



La Secretaría de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, certifica que el voto discordante del Señor Juez Supremo Ventura Cueva es como sigue:

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, contra la sentencia de folios veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, de treinta de junio de dos mil dieciséis, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el precitado, y lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública – colusión desleal, en agravio del Estado; a cinco años de pena privativa de libertad; impusieron la pena de inhabilitación por el término de tres años; y fijaron en veintiséis millones de soles el monto que deberá ser abonada en forma solidaria con los terceros interesados, en beneficios del Estado – Municipalidad Provincial del Callao.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La defensa técnica del procesado Kouri Bumachar, interpuso su recurso de nulidad –fojas veintisiete mil setecientos veintinueve– argumentando lo siguiente: **I)** Se vulneró el derecho de defensa al incorporarse, terminado el juicio oral, otros hechos y sujetos interesados (extraneus), quienes no fueron instruidos, acusados y juzgado, para forzar la construcción del supuesto concierto y así condenar al recurrente; **II)** Se produjo el archivamiento de los procesados como extraneus en la colusión, por ello, es imposible que se configure este tipo penal. Si se incluye nuevos sujetos, no se le está otorgando a la defensa ninguna posibilidad de contradecir las premisas de colusión de estos sujetos, **III)** La Sala aplicó una decisión gravosa y arbitraria, que fue concluir el proceso penal contra Kouri Bumachar y que se inicie el proceso judicial contra los terceros particulares mencionados, a pesar



que reconoció que existió una situación de incertidumbre legal; **IV)** Se quebrantó el Principio Acusatorio toda vez que la Sala Superior, argumentó en la condena frases persecutoras y punitivas, como “luchar contra la corrupción”, por lo que existirá parcialidad; **V)** Se infringió el derecho de defensa y de prueba debido a que se incorporaron hechos no acusados ni juzgados, así como sujetos interesados (extraneus) no instruidos, con el fin de condenar al procesado recurrente. Debe señalarse que en el proceso se archivó el extremo en que se imputaba el delito a los interesados (extraneus), que conllevaba a la imposibilidad de construir un fallo condenatorio por el delito de colusión desleal, que es un delito de encuentro, dejándolo sin posibilidad para contradecir la nueva inclusión; **VI)** Se vulneró el derecho a la presunción de inocencia, pues se le condenó sobre la base de sospechas, además, se incumplió el procedimiento de prueba indiciaria, para establecer su supuesta responsabilidad, adicional a ello, existen contraindicaciones, pues es inviable la concertación toda vez que los interesados (extraneus) han sido absueltos y los coprocesados han negado cualquier concertación, órdenes, sugerencias o interferencias del ahora imputado; **VII)** Los Magistrados Sánchez Espinoza y Lizárraga Rebaza, estaban contaminados, pues fueron designados en el año dos mil uno, mediante resolución administrativa número cuarenta y siete –dos mil uno-P-CSJL-PJ como jueces penales anticorrupción para organizar, dirigir la instrucción y cooperar en la práctica de diligencias de visualización, audición y resumen de seiscientos cincuenta “vladivideos”; siendo que en uno de ellos, el imputado con Vladimiro Montesinos Torres y José Francisco Crousillat Carreño, conversaban sobre el peaje que es materia de Litis y el primero señala que “el negocio estaba en el peaje”, lo que afecta la imparcialidad; **VIII)** Se transgredió la cosa juzgada, pues mediante Ejecutoria Suprema de nueve de junio de dos mil quince,



recaída en el Recurso de Nulidad número mil ciento nueve-dos mil catorce-Lima, se señaló que en el caso no existió concertación ni perjuicio patrimonial, pues el tipo penal exige este elemento; **IX)** Se vulneró la garantía de contar con una pericia emitida por un órgano neutral, como señala la STC EXP. Numero dos mil quinientos sesenta y ocho-dos mil diez-PHC/TC, que desestimó la condena hecha sobre la base del informe de presunción de delito emitido por la SUNAT, en una causa donde esta entidad era la agraviada. Se ha señalado que el principal y original elemento de cargo contra el acusado y que dio origen al caso, son los informes especiales número ciento setenta y dos-dos mil siete-CG de octubre de dos mil siete y número doscientos cuarenta-dos mil siete-CG de diciembre de dos mil siete, emitidos por la Contraloría General de la República; **X)** No se valoró la pericia oficial de Hitler Ramos Dávalos y Juan Jorge Ormaeche Farfán, que señaló que no existió perjuicio económico, esto es así pues no se tocó dinero para firmar los contratos o adendas, por lo que la responsabilidad no sería penal, sino civil; **XI)** Se vulneró el principio de legalidad, pues la conducta por la cual se condenó "interés o vocación de favorecer" se subsume en el delito de negociación incompatible, no en el de colusión.

SEGUNDO: El Principio de imputación necesaria se traduce como una manifestación de los principios de legalidad y de defensa procesal, conforme lo prevé el apartado d) del inciso veinticuatro del artículo dos, y el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.

TERCERO: En este sentido, el Tribunal Constitucional mediante el expediente número tres mil trescientos noventa-dos mil cinco -PHTC/TC, fundamento jurídico número dieciséis, estableció que: "*La necesidad de*



tutela surge del enunciado contenido en el artículo dos inciso d) de la Norma Suprema, al disponer: 'Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)' Por ello, es de derecho de todo procesado que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga, inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgado incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles".

CUARTO: En igual sentido, la Corte Suprema, mediante recurso de nulidad número novecientos cincuenta y seis-dos mil once-Ucayali, dando mayores alcances sobre el contenido del citado Principio (Imputación), ha señalado que: *"No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado, respecto a cada uno de los encausados, tanto las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada"*.

QUINTO: Ahora bien, las consecuencias que se configuran ante una posible afectación al Principio de Imputación, cuando es detectada al momento de formalizar la denuncia, la Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario número dos-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis, sostuvo –bajo el modelo del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, que: *"ante el incumplimiento notorio u ostensible por el fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales, sería exclusiva y limitadamente*



correcto disponer la subsanación de la imputación plasmada en la disposición de formalización de investigación preparatoria, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar a la decisión judicial, para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección o cuestionamientos improcedentes".

SEXTO: De lo expuesto, al ser la acusación un acto procesal base sobre el cual recaerá la responsabilidad del procesado, debe ser detallada, y que contenga debidamente los fundamentos para sentenciar, ello, en correlación con el Principio Acusatorio, pues es el representante del Ministerio Público, quien tiene la carga de la prueba, es decir, quien propone los hechos que posteriormente se actuarán y constituirán medios de prueba que sustente la sentencia.

§ EN EL CASO CONCRETO

SEPTIMO: La Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de treinta de junio de dos mil dieciséis, condenó al procesado Alexander Martín Kouri Bumachar como autor del delito de colusión desleal, y emitió una sentencia debidamente motivada de conformidad con el Principio de Imputación necesaria ya citado, debido a que no se aclaró quienes fueron las personas específicas con las que se habría coludido el citado recurrente.

OCTAVO: Cabe precisar que la Fiscalía Superior y Suprema atribuyen la imputación al sentenciado Kouri Bumachar, en los siguientes términos: *"Que en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad del Callao, habría concertado con el tercero Mario Ernesto ángel Guasco, representante de CONSORCIO CC*



CONCESIONES PERÚ, que luego devino en la empresa CONVIAL, defraudando a la citada municipalidad”.

NOVENO: En este sentido, la imputación inicial, consideraba que el procesado Kouri Bumachar se habría coludido presuntamente, con el representante legal de la empresa CONVIAL CALLAO S.A. Mario Ernesto Ángel Guasco, dicha postura la mantuvo durante todas las etapas del proceso; pese a ello, en la requisitoria oral, la Fiscalía cambió su imputación señalando que los terceros interesados (extraneus), son Augusto Dall’orto Falconí y Roberto Dall’orto Lizárraga.

DÉCIMO: Ante dicha omisión la Sala Superior señaló lo siguiente: *“Concluimos entonces, de la descripción fáctica que hace la Fiscalía, que se le acusa a Kouri Bumachar, por el delito de colusión desleal, en razón de haber intervenido en su condición de alcalde Provincial del Callao, conjuntamente con otros funcionarios –Mario Ángel Guasco-, que procesalmente ya han definido su situación jurídica en la concesión y ejecución de la obra denominada Vía Expresa Callao, para la cual se abrían concertado con terceros interesados, representantes ejecutivos o accionistas del consorcio encargado de la obra que finalmente resultaron siendo personas vinculadas de diversa manera con el citado funcionario público e inclusive se dieron vinculaciones con sus familiares políticos”.*

UNDÉCIMO: Ahora bien, la Sala Superior indicó que la situación de los terceros con los que se habría coludido el procesado Kouri Bumachar fue resuelta, debido a que mediante Ejecutoria Suprema número mil ciento nueve-dos mil catorce, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de nueve de junio de dos mil quince, se resolvió: “No haber nulidad en la resolución de dieciséis de enero de dos mil catorce, en el extremo que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral



contra Fernando Enrique Tordoya como autor, Edwin Flores Torrejón, Marío Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública –colusión desleal-, en agravio del Estado –Municipalidad Provincial del Callao-“. De ahí, que al haberse finalizado el proceso contra los terceros interesados en el mismo hecho (extraneus), únicamente quedó a resolver la situación jurídica del recurrente Kouri Bumachar.

DUODÉCIMO: Ante dicha situación, la Sala Superior, finalmente admitió la propuesta de la Fiscalía en su requisitoria oral, respecto a considerar que los terceros interesados serían los familiares del procesado en este caso Augusto Dall’orto Falconí y Roberto Dall’orto Lizárraga.

DECIMOTERCERO: Al respecto, deben indicarse que conforme con el Principio de Imputación Necesaria y el Principio Acusatorio, la función de delimitación de los hechos materia del delito, así como los presuntos involucrados en este caso, debieron ser correctamente señalados por la Fiscalía Superior, y en todo caso, mediante el Dictamen de la Fiscal Suprema, lo que en el caso no se hizo. Ello revestía de vital importancia, pues al ser el delito de colusión un delito de participación necesaria⁴⁵, esto significa, que el acto colusorio debe producirse entre el funcionario público y los terceros interesados, y al no estar estos debidamente identificados en la imputación y durante el proceso, vulneró el derecho de defensa del procesado por cuanto, la estrategia de defensa debe realizarse en concordancia con la imputación, que requiere ser clara, precisa y exhaustiva, lo que en el caso concreto no se hizo.

⁴⁵ En doctrina nacional: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, Sexta Edición, Grijley, Lima, 2006, p. 428. En doctrina extranjera: JESCHECK, Hans. Tratado de derecho penal. Parte General. Barcelona, 1982, pp. 968-971. MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal, Tomo II. Barcelona, 1962, pp. 351-354.



DECIMOCUARTO: En consecuencia, la omisión realizada por la Fiscalía, no puede subsanarse mediante la decisión del Juez, porque de ser así, se vulneraría los Principios y Garantías Constitucionales como de Defensa, de Imputación Necesaria, las cuales se manifiestan en consonancia con el principio acusatorio. En este sentido, corresponde que se realice una descripción fáctica de los hechos, e imputación concreta a cada uno de los acusados por el delito de colusión desleal, así como lo correspondiente a las demás actuaciones que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal. Por estas consideraciones resulta aplicable el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales que establece: “La Corte Suprema declarará nulidad: 1. Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, mi **VOTO** es porque se declare: **NULA** la sentencia de fojas veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, de treinta de junio de dos mil dieciséis, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, y lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública –colusión desleal-, en agravio del Estado; a cinco años de pena privativa de libertad; impusieron la pena de inhabilitación por el termino de tres años; y fijaron en veintiséis millones de soles el monto que deberá pagar por concepto resarcitorio e indemnizatorio en forma solidaria con los terceros interesados, en beneficio del Estado –Municipalidad Provincial del Callao-. **INSUBSISTENTE** la acusación fiscal de folios veinticinco mil novecientos



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°1842-2016
LIMA**

veintiocho, de trece de febrero de dos mil quince; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, donde se deberá realizar una mejor apreciación de hechos y pruebas actuadas; así como las diligencias mencionadas en la presente ejecutoria; y las demás que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, debiendo cumplir el representante del Ministerio Público con lo señalado en la presente ejecutoria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S

VENTURA CUEVA