



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

Expediente	: 0009-2020-52-5001-JR-PE-01
Jueces superiores	: Salinas Siccha/ Enriquez Sumerinde /Magallanes Rodríguez
Especialista judicial	: Pilar Gabriela Esteba Velásquez
Ministerio Público	: Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputado	: Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas
Delito	: Colusión agravada
Agraviado	: Estado peruano
Materia	: Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción

Resolución N.º 04

Lima, veinte de enero
de dos mil veinticuatro. -

VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas, contra la Resolución N.º 04, de fecha 02 de febrero de 2023, emitida por el juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que resolvió declarar **infundada** la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida por el impugnante, en mérito del proceso penal que se le sigue en su contra por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado. Actúa como ponente el juez superior **VÍCTOR JOE MANUEL ENRÍQUEZ SUMERINDE** y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES:

1.1 Mediante escrito con registro de ingreso N.º 59376-2022, presentado el 06 de diciembre de 2022, la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas dedujo la excepción de improcedencia de acción en mérito de la imputación en su contra por el delito de colusión agravada, contenida en la Disposición Fiscal N.º 71, del 06 de octubre de 2022, refiere que el hecho resulta ser atípico, toda vez que, se trata de conductas cotidianas y estandarizadas, desplegadas en el marco del ejercicio profesional de su patrocinado como funcionario de una institución financiera.

1.2 Esta solicitud fue atendida por el juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, quien mediante Resolución N.º 04, de fecha 02 de febrero de 2023, resolvió declarar infundado el pedido de excepción de improcedencia de acción, formulado por la defensa técnica del investigado



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas en el proceso penal que se le sigue por el delito de colusión agravada, en agravio del Estado.

1.3 Contra esta decisión judicial, mediante escrito con ingreso N.º 5737-2023, presentado el 24 de febrero de 2023, la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas, interpuso recurso de apelación. En consecuencia, una vez concedido el recurso impugnatorio y elevados los actuados a esta Sala Superior, se corrió traslado de la referida apelación y se admitió esta, programándose la audiencia de vista, la que se realizó con la participación del representante del Ministerio Público, el actor civil representado por la Procuraduría Pública *ad hoc* y la defensa técnica recurrente. De modo que, tras la correspondiente deliberación, este Colegiado procede a emitir el siguiente pronunciamiento.

II. HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN¹:

2.1 Conforme se tiene de la Disposición N.º 71, de fecha 06 de octubre de 2022, la misma que precisa el hecho N.º 02 contenido en la Disposición Fiscal N.º 61, de fecha 10 de junio de 2022, la misma que también precisa, entre otras, la Disposición Fiscal N.º 57, de fecha 29 de octubre de 2021, se tiene la siguiente imputación:

1.61. GIANFRANCO PIERO DARIO FERRARI DE LAS CASAS

A. COLUSIÓN AGRAVADA

*769. Se le imputa a GIANFRANCO PIERO DARIO FERRARI DE LAS CASAS la comisión del delito de colusión agravada, a título de partícipe y **cómplice** primario, en grado consumado, el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, en agravio del Estado (representado por el Ministerio de Economía y Finanzas y Gobierno Regional de Lambayeque).*

770. Por cuanto, valiéndose de los nexos de Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada con Pedro Pablo Kuczynski Godard, quien ejerció los cargos de Ministro de Economía y Finanzas, y, Presidente del Consejo de Ministros durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique, participó directamente-desde marzo a noviembre del 2004- dentro del equipo de trabajo por el Banco de Crédito del Perú que obtuvo finalmente el financiamiento para la construcción de la Obra de Tránsito del Proyecto Olmos adjudicada a la Concesionaria Tránsito Olmos S.A., el cual ascendió a US\$ 184 841, 485, 38 (Estado peruano: US\$ 77000,000.00, y Odebrecht: US\$ 107 841,485), monto total que fue obtenido gracias a la intervención de funcionarios del Poder Ejecutivo, Proinversión, Gobierno Regional

¹ De conformidad con la Disposición N.º 71, de fecha 06 de octubre de 2022 que precisa el hecho N.º 02 contenido en la Disposición Fiscal N.º 61, de fecha 10 de junio de 2022, y Disposición Fiscal N.º 57, de fecha 29 de octubre de 2021, conforme se tiene a la vista.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

de Lambayeque, durante el Proceso de Selección, y luego de la suscripción del Contrato de Concesión, por medio de modificaciones a los proyectos de contratos y Bases, así como, a la emisión de dispositivos legales que otorgaron las garantías de parte del Estado peruano en favor de la empresa Odebrecht y a los inversionistas, obteniendo por dicha labor beneficios económicos de parte de la Concesionaria Trásvase Olmos SA. por la labor prestada, y en dicha condición participó en el desarrollo del programa criminal, el cual fue ejecutado en el marco del Proyecto denominado "Construcción, Operación y Mantenimiento de las obras de Trásvase del Proyecto Olmos"

771. Para lo cual, Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas:

772. Participo dentro del equipo de Trabajo por el Banco de Crédito del Perú siendo presentado como tal en la "Propuesta para la estructuración de una Oferta Primaria de Acciones del Proyecto Olmos-Etapa de Trásvase de Aguas, hasta US\$ 20 millones, de fecha 16 de marzo de 2004, elaborada para la Constructora Norberto Odebrecht S.A.

773. Suscribió de manera inmediata, el acuerdo de fecha 17 de marzo de 2004, para los servicios de Asesoría y Estructuración Financiera para el desarrollo del Proyecto Trásvase Olmos de manera inmediata en representación del Banco de Crédito, con su co investigado Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada y ejecutivos de la Constructora Norberto Odebrecht S.A., documento que consistió en brindar asesoría en la estructuración y colocación de instrumentos de renta fija y de renta variable para el financiamiento de la Construcción de las Obras de Trásvase del Proyecto Olmos.

774. Este accionar delictivo ocasionó un perjuicio económico al erario estatal, toda vez que, hasta el año 2027, el Estado peruano viene realizando pagos por los intereses a la CAF, por los US\$ 77 000,000.00, de Cofinanciamiento del Estado.

775. Al contarse con el monto de inversión, la Concesionaria Trásvase Olmos SA. dio inicio a la ejecución de la Obra de Trásvase del Proyecto Olmos, lo que permitió que luego ésta solicite ampliaciones de plazo del Periodo Inicial o de Construcción, por supuestos estallidos de rocas y retrasos en el revestimiento del tramo oriental del Túnel Trásandino, las cuales, al ser otorgadas sin sustento alguno, no se cobraron penalidades a la Concesionaria Trásvase Olmos S.A. por la Suma de US\$ 9 000, 000.00. Asimismo, que las solicitudes de ampliaciones de plazo devinieron en requerimiento de pagos de daños y perjuicios, lo que conllevó que sin sustento legal alguno se suscriba Acta de Reuniones de Trato Directo (del 12 13; 14; y 16 de septiembre de 2011) y Anexo I (consistente en la Transacción Extrajudicial), mediante los cuales se reconocieron a favor de la Concesionaria Remuneraciones de la Inversión, perjuicio financiero y mayores Costos de Obra, así como ampliaciones de la vigencia de la Concesión, basados en los puntos reconocidos por parte del Concedente (Gobierno Regional de Lambayeque), originando adicionalmente un perjuicio económico total al Estado peruano de US\$ 8 903,068.86.

776. Asimismo, se realizaron pagos en favor de la Concesionaria Trásvase Olmos hasta agosto del año 2016, mediante Decreto Supremo N° 246-2016-EF, que consideró como fundamento el Decreto Supremo N° 195-2004-EF que aprobó la



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

operación de endeudamiento externo entre la República del Perú y la Corporación Andina de Fomento CAF, hasta por la suma de US\$ 77 000, 000.00 (setenta y siete millones y 00/100 dólares americanos).

777. Del mismo modo contravino la Ley 27693 Reglamento de la Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (Decreto Supremo N° 163-2002-EF) en sus artículos 14 y 20.

III. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA:

3.1 La resolución materia de grado refiere que, el presente proceso se encuentra en etapa de Investigación preparatoria, con un nivel de sospecha reveladora, por lo que no se exige certeza, precisión o detalles específicos en la imputación que, si son necesarios en la acusación, donde los extremos esenciales y necesarios de la imputación fiscal deben ser suficientemente consistentes, conforme lo señala el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116,

3.2 Asimismo, la recurrida hace referencia al recurso de Nulidad 56-2020/Lima Sur para sostener que la imputación objetiva es el filtro para dotar a un determinado comportamiento como típico, en cuanto a la categoría denominada prohibición de regreso, señala que es un criterio que excluye la imputación penal, en el sentido que, si una conducta se realiza de forma estereotipada, neutra o inocua, el derecho penal está imposibilitado de sancionarla. También refiere que, si el aporte se prestó en un contexto claramente delictivo, no se puede amparar este principio.

3.3 Señala que, para analizar criterios de imputación objetiva se requiere una determinación precisa de los hechos, al punto que el juzgador tenga la posibilidad de identificar, que existan riesgos permitidos y riesgos no permitidos, conforme lo establece la doctrina; no siendo esta la etapa para establecer si el procesado actuó dentro del riesgo permitido; pues el presente proceso se encuentra en etapa de investigación preparatoria que se desarrolla y se rige bajo el principio de progresividad, en la medida que los hechos de investigación se irán delimitando y dilucidando con el transcurso y desarrollo de los actos de investigación.

3.4 Finalmente precisa que, la conducta del investigado habría constituido un aporte a la comisión del hecho delictivo, no obstante, en este estadio del proceso no resulta posible determinar si la conducta del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas ha sido neutral o estereotipada, esto es que no ha rebasado los límites del riesgo permitido, situación que exige probanza, por lo que, la valoración sobre el fondo y examen correspondiente será materia de debate en la etapa estelar del proceso.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

IV. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

4.1 La defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas solicita como **pretensión principal** que se revoque la resolución venida en grado, y reformulándola se declare fundada la excepción de improcedencia de acción; y como **pretensión subsidiaria** solicita que se declare nula la resolución recurrida; y se devuelva los autos a instancia a fin de emitirse nuevo pronunciamiento. En ese sentido, expone los siguientes agravios: **i)** La resolución recurrida incurre en error al no haber verificado que de la imputación fiscal comprendida en la disposición fiscal N.º 71, sí se desprende que el comportamiento del investigado es estereotipado y neutral, sin necesidad de valorar prueba ni añadir y/o aclarar hechos; **ii)** La resolución recurrida interpreta incorrectamente los artículos 6º y 7º del CPP e incurre en motivación aparente, al sostener que no se puede acoger la excepción por la fase procesal en la que se encuentra el proceso.

4.2 En cuanto al primer extremo de su pretensión revocatoria expone como argumentos centrales que: el razonamiento de la a quo es erróneo, toda vez que, de la imputación precisada contra su patrocinado -Disposición Fiscal N.º 71- se advierte que su conducta es claramente estereotipada y neutral no siendo aceptable el argumento de la necesidad de actuar pruebas, por tanto, asevera que esta conclusión no va a variar ni siquiera en el supuesto de que fuese cierto todo lo que le imputa. Por consiguiente, agrega que a su patrocinado no se le atribuye las irregularidades relacionadas con el otorgamiento de garantías para respaldar las obligaciones financieras, pues las garantías que fueron otorgadas responden a un deber contractual del Estado, que este decidió asumir tras la segunda modificación del Contrato de Concesión, en octubre de 2003 (página 87 – fundamento 343).

4.3 Estando a lo antes señalado, la defensa técnica del imputado precisa que el hecho de que el Estado otorgue garantías – en ejecución de su propia decisión – para financiar un proyecto de inversión, y para lograrlo modifique las bases del concurso o el propio contrato de concesión no tiene absolutamente nada de irregular, sino todo lo contrario: es una práctica totalmente común en un proyecto de la envergadura del otorgado a través de la concesión (Proyecto Olmos). Por tanto, refiere que de la simple lectura de la imputación fiscal contra su defendido Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas no puede sino concluirse que el comportamiento que se le atribuye constituye una conducta técnica, estereotipada, neutral e inocua, sin necesidad de actuar pruebas o cambiar la imputación.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

4.4 Por otro lado, fundamenta su pretensión nulificante en base a los siguientes argumentos: **i)** la a quo ha interpretado erróneamente los artículos 6° y 7° del CPP al resolver la excepción deducida; **ii)** incurrió en motivación aparente, al basar la decisión desestimatoria en una lectura errada del punto 18 de la Disposición Fiscal N° 71, siendo que en esta no constan los hechos que consigna la resolución recurrida; **iii)** que resulta perfectamente posible declarar fundada una excepción de improcedencia de acción por falta de imputación objetiva durante la investigación preparatoria, en tanto, reitera que el Juzgado incurre en un error de interpretación al señalar que no puede establecerse en la investigación preparatoria, a partir de la propia imputación fiscal, si el comportamiento atribuido a nuestro defendido superó o no el riesgo prohibido.

4.5 Finalmente, recalca que el "otorgamiento de garantías por parte del Estado para la obtención del financiamiento del Proyecto; por medio de modificaciones a las bases y a las versiones del contrato de concesión" no es una irregularidad como tal. De este modo, señala que no se trata, por lo tanto, de una conducta que pudiese poner en tela de juicio el carácter estereotipado del comportamiento de su patrocinado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas, en el supuesto negado de que ésta realmente le fuese atribuida.

V. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

5.1 La señora fiscal superior en audiencia solicitó que se declare infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas, y en consecuencia que se confirme la resolución venida de grado, por encontrarse esta conforme a derecho. En ese sentido, expone como argumentos centrales que los hechos imputados del investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas están contenidos en la Disposición N.º 71, de fecha 06 de octubre de 2022, a través de la cual se le atribuye al investigado su participación como cómplice por el delito de colusión agravada, en agravio del Estado.

5.2 En ese sentido, describe la imputación contra el referido investigado en su calidad de gerente del finanzas del BCP, habría participado dentro de un equipo de trabajo del BCP para defraudar al Estado, ello debido a que dentro del ejercicio procesional como funcionario de una entidad financiera ha concertado con las personas integrantes o vinculadas a una de las empresas que solicitó su incorporación en este acuerdo, que es la empresa Westfield Capital Ltd de propiedad del investigado Pedro Pablo Kuczynski, y el cual ha



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

contribuido al financiamiento de la empresa Trásvase Olmos SA y de la Concesionaria Olmos, en este punto, señala que si la conducta atribuida al imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas se encuentra o no dentro del riesgo permitido o de una conducta neutral si nos referimos al criterio de prohibición de regreso.

5.3 De lo señalado, considera que en el presente caso no concurre una conducta neutral bajo el criterio de prohibición de regreso como lo plantea la defensa, toda vez que, la conducta delictiva que se le atribuye al investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas a favor de la concesionaria Trásvase Olmos SA, por cuanto se le atribuye, en calidad de partícipe) el haber participado en un servicio de estructuración financiera en esta empresa que luego fue utilizada para concursar para la adjudicación del otorgamiento del proyecto Olmos.

5.4 Finalmente, reitera que la defensa en toda su alocución sobre una pretensión revocatoria, sin embargo, no señala cuales serían los errores de derechos que habría incurrido el juez de investigación preparatoria para denegar el pedido de excepción de improcedencia de acción. Por tales consideraciones, reitera se declare infundado el recurso de apelación de la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas y se confirme la resolución venida en grado por encontrarse con arreglo a ley.

VI. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC:

6.1 El actor civil solicita se declare infundada la apelación interpuesta por la defensa del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas, y se confirme la resolución venida en grado, señala que en la disposición N.º71 los hechos que son materia de imputación no devienen en atípicos. Por tanto, considera que la defensa del investigado solicita un pronunciamiento de fondo para lo cual se requiere la existencia de valoración probatoria en el presente incidente, toda vez que, para determinar que los actos ejecutados por el recurrente son neutrales es necesario analizar si tenía conocimiento del plan criminal y si llevó a cabo actos propios de su rol como asesor financiero para realizar aportes en el plan delictivo.

6.2 Asimismo, refiere que para arribar a una respuesta si estamos o no ante una conducta neutra cabe la valoración de medios probatorios como los contratos previos firmados con Westfield Capital Ltd donde se señalaba que la empresa era propiedad del ex Ministro de Estado Pedro Pablo Kuczynski, las declaraciones de Gerardo Sepúlveda Quezada, donde menciona que el



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

equipo conformado por el BCP y Westfield Capital trabajaron conjuntamente en las recomendaciones para la emisión de las garantías otorgadas por el Estado al Proyecto Olmos, así como documentos financieros como el due diligence, manuales de operación y funciones y directivas de la Superintendencia de Banca y Seguros vigentes en el momento de la presunta comisión del delito, documentos que también necesitan opiniones de especialistas con conocimientos extra penales.

6.3 Por otro lado, señala que coincide con el criterio del a quo al referir que determinar si la conducta de Ferrari de las Casas fue neutral exige probanza y que corresponde realizar una valoración sobre el fondo del caso, lo cual deberá ser debatido en la etapa estelar del proceso.

VII. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

7.1 Conforme a los fundamentos de la resolución materia de grado, los agravios expuestos por la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas y los argumentos de los representantes del Ministerio Público y la Procuraduría Pública *ad hoc* en la audiencia de vista, esta Sala Superior centrará su análisis en determinar si la decisión judicial de primera instancia, que resolvió declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el recurrente, contenida en la Resolución N.º 4, del 02 de febrero del 2023, ha sido emitida conforme a derecho —en relación con el principio de prohibición de regreso en la imputación objetiva para el delito de colusión agravada, como sostiene la defensa; o si por el contrario la resolución recurrida se encuentra conforme a derecho, como sostiene el Ministerio Público y Actor Civil.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR:

8.1 En cuanto al presente caso que es materia de análisis, previamente es necesario señalar que el derecho—garantía a recurrir o apelar las decisiones emitidas por un órgano jurisdiccional, reconocido en nuestro marco normativo nacional² y supranacional³, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo implica que un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias

² El artículo 139.6 de la Constitución Política del Perú establece que "son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de instancia".

³ El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende las garantías judiciales que tiene toda persona al comparecer ante un órgano jurisdiccional. En su inciso 2, referido a los derechos que tiene una persona inculpada de un delito, en el literal h, expresamente se contempla el "derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior".



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

al derecho⁴, sino que debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida⁵ y procurarse resultados o respuestas para el fin por el cual fue concebido⁶. Por ello, lo que será materia de pronunciamiento por esta Sala Superior se circunscribe a los agravios o cuestionamientos formulados en el recurso impugnatorio debidamente concebido.

8.2 En atención a los agravios formulados por la defensa técnica del investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas, así como por el debate generado en la audiencia de vista, resulta necesario efectuar algunas precisiones en relación con los derechos, principios e instituciones jurídicas invocadas con la finalidad de comprender sus alcances y abordar su adecuada aplicación en el análisis del caso en concreto.

Acerca de la excepción de improcedencia de acción

8.3 El derecho de defensa, como una de las principales manifestaciones del principio-garantía al debido proceso, reconoce el derecho concreto que tiene todo procesado de no hallarse en estado de indefensión durante el desarrollo del proceso penal; por tanto, también implica la posibilidad de que, a través del asesoramiento y patrocinio de su abogado defensor, promueva las acciones pertinentes, de acuerdo con sus intereses y estrategia en el caso. Sin duda, un claro ejemplo de la materialización de este derecho es la formulación de un medio técnico de defensa, como en el presente caso.

8.4 En vista de ello, debemos precisar lo siguiente: *“en un Estado Constitucional de Derecho los medios técnicos de defensa contribuyen al fortalecimiento de las garantías procesales; y, se dividen en dos grandes grupos: el primero se refiere a aquellos que observan la acción penal y requieren la subsanación del algún requisito o la reconducción del procedimiento (cuestiones previas y cuestiones prejudiciales); mientras que el segundo está referido a aquellos que eliminan la acción penal (excepciones)”*⁷. Respecto a las excepciones, cabe precisar que “son medios técnicos de defensa procesal, por los cuales el procesado se opone o contradice la acción penal promovida en su contra, sin referirse al hecho que

⁴ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de junio de 2004.

⁵ Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de febrero de 2017.

⁶ Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2012. En términos similares, se ha pronunciado en el caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013.

⁷ Casación N.º 581-2015-Piura, del 5 de octubre de 2016, fundamento jurídico 6.2.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

se instruye, invocando circunstancias que la extinguen, impiden o modifican, anulando el procedimiento o, en su caso, regularizando el trámite (...)”⁸.

8.5 Conforme esta Sala Superior ha señalado en anteriores oportunidades, a través de la excepción de improcedencia de acción se cuestiona la acción penal o, con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge a partir de su ejercicio⁹. Asimismo, el artículo 6, inciso 1, literal b, del CPP señala que este medio de defensa puede formularse: **(i)** cuando el hecho no constituye delito o **(ii)** cuando no es justiciable penalmente: “el primer punto abarca la tipicidad y antijuricidad, respecto al objeto procesal, y el segundo se ubica en la punibilidad, comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absoluta (...)”¹⁰.

8.6 Debe tenerse en cuenta que la excepción de improcedencia de acción contiene un cuestionamiento al juicio de tipicidad efectuado por el representante del Ministerio Público sobre la conclusión fáctica a lo que este arribó producto de la valoración de los elementos de prueba recabados: “ya en la investigación preliminar que sustentan los hechos contenidos en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria”, ya al final de la investigación preparatoria, propiamente dicha, que sustentan los hechos contenidos en su acusación y que considera puede acreditar en juicio (...)”¹¹. Para su análisis, el juez, al evaluar esta excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente (...)”¹². En ese entendido, consideramos que se trata de verificar si los hechos delictivos encuadran en la descripción típica contenida en la ley penal material, conforme lo haya postulado el Ministerio Público, titular de la acción penal.

8.7 Debemos resaltar que no se evalúan medios probatorios o se realizan inferencias en torno a estos, “(...) por estar referidos al juicio procesal de responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción”¹³, toda vez que, de acuerdo con nuestro modelo procesal penal, la actuación y valoración probatoria se realizan en la etapa

⁸ *Ibíd*em, fundamento jurídico 7.1.

⁹ Cfr. Resolución N.º 3, del 27 de junio de 2019, emitida en el Expediente N.º 25-2017-42-5201-JR-PE-01, fundamento jurídico tercero. En el mismo sentido, la Resolución N.º 3, del 5 de septiembre de 2018, en el Expediente N.º 4-2015-51-5201-JR-PE-02, fundamento jurídico primero, entre otras.

¹⁰ San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. INPECCP-Cenales, p. 284.

¹¹ Casación N.º 388-2012/Ucayali, del 12 de septiembre de 2013, fundamento jurídico 3.1.

¹² Casación N.º 407-2015/Tacna, del 7 de julio de 2016, fundamento jurídico quinto.

¹³ *Ibíd*em, fundamento jurídico sexto.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

de juicio oral. De tal modo, como resultado de este ejercicio de subsunción normativa y exigencia del principio de legalidad, se presentan dos escenarios: en caso de satisfacerse la descripción de los hechos en el tipo penal corresponde continuar con el proceso; y, por el contrario, si se determina que no se encuentra comprendido el fáctico en el tipo penal atribuido, debe declararse fundada la excepción de improcedencia de acción y se dispondrá el sobreseimiento del proceso.

De los agravios formulados por la defensa técnica del imputado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas

8.8 Según la defensa técnica de la recurrente, conforme a su alocución en la audiencia de vista ante este Colegiado, se expuso como agravios: : **i)** La resolución recurrida incurre en error al no haber verificado que de la imputación fiscal comprendida en la disposición fiscal N.º 71, sí se desprende que el comportamiento del investigado es estereotipado y neutral, sin necesidad de valorar prueba ni añadir y/o aclarar hechos; **ii)** La resolución recurrida interpreta incorrectamente los artículos 6º y 7º del CPP e incurre en motivación aparente, al sostener que no se puede acoger la excepción por la fase procesal en la que se encuentra el proceso.

8.9 Bajo esa hipótesis, la defensa postula que la Disposición Fiscal N.º 60 presenta graves errores e incongruencias en relación con la calificación jurídica carente de sustento y construcción dogmática, toda vez que en ella se le atribuye a su patrocinada haber cometido el delito de colusión agravada a título de autor, pese a que su defendida nunca ha tenido la condición de funcionaria, por lo cual dicha imputación deviene en un atipicidad relativa al no cumplir el investigado con esta condición para ser considerado como sujeto activo del tipo penal que se le imputa.

Análisis del caso concreto

8.10 Para efectos de resolver el presente recurso impugnatorio y el medio de defensa planteado, es preciso conocer las premisas fácticas que postula el titular de la acción penal en contra del investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari De Las Casas así pues, para este fin resulta pertinente el análisis de la Disposición Fiscal N.º 71, emitida por el despacho fiscal, del cual puede advertirse las siguientes premisas fácticas de imputación:

- a) *Suscribir de manera inmediata, el acuerdo de fecha 17.03.2004, para los servicios de Asesoría y estructuración Financiera para el desarrollo del Proyecto Trasvase Olmos en representación del Banco de Crédito del Perú con su investigado Gerardo Rafael*



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

Sepúlveda Quezada y ejecutivos de la Constructora Norberto Odebrecht S.A., el cual consistió en brindar asesoría en la estructuración y colocación de instrumentos de renta fija y de renta variable para el financiamiento de la Construcción de las Obras de Tránsito del Proyecto Olmos.

- b) *Que el investigado Gianfranco Piero Ferrari de las Casas valiéndose de los nexos de Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada con Pedro Pablo Kuczynski Godar (quien ejerció los cargos de Ministro de Economía y Finanzas; y, presidente del Consejo de Ministros, durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique) participó directamente desde marzo a noviembre de 2004-dentro del equipo de trabajo por el Banco de Crédito del Perú obteniendo el financiamiento para la construcción de la obra Tránsito del Proyecto Olmos, el cual ascendió a US\$ 184'841, 485.38 (estado peruano USD 77'000,000.00 y Odebrecht US\$ 107'841,485.389) monto total que fue obtenido gracias a la intervención de funcionarios del Poder Ejecutivo, PROINVERSION, Gobierno Regional de Lambayeque.*
- c) *En ese sentido, mediante el Decreto Supremo N.º 196-2004-EF se aprobó la operación de endeudamiento externo entre la República del Perú y la Corporación Andina de Fomento –CAF, hasta por la suma de US\$ 77'000,000.00 (setenta y siete millones y 00/100 dólares americanos).- Siendo que el accionar presuntamente delictivo ocasionó un perjuicio económico al erario estatal, toda vez que hasta el año 2027, el estado peruano viene realizando pagos por los intereses a la CAF, por los US\$ 77'000,000.00, de cofinanciamiento del Estado.*
- d) *Finalmente, precisan que su accionar contravino la Ley N° 27693-Reglamento de la Ley que crea la Unidad de inteligencia Financiera (Decreto Supremo N° 163-2002.EF) en sus artículos 14 y 20".*

8.11 En atención a lo expuesto precedentemente, se tendría las siguientes conductas incriminadas como delito de colusión agravada: **la primera conducta** atribuida al investigado Gianfranco Piero Ferrari de las Casas es, el haber suscrito de manera inmediata el acuerdo de fecha 17 de marzo de 2004, para los servicios de Asesoría y Estructuración Financiera para el desarrollo del Proyecto Tránsito Olmos en representación del Banco de Crédito del Perú con su investigado Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada y ejecutivos de la Constructora Norberto Odebrecht S.A.

8.12 Asimismo, se tiene una **segunda conducta** atribuida al investigado Gianfranco Piero Ferrari de las Casas, esto es que se imputa **el haberse valido de los nexos de Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada con Pedro Pablo Kuczynski Godar** (quien ejerció los cargos de Ministro de Economía y Finanzas; y, presidente del Consejo de Ministros, durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique) *para obtener el financiamiento de la obra Tránsito del Proyecto Olmos, el cual ascendió a US\$ 184'841, 485.38 (estado peruano USD 77'000,000.00 y Odebrecht US\$ 107'841,485.389) financiamiento que fuera obtenido gracias a la intervención de funcionarios del Poder Ejecutivo, PROINVERSION, Gobierno Regional de Lambayeque, Financiamiento que*



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

habría ocasionado un perjuicio económico al erario estatal, toda vez que hasta el año 2027, el estado peruano vendría realizando pagos por los intereses a la CAF, por los US\$ 77'000,000.00, de cofinanciamiento del Estado.

8.13 Asimismo, se imputa que el accionar del investigado Gianfranco Piero Ferrari de las Casas habría contravenido la Ley N° 27693-Reglamento de la Ley que crea la Unidad de inteligencia Financiera (Decreto Supremo N° 163-2002.EF) en sus artículos 14 y 20".

8.14 Entendida así la imputación pasaremos a verificar los agravios presentado en el recurso de apelación, así tenemos que el primer agravio que sustenta la pretensión revocatoria sería que en la impugnada existe error al no haber verificado que de la imputación fiscal comprendida en la disposición fiscal N.º 71, sí se desprende que el comportamiento del investigado es **estereotipada y neutral**, sin necesidad de valorar prueba ni añadir y/o aclarar hechos.

8.15 En tal sentido, la defensa propone la aplicación del instituto de prohibición de regreso, como criterio de atipicidad de la conducta, pues argumenta que toda acción neutral, realizada dentro del rol correspondiente, común u ordinario a toda persona, no representa ningún aporte a un hecho punible.- Asimismo, reitera que la prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación.

8.16 Al respecto, este Superior Colegiado verifica que la imputación fiscal tiene como sustento el haber obtenido el financiamiento de la obra Trasvase del Proyecto Olmos, ascendente a US\$ 184'841, 485.38 (estado peruano USD 77'000,000.00 y Odebrecht US\$ 107'841,485.389) **valiéndose de los nexos de Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada con Pedro Pablo Kuczynski Godar**, (ex Ministro de Economía y Finanzas; y, ex presidente del Consejo de Ministros, durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique) y la intervención de funcionarios del Poder Ejecutivo, PROINVERSION, Gobierno Regional de Lambayeque. Por tanto, el uso de **nexos de Gerardo Rafael Sepúlveda Quezada con Pedro Pablo Kuczynski Godar**, (ex Ministro de Economía y Finanzas; y, ex presidente del Consejo de Ministros, durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique) para la obtención del financiamiento no constituye una conducta neutral o estereotipada.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

8.17 Asimismo, el haber intervenido funcionarios del Poder Ejecutivo, PROINVERSION y Gobierno Regional de Lambayeque para obtener el referido financiamiento, tampoco constituye una conducta neutral o estereotipada. Es de resaltar que la imputación fiscal esta realizada en función al aseguramiento de la aprobación del financiamiento por parte de los funcionarios públicos que emitieron el Decreto Supremo N.º 196-2004-EF por la cual se aprueba la operación de endeudamiento externo entre la República del Perú y la Corporación Andina de Fomento –CAF, hasta por la suma de US\$ 77'000,000.00 (setenta y siete millones y 00/100 dólares americanos).

8.18 En consecuencia, se tiene que el primer agravio propuesto deviene en ineficaz para revocar la resolución impugnada, toda vez que el A quo en el último párrafo del considerando 3.10 correctamente concluye que:

“ ... del acto de imputación fiscal se advierte que se le atribuye al procesado que habría formado parte del pacto colusorio y habrían dirigido su actuar conforme al detalle fáctico por el delito de colusión agravada, que existirán irregularidades que se habrían cometido con el fin de favorecer a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., en el marco de la Concesión del Proyecto denominado “Construcción, Operación y Mantenimiento de las obras de Tránsito del proyecto Olmos”, descritas en el punto 18 de la disposición N.º 71; de lo que se tiene que al parecer su conducta habría constituido un aporte a la comisión del hecho delictivo, no resulta posible afirmar, en el estado en que se encuentra la presente causa penal, que la conducta de Ferrari de las Casas ha sido neutral o estereotipada”

8.19 En cuanto al segundo agravio que sustenta la pretensión impugnatoria nulificante es que: i) la resolución recurrida interpreta incorrectamente los artículos 6º y 7º del CPP; pues se incurre en motivación aparente, al sostener que no se puede acoger la excepción basada en conducta neutra por la fase procesal en la que se encuentra el proceso; y ii) que la recurrida se sustenta en acápite 18 de la disposición fiscal N.º 71 en donde no se hace mención alguna a su patrocinado.

8.20 En principio, este Superior Colegiado verifica que la imputación penal en contra del investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas es a título de complicidad; por tanto su actuar está vinculado a un hecho ilícito con relevancia penal, denominado Colusión agravada, prevista y sancionada en el art. 384 del Código Penal, por ello las irregularidades consignadas en el acápite 18 de la disposición fiscal N.º 71 son las relativas al hecho investigado en general y no se refieren a la imputación específica del referido investigado. Razón por la cual este argumento de la impugnación debe ser desestimado



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

8.21 Asimismo, este Superior Colegiado debe resaltar que, en el ámbito de las excepciones, como la de improcedencia de acción, no corresponde evaluar la veracidad de los hechos o la validez de las pruebas, sino determinar si los hechos, tal y como son presentados en la disposición de formalización de investigación preparatoria, pueden ser considerados como delictivos conforme a la normativa penal. En ese sentido, los argumentos presentados por la defensa, referidos a una conducta neutral o estereotipada sustentada en hechos distintos a los consignados en la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria aunque relevantes para una eventual sesión de juicio oral, no desvirtúan la procedencia de la acción penal en este estadio procesal, razón por la cual este argumento debe ser desestimado.

8.22 En cuanto a la motivación aparente, esta Sala considera que la resolución impugnada contiene una fundamentación suficiente, citando doctrina, jurisprudencia y legislación aplicable al caso. El juez de primera instancia no está obligado a hacer un análisis extenso sobre figuras de prohibición de regreso. Siendo así, es menester señalar que la motivación judicial no se evalúa en términos de extensión, sino de coherencia y fundamentación. Aunque la defensa pueda no estar de acuerdo con la conclusión, la resolución recurrida ha expuesto de manera clara y lógica los fundamentos que la sustentan.

8.23 En ese mismo sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que la motivación se cumple cuando *"la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica"*¹⁴, y que esta *"debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada"*¹⁵. Así también, ha precisado que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y cuando por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión¹⁶. Exigencias que se tienen por cumplidas en la resolución objeto de impugnación. Por tanto, no se ha lesionado el debido proceso en su manifestación de debida motivación de las resoluciones judiciales, debiéndose confirmar la resolución venida en grado.

¹⁴ Expediente N.º 1230-2002-HC/TC.

¹⁵ Expedientes 0791-2002-HC/TC y 1091-2002-HC/TC.

¹⁶ Exp. N.º 1230-2002-HC/TC /caso César Humberto Tineo Cabrera), del veinte de junio de 2002.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

8.24 Finalmente, esta Sala Superior enfatiza que su pronunciamiento se encuentra circunscrito estrictamente a la evaluación de los agravios presentados por la defensa en relación con la excepción de improcedencia de acción. Cualquier otro aspecto relativo al fondo del asunto o a la valoración probatoria será materia de análisis en las etapas procesales correspondientes.

CONCLUSIÓN

8.25 En consecuencia, estando a las razones precedentes y en coincidencia con la recurrida, corresponde desestimar los agravios planteados por la defensa. Por tanto, se debe confirmar la resolución recurrida, al no presentarse ninguna causal prevista en el artículo 6, numeral 1 del CPP.

DECISIÓN:

En virtud de los fundamentos expresados, los jueces superiores integrantes de la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en aplicación de los artículos 6, inciso 1, literal b), y 409 del CPP, así como de las demás normas invocadas, **RESUELVEN:**

DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución N.º 4, del dos de febrero de dos mil veintitrés, emitida por la señora juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que resolvió declarar infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado Gianfranco Piero Dario Ferrari de las Casas. Lo anterior en la etapa de investigación preparatoria seguida en contra de este procesado por la presunta comisión en calidad de cómplice del delito de colusión agravada en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.**

Sres.:

SALINAS SICCHA

ENRÍQUEZ SUMERINDE

MAGALLANES RODRÍGUEZ