



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

Expediente : 00035-2017-33-5002-JR-PE-02
Jueces superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscocoya / **Angulo Morales**
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputado : Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarría
Delitos : Colusión agravada y otro
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Miriam Ruth Llamacuri Lermo
Materia : Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción

Resolución N.º 4

Lima, catorce de octubre
de dos mil diecinueve

VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarría contra la Resolución N.º 4, de fecha siete de agosto de dos mil diecinueve, emitida por el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del referido imputado en la investigación que se le sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada y otro en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior **ANGULO MORALES**, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha ocho de julio de dos mil diecinueve, la defensa del imputado García-Urrutia Olavarría dedujo excepción de improcedencia de acción en la investigación preparatoria que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de colusión agravada y otro en agravio del Estado. Este pedido, previa audiencia, fue resuelto por el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, quien por Resolución N.º 4, de fecha siete de agosto de dos mil diecinueve, declaró infundado el medio de defensa deducido.

1.2 Posteriormente, con fecha cuatro de septiembre de dos mil diecinueve, la defensa del imputado García-Urrutia Olavarría impugnó la decisión de primera instancia; el juez *a quo* concedió el recurso de apelación y elevado el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, mediante Resolución N.º 2, se admitió el recurso de apelación. De este modo, se procedió



al señalamiento de fecha y hora para la audiencia de su propósito, la que se fijó para el treinta de septiembre del presente año. En este acto procesal se escucharon los argumentos del recurrente, del fiscal superior y de la Procuraduría Pública *ad hoc*. Luego de la correspondiente deliberación, se procede a emitir la presente resolución.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Conforme se aprecia en la recurrida, el juez sustentó su decisión afirmando que los hechos materia de investigación se encuentran referidos a la licitación pública de la obra denominada "Construcción de la Vía Costa Verde, tramo Callao" (Licitación Pública N.º 9-2013) convocada por el Gobierno Regional del Callao, la misma que finalmente fuera adjudicada a la empresa Odebrecht. Sobre la mencionada contratación pública se habrían realizado una serie de irregularidades, tanto en los actos preparatorios como en las etapas de selección y ejecución, que favorecieron al contratista. En ese contexto, por Disposición N.º 18, de fecha veinticuatro de junio de dos mil diecinueve, el Ministerio Público dispuso ampliar los hechos y adecuar el tipo penal, así como precisó las imputaciones en contra del imputado recurrente, esto es, por los delitos de negociación incompatible y colusión agravada, ambos a título de cómplice.

2.2 En ese orden de ideas, el juez precisó respecto de lo argumentado por la defensa en relación al delito de **negociación incompatible**, que coincide en lo siguiente: **1)** que se trata de un delito de infracción de deber, **2)** que no existía consenso en la determinación de la de la complicidad y **3)** que dicha discrepancia se dilucidó con la incorporación del tercer párrafo en el artículo 25 del Código Penal (CP). Igualmente, indicó que dichas posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia se deben a que el Código Penal no asumía una definición de complicidad. De esta forma, la Corte Suprema señaló como doctrina jurisprudencial en el Expediente N.º 367-2011/Lambayeque, que se debía recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para establecer una diferenciación entre lo que debía entenderse como autor y cómplice.

2.3 Así, sustentó que hasta antes de la emisión del Decreto Legislativo N.º 1351, la jurisprudencia mayoritaria se inclinaba por la teoría de la unidad del título de imputación, tal es el hecho que cita como ejemplo la Casación N.º 23-2016-ICA y el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116. Por otro lado, refirió que si bien existen pronunciamientos del Supremo Tribunal en el sentido contrario como son las Casaciones 841-2015/Ayacucho y 782-2015/Santa (invocadas por la defensa) que establecen posiciones distintas a las que ya habían sido establecidas en el citado acuerdo plenario, estas constituyen una posición minoritaria.

2.4 Por lo expuesto, el *a quo* concluyó que si bien a nivel legislativo no existía una norma expresa que recogiera la teoría de la unidad del título de imputación, ello no puede ser motivo para sostener que no resulta de aplicación en el presente caso la referida, toda vez que no se encuentran ante un problema de legalidad, pues la figura de la complicidad



siempre estuvo regulada en el código sustantivo, y la jurisprudencia ha sido la encargada de darle contenido a partir de las interpretaciones realizadas. Consecuentemente, rechaza lo argumentado por la defensa y aclara que no se trata de un supuesto de falta de regulación expresa, máxime si lo que se cuestiona no es propiamente el juicio de subsunción de los hechos al tipo penal en mención.

2.5 Por otro lado, respecto de lo alegado sobre el delito de **colusión agravada**, el juez señaló, en primer orden, que el cuestionamiento doloso del aporte atribuido al imputado García-Urrutia Olavarría en su condición de jefe de supervisión, no es materia de dilucidación en la presente vía.

2.6 Asimismo, en cuanto a lo alegado por la defensa, en el sentido de que la imputación en contra de su patrocinado constituye una serie de actos post consumativos a los actos de concertación (por ser estos acuerdos previos a la participación de su patrocinado), el juez consideró que de acuerdo a lo señalado por el Ministerio Público y de la propia disposición de formalización, el presunto pacto colusorio se dio en los siguientes momentos: **1)** en la adjudicación de la buena pro para beneficiar a la empresa Odebrecht de la obra "Costa Verde, Callao" y **2)** en el beneficio a la empresa Odebrecht en la etapa de ejecución a través de propuestas de adicionales que generaron un perjuicio económico. De esta manera, el *a quo* señaló que el marco de imputación se circunscribe a la etapa de ejecución de la obra, en la que es posible admitir el juicio de tipicidad atribuido al imputado, pues el hecho consistió en haber avalado los informes de supervisión sobre las prestaciones adicionales 3 y 4, en favor del contratista (Odebrecht). Así, es estimable su intervención en calidad de cómplice primario, en tanto que la verificación de su aporte no corresponde en esta vía.

2.7 Finalmente, en relación a lo argumentado por la defensa sobre la consumación del delito de colusión agravada (realización del riesgo no permitido) antes de la imputación atribuida, el juez precisó que la referida consumación es de resultado y, por lo tanto, el cuestionamiento a si el recurrente ejerció el cargo conferido para opinar y no avalar, son circunstancias que necesitan de actuación probatoria, lo cual no resulta procedente determinar en esta vía. Por tales motivos, el juez *a quo* declaró infundado el medio de defensa deducido.

III. AGRAVIOS FORMULADOS POR EL IMPUTADO GARCÍA-URRUTIA OLAVARRÍA

3.1 La defensa del imputado Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarría solicitó como pretensión concreta que se **revoque** la resolución impugnada. De este modo, precisó como agravios que la recurrida **no supera los estándares mínimos de motivación de las resoluciones judiciales**, dado que la citada resolución se encuentra "fundamentada" con premisas incongruentes y carentes de motivación externa, lo cual vulnera el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú. Del mismo modo, alegó la **vulneración del principio de legalidad**, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, y el



artículo I del Título Preliminar del Código Penal, dado que no es admisible la sustanciación de un proceso penal con base en hechos que no tienen relevancia penal y que no son sancionables por norma prohibitiva.

3.2 En ese orden de ideas, indicó como **primer error** en la resolución, que el juez **adecuó equivocadamente los hechos objeto de imputación** fiscal en contra de García-Urrutia Olavarría como cómplice primario del delito de **negociación incompatible**. Esto, transgredió lo previsto en el artículo 25 del CP, vigente antes de su modificatoria por el Decreto Legislativo N.º 1351. Además, indicó que el juez *a quo*, más allá de la simple enunciación de las casaciones, el recurso de nulidad y los acuerdos plenarios, debió señalar y explicar por qué se decantó por la **postura de la teoría de la ruptura del título de imputación**, tanto más si la postura de la defensa no se encuentra solamente amparada en un supuesto jurisprudencial, normativo, sino también tiene un sustento fáctico, que es la imposibilidad material de encuadrar la conducta desarrollada como acto de complicidad en el delito de negociación incompatible.

3.3 Así también, indicó que el juez incurrió en **error** al haber **adecuado equivocadamente los hechos objeto de imputación fiscal** en contra de García-Urrutia Olavarría como cómplice primario en el delito de **colusión agravada**, previsto en el artículo 384, segundo párrafo, del CP. Esto, debido a que emitió un juicio de tipicidad sobre hechos que no se encuentran en la Disposición N.º 18, pues en el hecho 2 de la citada disposición, se precisó la existencia de actos colusorios previos, realizados entre marzo y abril de 2013. En igual sentido, argumentó sobre la **consumación del delito de colusión agravada**, en lo concerniente a que **no se precisó** en qué medida las acciones realizadas por el investigado podrían significar un **aporte necesario para la comisión del referido delito**, dado que el núcleo central de imputación (acto colusorio) se encuentra consumado con anterioridad a la participación de García-Urrutia Olavarría.

3.4 Finalmente, alegó la existencia de un error en la interpretación y aplicación del llamado aporte doloso. En virtud de ello, precisa que, en su escrito de excepción de improcedencia de acción y en la audiencia correspondiente, la defensa no esbozó ningún argumento sobre la ausencia de dolo en la conducta atribuida contra su patrocinado, tan solo se ha señalado aporte doloso, dato que en doctrina se conoce como aporte necesario. En consecuencia, refirió que el tema de debate se desvió por el "aporte doloso".

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

4.1 El fiscal superior, en audiencia, solicitó que se **confirme** la recurrida. En ese sentido, refiere sobre la **complicidad en el delito de negociación incompatible**, que incluso la Casación N.º 841-2015-Ayacucho, citada por la defensa, precisa en su fundamento 31 que de igual forma nos encontramos ante un hecho ilícito. Ahora bien, argumenta en relación al debate de la unidad y ruptura del título de imputación, que ello se viene debatiendo



desde hace mucho tiempo y que incluso no es un tema agotado, pues la jurisprudencia está en desarrollo.

4.2 En igual sentido, alega que si bien la defensa asegura que los cargos no constituyen delito, ha demostrado a través de la propia jurisprudencia citada por la defensa, que el hecho sí constituye ilícito y que podría ser calificado como un delito diferente. De este modo, refiere que si existe algún error por parte del Ministerio Público en la calificación, la defensa tiene la oportunidad de solicitar una aclaración a la Fiscalía sobre los términos de la imputación y así no recurrir de forma incorrecta mediante una excepción de improcedencia de acción.

4.3 Por otro lado, fundamenta en relación a la **conducta post consumativa en el delito de colusión**, que en los fundamentos 6.1 y 6.2 del Recurso de Nulidad N.º 1780-2017-Santa, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia concluyó lo siguiente: “estas alegaciones tampoco se condicen con el acervo probatorio que obra en autos, pues como se ha detallado estos develaron una serie de actos administrativos y funcionales irregulares que no hubiera sido posible si previamente no hubiera existido una **concertación –acuerdo colusorio–** pues la forma como se produjeron dichos actos permiten **inferir que existe una planificación previa que se concretó** con la suscripción de los contratos que causaron perjuicios económicos al erario público. De igual modo, agregó que la Casación N.º 542-2007-Lambayeque desarrolla el tema de la colusión, tanto en su modalidad simple como en la agravada. A la vez, establece los criterios sobre los cuales debe entenderse la concertación.

4.4 Sumado a lo anterior, argumenta que la Sala ya emitió pronunciamiento en la Resolución N.º 3, de fecha 20 de abril de 2018, en el Expediente N.º 22-2017-28, a través del cual establece en su fundamento noveno, que conforme a los términos de la imputación no se puede admitir la tesis de atipicidad, porque, en primer lugar, al partícipe no se le puede exigir una conducta que describe el verbo rector, sino coadyuvar a su materialización.

4.5 Finalmente, indica en referencia a la **motivación de la resolución**, que si el razonamiento empleado por el *a quo* no coincide con la teoría de la defensa, ello no quiere decir que no esté debidamente motivado. Razón por la cual la decisión judicial cumple con los estándares de motivación.

V. ARGUMENTOS DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA *AD HOC* EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

5.1 El representante de la Procuraduría Pública *ad hoc*, en audiencia, solicitó que se confirmara la resolución venida en grado y advierte que la defensa técnica reincidió sustancialmente en los mismos argumentos sostenidos sobre su excepción en primera instancia, los cuales fueron rechazados por el *a quo*.



5.2 Así, sostuvo sobre la presunta comisión del delito de **negociación incompatible** que la defensa respalda la teoría de la ruptura del título de imputación, por lo que no correspondería hacer extensivo el delito de negociación incompatible a un "extraneus" mediante reglas de complicidad; sin embargo, el juzgado ha señalado que la tesis dominante adoptada por la doctrina, la jurisprudencia y el Acuerdo Plenario N.º 2-2011, sostiene que el delito de negociación incompatible sí es imputable al "extraneus" mediante las reglas de la complicidad.

5.3 Por otro lado, argumentó, respecto al delito de **colusión agravada**, que si bien la defensa sostiene que se le estarían imputando actos de contribución en la fase post consumativa de la concertación inicial, debe tenerse en cuenta que la participación de Roque Jesús Leonardo García-Urrutia fue en la etapa de ejecución del proyecto, en donde se realiza una segunda concertación delictiva en la fase de ejecución.

V. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

➤ BASE NORMATIVA

PRIMERO: En un Estado constitucional de derecho, resulta imprescindible y necesaria la existencia de determinados recursos que puedan hacer posible el correcto desempeño del derecho a la defensa. Por ello, con la finalidad de fortalecer las garantías procesales, nuestro Código Procesal Penal (CPP) contempla medios técnicos de defensa, los cuales se "constituyen como el derecho de impugnar provisional o definitivamente el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se basa directamente en una norma de derecho y no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella"¹. A su vez, los medios técnicos de defensa, entre ellos, la excepción de improcedencia de acción, tienen por objeto atacar la acción penal o, con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge a partir de su ejercicio.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 6.1.b del CPP, la excepción de improcedencia de acción *procede cuando el hecho no constituye delito o 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 absolutoria².

TERCERO: En esa línea de análisis, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que para deducir una excepción de improcedencia de acción

¹ Casación N.º 581-2015-Piura, de fecha cinco de octubre de dos mil dieciséis, f. j. 6.1. Asunto: Excepción de improcedencia de acción.

² Recurso de Nulidad N.º 1117-2010-Piura, de fecha tres de marzo de dos mil once, f. j. 3.



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 realidad³.

CUARTO: Atendiendo a lo expuesto, es posible afirmar que, en un incidente de improcedencia de acción, no se evalúan medios probatorios para determinar si, efectivamente, el investigado participó o no en los hechos que le atribuye el director de la acción penal, tampoco resulta legítimo analizar si es o no responsable penalmente respecto de los hechos que se le atribuyen. Este es el criterio asumido por este colegiado en reiterado y uniforme pronunciamiento⁴. En este orden de ideas, se advierte que el delito atribuido, por el cual el recurrente dedujo este medio de defensa técnico, es por la presunta comisión de los delitos de negociación de incompatible y colusión agravada.

➤ HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN EN EL CASO CONCRETO

QUINTO: Conforme se encuentra consignada en la disposición de formalización de ampliación de hechos y adecuación del tipo penal, Disposición N.º 18, de fecha veinticuatro de junio de dos mil diecinueve, el titular de la acción penal precisó que como resultado de los actos de investigación practicados a nivel preliminar, delimitó los siguientes hechos⁵ penalmente relevantes:

- **Hecho N.º 1:** Al respecto, la Fiscalía precisa que desde la asunción en el cargo de presidente del Gobierno Regional del Callao (primero de enero de dos mil once) hasta el término de su segundo mandato (treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho), Félix Moreno Caballero habría liderado una organización criminal (que enquistó en este aparato estatal de manera permanente y prolongada) presuntamente conformada hasta por quince funcionarios y/o servidores públicos que pusieron a disposición de la organización las funciones inherentes a su cargo a fin de dar cumplimiento al plan criminal preestablecido por su líder. Asimismo, dicha organización habría contado con una estructura de hasta tres niveles. En ese sentido, señaló lo siguiente: **1) el mando inferior**, integrado por los investigados Daniel Sánchez Calderón, Roberto Sandoval Guzmán, Helberth Barrera Bardales, Antero Milián Díaz, Nancy Suito Meza, Jorge Avilés Astudillo, Carmen Leyva

³ Casación N.º 407-2015-Tacna, de fecha siete de julio de dos mil dieciséis, f. j. 5.

⁴ Expedientes 4-2015-40-5201-JR-PE-01, 160-2014-279-5201-JR-PE-01, 46-2017-23-5201-JR-PE-01 y 00215-2015-16-5201-JR-PE-02.

⁵ Fojas 151.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

Balcázar y Dante Rodríguez Mogrovejo, quienes en razón de su cargo tenían intervención directa e inmediata en los procesos de contrataciones públicas; y 2) el **mando medio**, en el que se encuentran los procesados Marco Antonio Palomino Peña, Víctor Alipio Suelpres Jerez, Eber Ramírez Sánchez, Jorge Fernando Villarreal Ruiz, Nancy Villela Alvarado, Patricia Eliana Martínez Valdivieso y Jorge Linares Muñoz, quienes encabezaron las principales gerencias de la entidad. Por lo expuesto, la organización descrita operó a través de la comisión de delitos contra la Administración pública y conexos, destinados a materializar los acuerdos ilícitos a los que arribaba Félix Moreno Caballero en detrimento de los intereses de la región Callao, como se verifica de las investigaciones seguidas por los casos "Gambetta", "Sauna Spa Pentagonito", "Costa Verde" y otros.

- **Hecho N.º 2:** Sobre esto, se indica que **entre marzo y abril de dos mil trece**, se llevaron a cabo reuniones en las que participaron Félix Manuel Moreno Caballero, Gil Shavit, Ricardo Boleira y Raymundo Nonato Trindade Serra. En las referidas reuniones, los **intervenientes pactaron que la empresa Odebrecht sería favorecida para adjudicarse la Licitación Pública N.º 09-2013**, "Construcción de la vía Costa Verde-tramo Callao". De igual modo, Félix Manuel Moreno Caballero se comprometió a realizar los cambios que fueran necesarios al expediente técnico de la obra durante la etapa de ejecución, a través de adendas contractuales. Así, **entre los años 2013-2016**, funcionarios del Gobierno Regional del Callao cometieron una serie de irregularidades con la finalidad de dar cumplimiento al pacto acordado, lo que ocasionó un perjuicio estimado de S/ 543 292 563.52.
- **Hecho N.º 3:** El cual tiene lugar durante la etapa de ejecución de la obra, en la que funcionarios del Gobierno Regional del Callao tramitaron y aprobaron irregularmente la prestación adicional de obra N.º 1, referida al cambio de diseño en los intercambios viales de las avenidas Santa Rosa y Haya de la Torre. Dichas modificaciones, realizadas sin estudios técnicos que las justifiquen, generarían dificultades de transitabilidad al crear zonas de confluencia que ponían en riesgo la vida de las personas y la ejecución de la obra misma.

SEXTO: En este contexto, la Fiscalía le imputó a **Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarria**, en el marco del **hecho N.º 2⁶**, la presunta comisión del delito de **colusión agravada** en calidad de **cómplice primario**, pues, en su condición de jefe de supervisión del consorcio supervisor **durante el periodo comprendido entre los años 2014 a 2016**, conociendo del acuerdo existente entre ejecutivos representantes de la empresa brasilera Odebrecht y la organización criminal liderada por Félix Manuel Moreno Caballero, para realizar durante la etapa de ejecución de la obra las modificaciones al expediente técnico (propuestas por la empresa antes de ser convocada la licitación), **avaló sin sustento**

⁶ Fojas 238 y 239.



técnico alguno, la aprobación de las prestaciones adicionales 3 y 4, a través de los siguientes actos:

- 1) En su informe de supervisión recomendó la aprobación de la prestación adicional de obra N.º 3, lo que sustentó que el proyectista, al absolver las consultas durante el proceso de selección, indicó explícitamente que la escollera se profundizaría hasta 1.5 m bajo el terreno natural, cuando sobre ello no existe registro documental alguno.
- 2) En su informe de supervisión, recomendó la aprobación de la prestación adicional de obra N.º 3 sin describir la evaluación realizada, con lo cual validó la propuesta del contratista.
- 3) Inobservó las inconsistencias vinculadas a la partida de excavación en el presupuesto de la prestación adicional N.º 3.
- 4) Tramitó y recomendó la aprobación de la prestación adicional N.º 4 cuando esta tenía inconsistencias.

SÉPTIMO: Así también, el Ministerio Público atribuyó a **Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarría**, en el marco del **hecho N.º 3⁷**, la presunta comisión del delito de **negociación incompatible** en calidad de **cómplice primario**. Dado que, en su condición de jefe de supervisión del consorcio supervisor, al **percibir la permisividad de la entidad frente a las propuestas de prestación adicional N.º 1 del contratista, avaló la misma en sus informes de supervisión sin sustento alguno**, y adujo que la propuesta del contratista era técnicamente viable y procedente. De este modo, habría inobservado que no se ajustaba a las disposiciones sobre velocidad directriz y confluencias.

➤ RESPUESTA A LOS AGRAVIOS INVOCADOS

A. SOBRE LA COMPLICIDAD EN DELITOS ESPECIALES

OCTAVO: Al respecto, la defensa sostuvo que el juez vulneró lo previsto en el artículo 25 del CP, ya que no era aplicable la complicidad primaria en los delitos especiales, pues, en el momento de los hechos, no existía unanimidad de criterio. Esto recién fue aclarado con la emisión del Decreto Legislativo N.º 1351 a través del cual se reguló de forma expresa la unidad del título de imputación. Por lo tanto, refiere que sería materialmente imposible encuadrar la conducta desarrollada como acto de complicidad en el delito de negociación incompatible. Sobre el particular, corresponde señalar, en primer orden, la imputación sobre la cual se realiza el cuestionamiento de la participación del investigado. Así, conforme a lo desarrollado anteriormente, se le atribuye a García-Urrutia Olavarría la presunta comisión del delito de **negociación incompatible** en calidad de **cómplice primario**, pues al percibir la permisividad de la entidad frente a las **propuestas de prestación adicional N.º 1 del contratista, habría avalado la misma en sus informes de**

⁷ Fojas 240 y 241.



supervisión sin sustento alguno. Este hecho se habría ejecutado durante el periodo comprendido entre los años 2014-2016, tiempo en el que nuestro Código Penal regulaba la figura de la complicidad primaria y secundaria a través del siguiente texto:

“Artículo 25. El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”

NOVENO: Sobre la vigencia y validez de este precepto normativo, como lo ha sostenido la defensa y el juez de primera instancia, se advierte un contexto especial ante la existencia de resoluciones que daban cuenta de dos posturas en relación a la complicidad en los delitos de infracción de deber. Tal es el hecho que la Sala Penal Permanente emitió las Casaciones 841-2015 y 782-2015, que datan del 24 de mayo y 6 de julio de 2016, respectivamente, mediante las cuales brindaban aportes para la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de interpretar la aplicación de la complicidad frente a los *extraneus*.

DÉCIMO: Sin embargo, en armonía con lo argumentado por el juez de primera instancia, este Colegiado advierte la existencia de una línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema, en favor de la unidad del título de imputación y de ello existen antecedentes desde el año 2003. Máxime, si en el año 2011 se emitió el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/Cj-116 que determinó como doctrina legal los fundamentos jurídicos 18 y 19, los cuales consolidan lo siguiente: 1) que los *extraneus* se rigen por la pena que corresponde al delito ejecutado por el autor dentro de lo comprendido en el Capítulo II, Título XVIII, Libro Segundo del CP; y 2) que no se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, solo responden por el delito de infracción de deber en calidad de inductores o cómplices, sin que ello implique la ruptura del título de imputación, pues estos no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

DÉCIMO PRIMERO: Así, al haberse realizado este pleno jurisdiccional con la finalidad de concordar jurisprudencia en la especialidad, lograr la predictibilidad de las resoluciones mediante la unificación de criterios y evitar fallos contradictorios para reducir el margen de inseguridad jurídica; los jueces de todas las instancias judiciales deberían invocarla, pues, en concordancia con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se prevé de forma expresa (como regla general) el obligatorio cumplimiento de estos principios, salvo (excepcionalmente) que los magistrados decidan apartarse, caso en el que deberán de motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia expresa del precedente obligatorio que desestiman. Estos criterios antes señalados se encuentran consolidados con el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, de fecha 12 de junio de 2017. Esto no se aprecia en las casaciones citadas por la defensa, ya que si bien emiten decisiones contrarias, no expresan ni dejan constancia de las razones de su apartamiento jurisprudencial.



DÉCIMO SEGUNDO: Por los fundamentos expuestos, la Sala considera, conforme se indica en la recurrida, que nuestra legislación nacional ha venido concibiendo la posibilidad de sancionar la participación de un tercero en la realización de un delito de infracción de deber, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico acoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la unidad del título de imputación. En consecuencia, los argumentos sustentados por la defensa deben ser rechazados, ya que es materialmente posible encuadrar la conducta desarrollada por Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarría en calidad de cómplice por la presunta comisión del delito de negociación incompatible a pesar de ser un *extraneus*.

B. SOBRE EL APORTE DOLOSO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

DÉCIMO TERCERO: La defensa sostuvo que el juez cometió un error en la interpretación y aplicación del llamado aporte doloso, pues indica que no argumentó en su escrito de excepción ni en audiencia ningún argumento relacionado con la ausencia del dolo en la conducta atribuida sobre García-Urrutia Olavarría. Por lo que esto habría ocasionado que el *a quo* se desvíe del objeto de debate. Al respecto, es necesario precisar que, a través de la excepción de improcedencia de acción, concierne dilucidar solamente si el hecho denunciado no constituye delito o si no es justiciable penalmente, es decir, a través de este medio técnico de defensa se realiza un juicio de subsunción normativa del hecho atribuido al injusto penal y no un análisis sobre la responsabilidad penal⁸. Por lo tanto, no corresponde que este Colegiado emita un pronunciamiento sobre este extremo, más aún si ello no es parte del objeto de análisis para la excepción de improcedencia de acción.

➤ **SOBRE LA ATIPICIDAD OBJETIVA POR UN HECHO POSTERIOR A LOS ACTOS CONSUMATIVOS DE CONCERTACIÓN Y DEFRAUDACIÓN**

DÉCIMO CUARTO: La defensa sostuvo que el juez adecuó indebidamente los hechos consignados en la Disposición Fiscal N.º 18 y que, sobre la base de ello, emitió un juicio de tipicidad en contraposición con lo dispuesto en la Casación N.º 407-2015-Tacna. Al mismo tiempo, adujo que el juez no evaluó la imputación sobre los actos colusorios previos a la licitación pública, pues conforme a la tesis de la defensa, el núcleo central de la imputación (acto colusorio) se encuentra consumado con anterioridad a la participación de García-Urrutia Olavarría, motivo por el cual su conducta no encuadraría en el delito atribuido. En relación a este agravio, se aprecia en los hechos formulados en la Disposición N.º 18, que la Fiscalía le imputó a Roque Jesús Leonardo García-Urrutia Olavarría, en el marco del hecho N.º 2⁹, la presunta comisión del delito de colusión agravada en calidad de cómplice **primario** al haber presuntamente avalado sin sustento técnico alguno la aprobación de las prestaciones adicionales 3 y 4. No obstante, es necesario remitirnos al hecho N.º 2,

⁸ Fundamentos jurídicos 4 y 5 de la Casación N.º 407-2015-Tacna.

⁹ Fojas 238 y 239.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

... dado que es el contexto sobre el cual se desarrolla la imputación específica en contra del referido investigado.

DÉCIMO QUINTO: Ahora bien, la Fiscalía formuló que entre marzo y abril de 2013, se llevaron a cabo reuniones en las que participaron Félix Manuel Moreno Caballero, Gil Shavit, Ricardo Boleira y Raymundo Nonato Trindade Serra, en las cuales, habrían pactado lo siguiente: **1) favorecer a la empresa Odebrecht con la adjudicación de la Licitación Pública N.º 09-2013 y 2) realizar cambios en el expediente técnico de la obra durante la etapa de ejecución a través de adendas contractuales.** De este modo, sostiene la Fiscalía que **entre los años 2013-2016, funcionarios del Gobierno Regional del Callao cometieron una serie de irregularidades con la finalidad de dar cumplimiento al pacto acordado,** lo que ocasionó un perjuicio estimado de **S/ 543 292 563.52.**

DÉCIMO SEXTO: Según estas premisas, se advierte que la imputación formulada en contra de García-Urrutia Olavarría se circunscribe, en efecto, a una etapa posterior al otorgamiento de la buena pro, esto es, la etapa de ejecución. Sin embargo, esto no implica en modo alguno la concurrencia de una atipicidad objetiva, pues si bien la defensa sostiene que el delito se habría consumado con el otorgamiento de la buena pro y, por ende, la participación de su patrocinado no podría aportar en un hecho ya realizado, esto carece de asidero legal, ya que el delito imputado es de colusión agravada, cuyo texto normativo indica lo siguiente:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco días-multa”¹⁰.

DÉCIMO SÉPTIMO: De tal forma que el propio texto del tipo penal determina para su consumación un **perjuicio económico en los caudales del Estado.** Este detrimento se habría producido en el presente caso con el aporte del imputado García-Urrutia Olavarría en la fase de ejecución, toda vez que, conociendo del acuerdo existente entre la empresa

¹⁰ Conforme a la modificatoria realizada por el único artículo de la Ley N.º 30111, publicada el veintiséis de noviembre de dos mil trece.



Odebrecht y la organización criminal liderada presuntamente por Félix Manuel Moreno Caballero –para realizar durante la etapa de ejecución las modificaciones al expediente técnico–, aportó en la materialización de este acto delictivo al avalar sin sustento técnico alguno la aprobación de las prestaciones adicionales 3 y 4. En consecuencia, lo argumentado por la defensa no es de recibo, toda vez que a criterio de este Colegiado la conducta atribuida en contra de García-Urrutia Olavarría en calidad de cómplice se encuadra dentro de los alcances del tipo penal de colusión agravada, cuyos elementos de convicción sustentan la tesis de imputación fiscal y se encuentran detalladas en la Disposición N.º 8, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete (formalización de la investigación preparatoria). Por otro lado, del propio texto de la ley, se evidencia que el delito de colusión puede ser cometido en cualquier etapa de las contrataciones, esto es, incluso puede cometerse en la etapa de ejecución o de liquidación de la obra, de modo que este agravio no es de recibo.

D. SOBRE EL CUESTIONAMIENTO A LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

DÉCIMO OCTAVO: Respecto de este agravio, la defensa argumentó que la resolución impugnada carece de motivación, pues el juez de primera instancia no señaló los fundamentos que sustentan el rechazo de la teoría de la ruptura del título de imputación. A su turno, el representante de la Fiscalía Superior indicó que la decisión judicial cumple con los estándares de motivación. En relación a dicho agravio, el Colegiado advierte que el juez de primera instancia ha desarrollado suficientemente las razones por las cuales optó por rechazar la teoría de la ruptura del título de imputación. En tal sentido, ha justificado en los considerandos 20-25 que la tesis formulada por la defensa no guarda relación con el desarrollo jurisprudencial y doctrinario, sustentando el tratamiento continuo que se ha dado al cómplice en los delitos especiales. Por lo expuesto, el agravio alegado por la defensa no es de recibo, de manera que se debe confirmar el auto impugnado.

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, en aplicación de lo prescrito en los artículos 6 y 419 del CPP y demás normas procesales, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.º 4, de fecha siete de agosto de dos mil diecinueve, emitida por el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resolvió declarar infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción presentada por el imputado Roque Jesús

Poder Judicial



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

Leonardo García-Urrutia Olavarría, a quien se le imputan los delitos de negociación incompatible y colusión agravada en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.-**

Sres.:


SALINAS SICCHA


GUILLERMO PISCOYA


ANGULO MORALES




MIRIAM RUTH LLAMACURI LERMO
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
1ª Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios