delito de tráfico de influencias se da cuando se establece el contacto real con el funcionario o se da cumplimiento al ofrecimiento de pago, lo cual pertenece a la etapa postconsumativa del delito; iii) al señalar que existió un auxilio efectivo por parte del imputado Montecinos Atao al cómplice Gutiérrez Quispe cuando el delito de tráfico de influencias ya se había agotado; iv) desconocer que en el Perú no existe la complicidad postconsumativa ni la figura del cómplice de cómplice; y v) desconocer que el delito de tráfico de influencias no puede prolongarse a la contraprestación que ya se había consumado por más de dos años. Por su parte, el Ministerio Público sostuvo que la función de la improcedencia de acción es expectorar del Derecho Penal comportamientos atípicos, pues lo que realmente importa es que una conducta sea relevante para el Derecho Penal por lesionar bienes jurídicos protegidos y no tanto que la conducta calce perfectamente en el tipo penal imputado.

SEXTO: Al respecto, este Colegiado considera que no corresponde analizar la naturaleza del delito de tráfico de influencias, puesto que lo que debe ser materia de pronunciamiento en el presente incidente, es determinar si los hechos imputados al referido investigado son ilícitos o no, ello con la finalidad de comprobar si en el presente proceso nos encontramos ante un caso de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación, pues como lo ha señalado de manera acertada el representante del Ministerio Público, la excepción de improcedencia de acción tiene como función depurar del ámbito del Derecho Penal aquellos comportamientos atípicos.



SÉPTIMO: Ahora bien, teniendo en cuenta la imputación realizada contra el investigado Montecinos Atao, se tiene que la conducta desplegada por este sí resulta relevante para el Derecho Penal, debido a que el referido imputado celebró un contrato ficticio de asesoría legal con la empresa Odebrecht. En este caso, según la tesis fiscal, estaríamos frente a una simulación absoluta, ya que el contrato ficticio de asesoría legal celebrado no existió realmente, puesto que la voluntad en realidad habría sido ocultar dinero proveniente de actos de corrupción que afectaron los intereses del Estado peruano. De este modo, se tiene que se habría buscado la manera de justificar los pagos ilícitos a los hermanos Campusano Dulanto por haber intercedido ante el funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas, Pedro Valentín Cobeñas Aquino, con la finalidad de que se gestione, asegure o viabilice la liberación de los recursos por operaciones oficiales de créditos (bonos soberanos) a favor del proyecto "*Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la vía Evitamiento de la ciudad del Cusco*". Así, la participación de este funcionario en el trámite de estos bonos soberanos era fundamental. Además de ello, el Ministerio Público precisó que la modalidad en la que se habría efectuado el delito de tráfico de influencias por parte del imputado sería la de "*hacer dar*", lo cual habría logrado consumarse cuando se terminó de efectuar el pago de las comisiones ilícitas.

OCTAVO: Asimismo, cabe señalar que, en audiencia, la defensa no ha cuestionado los hechos materia de investigación, sino que, por el contrario, los ha aceptado, esto es, indicó que, en efecto, el imputado Montecinos Atao celebró y firmó un contrato ficticio con Odebrecht, así como también recibió en su cuenta bancaria del BCP N.º 193-14875864005 la suma de S/ 90 645.00, entre los meses de octubre y diciembre de dos mil dieciséis, obteniendo como comisión por dicha participación el 10 % del dinero recibido entregando lo restante a Samuel Carlos Campusano Dulanto. Tales conductas desplegadas por el imputado y que no son cuestionadas por su abogado defensor, a criterio del Ministerio Público, constituiría la comisión del delito de tráfico de influencias y, alternativamente, el de encubrimiento real.

NOVENO: La defensa cuestiona que los hechos imputados a su patrocinado no se subsumen en el tipo penal imputado, básicamente debido a que su participación se habría dado cuando el delito ya se había agotado. Sin embargo, a criterio de este Colegiado, una posible errónea calificación jurídica de los hechos materia de investigación no resulta ser suficiente para amparar una excepción de improcedencia de acción, pues en función del principio de progresividad, el fiscal durante el curso del proceso (etapa intermedia) puede variar la calificación jurídica de los hechos a través de los mecanismos que el CPP le otorga para poder subsanar este tipo de errores que se pueden presentar en un estado prematuro de las investigaciones. Amparar una excepción de improcedencia de acción basada en errores subsanables trae consigo la posibilidad de que una conducta criminal no sea objeto de sanción, lo



que dejaría una sensación de impunidad. Lo fundamental radica en que ante un error en la calificación jurídica, la conducta criminal atribuida pueda encontrar amparo legal en otros tipos penales.

DÉCIMO: En ese mismo sentido lo entiende nuestra Corte Suprema, cuando señala que la excepción de improcedencia de acción no deriva de una errónea calificación del tipo penal aplicable, dado que aún en el mismo juzgamiento, la ley faculta al juez a aplicar una determinación alternativa, con lo cual esta excepción no debe ampararse si los hechos imputados pueden encontrar amparo en otros tipos penales². Asimismo, nuestra Corte Suprema ha señalado que las vulneraciones del principio de imputación necesaria no pueden fundamentar una excepción de improcedencia de acción, pues no importan que el hecho sea atípico, antijurídico o no punible, sino que no se cumplió con tipificar adecuadamente el hecho, lo cual es subsanable³. En ese sentido, tenemos que la vulneración del principio de imputación necesaria o la existencia de una errónea calificación jurídica del tipo penal a los hechos imputados, no resultan ser suficientes para amparar una excepción de improcedencia de acción, debido a que ello no necesariamente significa que el hecho sea atípico, antijurídico o no punible; máxime si se tiene en cuenta que la modalidad del delito de tráfico de influencias, atribuida al imputado, es la de "hacer dar", lo cual se habría dado hasta el momento en el que se terminó de efectuar el pago de las comisiones ilícitas, momento en el cual efectivamente participó el imputado Montecinos Atao. Por esta razón, los agravios formulados por la defensa no deben ser amparados.

DÉCIMO PRIMERO: Por otro lado, la defensa ha alegado, como último agravio, una vulneración del principio de debida motivación, debido a que el *a quo* no se habría pronunciado por los argumentos de la defensa fundamentalmente por que el juez no habría analizado la naturaleza del delito de tráfico de influencias ni el momento en el que este se agota. Al respecto y como ya se ha señalado, tal argumento no es de recibo puesto que la función de la excepción de improcedencia de acción está orientada a depurar del ámbito del Derecho Penal, hechos que no constituyen delitos, ya sea por atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o por la concurrencia de una causa de justificación; y cuando se dé la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria. En el presente caso, la defensa centró sus argumentos en que los hechos atribuidos a su patrocinado no constituyen delito. En ese sentido, la recurrida sí ha sido motivada en forma razonable dentro de los parámetros que exige el debido proceso, pues siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal

² Casación N.º 388-2012-Ucayali, de fecha doce de setiembre de dos mil trece.

³ Casación N.º 508-2013-Tacna, de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciséis.



Constitucional, el *a quo* ha cumplido con motivar su decisión, como “consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica”⁴.

§ CONCLUSIÓN

DÉCIMO SEGUNDO: Por las razones expuestas, los agravios formulados por la defensa del investigado Gustavo Montecinos Atao deben ser desestimados.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.º 2, de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, emitida por el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida por el recurrente, a quien se le viene investigando por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado. *Notifíquese y devuélvase.-*

Sres.:

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

ANGULO MORALES



MIRIAM RUTH LLAMACURI LERMO
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

⁴ Expediente N.º 1230-2002-HC/TC.

