

Cuaderno n.º 0016-2017
Cuaderno de prisión preventiva
Carpeta Fiscal n.º 02-2017
Sumilla: Fundamento de recurso
de apelación interpuesto contra el
auto de prisión preventiva del 04
de diciembre de 2017

**SEÑOR JUEZ PENAL DEL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA NACIONAL**

EDUARDO ALCOCER POVIS, abogado de
Fernando MARTÍN GONZALO CAMET
PICCONE en el cuaderno de prisión
preventiva derivado de la investigación
iniciada contra Toledo Manrique y otros por
la presunta comisión del delito de colusión y
de lavado de activos en agravio del Estado, a
Ud. respetuosamente digo:

1. PETITORIO

Mediante la resolución n.º 2, del 04 de diciembre de 2017, se declaró FUNDADO el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Ministerio Público, entre otros, contra mi patrocinado, por lo que, de conformidad con lo establecido en los arts. 278 y 420 del Código Procesal Penal, **FUNDAMENTO**, dentro del plazo legal otorgado, el recurso de apelación interpuesto y concedido en audiencia, a efectos de que se REVOQUE la resolución mencionada y, en consecuencia, se ordene la inmediata libertad de mi patrocinado, por los argumentos que a continuación exponemos:

2. LEGITIMIDAD DEL IMPUGNANTE

La interposición y la fundamentación del presente recurso es legítima toda vez que mi patrocinado ha resultado agraviado con la resolución emitida por vuestro Despacho, a través de la cual se ordena una prisión preventiva en su contra. De ahí que sea imprescindible someter dicha decisión al control judicial de la Sala Penal Nacional de Apelaciones.

3. EXTREMOS DE LA DECISIÓN QUE SON OBJETO DE IMPUGNACIÓN

De conformidad con lo previsto en el art. 405.1.c del CPP de 2004, cumplimos con indicar que las partes cuestionadas a través del presente recurso de apelación son los fundamentos jurídicos n.º 3, 3.2.4.1, 3.3.1, 3.3.3, 4, 5.5, 6, 7 y la parte resolutive del auto de prisión preventiva.

4. FUNDAMENTOS

La prisión preventiva es una medida cautelar cuya razón de ser es servir a los fines del proceso. No tiene como fin anticipar una pena ni busca cumplir fines preventivos. Dicho

de otra forma, mediante ella no se busca satisfacer alarma social alguna. Su legitimidad se conseguirá siempre que se respeten los parámetros de **razonabilidad** y **proporcionalidad** (art. 200 de la Constitución Política del Perú).

En el presente caso, lamentablemente, el Juez, al imponer la prisión preventiva no ha valorado correctamente el cumplimiento de los presupuestos que se exigen para decretar dicha medida de coerción.

A continuación, analizaremos cada uno de los fundamentos expuestos por el juez e inmediatamente después expondremos las razones por las que el órgano *ad quem* debe dejarlos sin efecto.

4.1. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 3: INCUMPLIMIENTO DEL ART. 268, LIT. A. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL SOBRE LA APARIENCIA DEL DELITO DE COLUSIÓN

En el art. 268, lit. a., del CPP, se describe, como primer requisito para imponer la prisión preventiva, el siguiente: “La existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”¹.

Es decir, para imponer una prisión preventiva se exige un elevado índice de certeza y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que un indicio de criminalidad, se exige “un alto grado de probabilidad de que el imputado haya cometido el ilícito”². De existir dudas sobre la responsabilidad del imputado no se deberá aplicar la prisión preventiva en razón al principio de favorabilidad, pues la prisión es una excepción y la libertad la regla.

Dicho esto, ¿cuál es el objeto de la investigación?, ¿cuál es el hecho atribuido al Sr. Camet?

4.1.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El juez indicó lo siguiente: “Sobre la subsunción de las conductas de los tres investigados con alto grado de probabilidad en el delito de colusión, la conducta de los tres investigados de haberse integrado al pacto colusorio inicial al tener **conocimiento** del pago de una comisión que debería hacerse a cambio a ser favoritos en la adjudicación del Tramo II y Tramo III y de integrarse ese pacto

¹ Conforme a la Casación n° 626-2013-Moquegua: “Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista **un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria**; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).” Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco”.

² ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires 2000, p. 259.

colusorio inicial entre Barata con Toledo Manrique, **al integrarse a este acuerdo colusorio inicial, complejo y progresivo daría por cumplido el tema del acuerdo colusorio entre los tres investigados con el funcionario público**, Toledo Manrique, pero asimismo se encuentra presente un peligro potencial al patrimonio del Estado” (F.J. 3.2.4.1).

4.1.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

A fin de cuestionar lo expresado por el Juez, debemos tener claro qué es lo que atribuye el Fiscal a mi patrocinado. Se imputa a José Alejandro Graña y Miro Quesada, **Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone** y José Fernando Castillo Dibós, “en su condición de Directores de las empresas Graña y Montero S.A.A., JJC Contratistas Generales S.A. e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. respectivamente, haber defraudado al Estado concertándose con Alejandro Toledo Manrique para sus representadas integrantes de consorcios participantes en el concurso para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, tramos 2 y 3, sean favorecidas, a cambio del pago de una millonaria ilícita [sic], hechos ocurridos entre los años 2004 y 2005”.

De esta manera, según la Fiscalía, el Sr. Camet habría realizado lo siguiente:

- a. Se concertó con Alejandro Toledo Manrique.
- b. La concertación se dio para “favorecer” a su representada, integrante del Consorcio participante del Concurso “para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, tramos 2 y 3”.
- c. Los hechos habrían ocurrido entre los años 2004 y 2005.

Ahora bien, para el Ministerio Público el supuesto favorecimiento se limitó a buscar que “los plazos del proceso no se posterguen” (numeral 11 de la disposición de ampliación de la formalización de la investigación preparatoria). Se indica que el otro propósito (lograr “la modificación de las cláusulas de las bases de la licitación para dificultar o impedir la participación de otras empresas”) no se cumplió (numeral 12 de la disposición de ampliación de la formalización de la investigación preparatoria). Así, no se atribuye a los imputados el haber “direccionado” los términos de la contratación en las bases. El juez no señala nada al respecto en su decisión que nos permita descartar la anterior afirmación. El juez indicó lo siguiente: “Sobre la subsunción de las conductas de los tres investigados con alto grado de probabilidad en el delito de colusión, la conducta de los tres investigados de haberse integrado al pacto colusorio inicial al tener **conocimiento** del pago de una comisión que debería hacerse a cambio a ser favorecidos en la adjudicación del Tramo II y Tramo III y de integrarse ese pacto colusorio inicial entre Barata con Toledo Manrique, **al integrarse a este acuerdo colusorio inicial, complejo y progresivo daría por cumplido el tema del acuerdo colusorio entre los tres investigados con el funcionario público**, Toledo Manrique, pero asimismo se encuentra presente un peligro potencial al patrimonio del Estado”.

Para la Fiscalía, en palabras de Jorge Barata, las empresas asociadas “tenían conocimiento no detallado de las conversaciones, pero aceptaron la distribución

del costo”. El juez solo desvaloró un supuesto “conocimiento” de un comportamiento delictivo sin tomar en consideración que dicho hecho no solo es falso, sino que, en el caso que hubiera ocurrido, éste no es típico: a nadie se le puede atribuir un hecho delictivo por el mero pensamiento, de lo contrario, se afecta el principio de culpabilidad (art. VII del Título Preliminar del CP). Dicho esto, debo anotar lo siguiente:

- a. Conforme al art. 25 del CP, el cómplice “ayuda” al “autor” a cometer el delito. En primer lugar, ¿cuál fue el concreto acto de ayuda realizado por mi patrocinado? El “haber tomado conocimiento que tenían que pagar una comisión”. El tener conocimiento no es un acto de ayuda delictiva. Menos si se trata de un conocimiento “no detallado” (como señala la Fiscalía). El juez también indica que los imputados “aceptaron” pagar el costo de esa comisión. Este hecho es falso; no obstante, debo señalar que “aceptar” no es un acto concreto de auxilio. Una supuesta expresión de voluntad resulta manifiestamente atípica. La Corte Suprema ha señalado que la promesa de “de ayudar luego de cometido el delito, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, en materia de complicidad” (R.N. n° 2939-2015-Lima).

Finalmente, lo que el Juez pretende “construir” es un supuesto atípico de “colusión por omisión”. Ya la Corte Suprema ha señalado que: **“la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión**, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros” (vid. Recurso de Nulidad n° 1199- 2013/ Arequipa, Recurso de Nulidad n° 1969- 2012/ La Libertad, Recurso de Nulidad n° 2587- 2011, entre otras resoluciones).

- b. Para el Juez mi patrocinado, entre otros, estaría “dentro de la órbita de personas que habrían concertado con Alejandro Toledo Manrique, integrándose al pacto colusorio inicial (entre Simoes Barata y Toledo Manrique)”. Al respecto, debo mencionar que la “ayuda” delictiva debe brindarse al autor el delito. Este requisito no se cumple con señalar expresiones genéricas como “estar en la órbita del hecho delictivo”. En virtud del principio de legalidad, el presupuesto es claro: al interesado se le sanciona por coludirse con el funcionario público, no por estar en la “órbita” de este último. En esa línea, la Corte Suprema ha señalado que “el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto de delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, [él] o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, **no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado**”. [Casación n° 661-2016-Piura]”. En el presente caso, por lo antes expuesto no se cumple con las exigencias que establece el tipo penal de colusión.

El Juez no logró de esta manera superar la crítica esbozada en la audiencia a la imputación formulada por el fiscal, quien construye una imputación sobre la base

de una relación entre el Sr. Barata (supuesto cómplice del delito de colusión desleal) y el Sr. Camet (también supuesto cómplice del mismo delito): ¿Puede haber cómplice del cómplice? De ninguna manera. El 6 de enero de 2017 se publicó el D. Leg. 1351, mediante el cual se modificó el art. 25 del CP (que regula la complicidad delictiva), indicándose expresamente lo siguiente: “El cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor (...)”. De esta forma, se supera toda duda respecto a la imposibilidad de admitir la llamada “complicidad en cadena”. Por ello, podemos concluir que, hoy en día, a través de la Ley quedó fortalecida la idea expuesta por la doctrina dominante con relación a la inadmisibilidad de considerar a una persona *cómplice del cómplice*³.

- c. La ayuda del cómplice debe haber sido aprovechada por el autor para la comisión del delito⁴. A nivel doctrinal se afirma que “el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor”⁵.

A mi patrocinado se le atribuye que se “coludió” con Alejandro Toledo. Entonces, conforme al principio de accesoriedad de la participación delictiva (Casación n° 367-2011-Lambayeque), en el presente caso, el Juez debió señalar en qué medida su comportamiento (la supuesta aceptación a un cómplice del pago de una coima en favor del autor) tuvo con correlato concreto y eficaz en la infracción de deber realizada por el autor. Considero que ninguno. Y es que, según la Fiscalía, el acto colusorio se plasmó en pretender que “los plazos del proceso no se posterguen”. Dicha decisión no era de competencia del Sr. Toledo. No fue parte de su deber. En esa medida, ¿cómo puede hablarse de complicidad en un delito de infracción de deber si el autor no ostentaba dicho deber?

- d. En cuanto al resultado típico, conforme lo señaló el Juez al dictar la prisión preventiva, éste no se produjo. Es decir, según la judicatura, nos encontramos ante la supuesta comisión del delito de colusión desleal en su modalidad simple (se aplica retroactivamente la Ley 29758 de julio de 2011). La pena máxima por dicho delito es de 6 años. Por ello, sostenemos que la acción penal por este delito ha prescrito (prescripción ordinaria, de acuerdo con el art. 80 del CP), en tanto para la Fiscalía y para el Juez, el “acuerdo progresivo” se consumó durante los años 2004 y el 23 de junio de 2005 (fecha del otorgamiento de la buena pro).

³ La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario n° 2-2011, estableció como precedente vinculante lo siguiente: la participación “es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia (...)” (F.J. 11). Dicho de otra forma, la participación delictiva estará limitada al vínculo que tiene con el injusto penal creado por el autor. En esa línea, anota el Prof. MIR PUIG que no resulta admisible “la participación de la participación”. Y es que de modo unánime se afirma que “el partícipe contribuye a causar el hecho del autor”. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 401-402.

⁴ Al respecto, la Corte Suprema (Casación n° 367-2011-Lambayeque) y el Tribunal Constitucional (STC n° 1805-2005-PHC/TC) ha señalado que la conducta del partícipe se limita a “coadyuvar” en la ejecución del plan delictivo del autor.

⁵ HURTADO POZO, José / PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Manual de Derecho penal. Parte General*, pp. 176-177.

4.2. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 3.3.1: INCUMPLIMIENTO DEL ART. 268, LIT. A. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL SOBRE LA APARIENCIA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

4.2.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El Juez señala lo siguiente: “este Despacho concluye que existe un alto grado de probabilidad respecto al delito de lavado de activos imputable en grado de sospecha grave a los 4 investigados a quienes se les imputa lavado de activos, concretamente a Fernando Martin Gonzalo Camet Piccone, José Fernando Castillo Dibos, Gonzalo Ferraro Rey y Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña, por cuanto estos 4 investigados intervinieron de manera directa en la sesión de utilidades de las tres empresas a favor de empresas vinculadas a Odebrecht bajo el motivo de “riesgos adicionales” para encubrir o para evitar que se detecte el verdadero motivo que era el reembolso de esta comisión ilícita que inicialmente efectuó Odebrecht a favor de Toledo Manrique para que se les adjudicara la buena pro al Consorcio en general de los Tramos II y III de la Carretera Interoceánica” (F.J. 3.3.3).

4.2.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

La Fiscalía atribuye a mi patrocinado un supuesto acto de conversión (numeral 62 del requerimiento de prisión preventiva). En ese mismo sentido, lo expuesto por el Juez en la resolución materia de impugnación. Se indica que los actos de disposición posteriores a la obtención de las utilidades constituirían actos de lavado de activos⁶. El Juez, por su parte, menciona que las “utilidades” que se habrían obtenido son producto de un delito precedente, concretamente “del delito de colusión”. Se menciona que se habría colocado parte de sus ganancias ilícitas “a favor de Odebrecht”, ante la “apariencia de legalidad de riesgo adicionales”. Dicho de otra manera, mediante el concepto de “riesgos adicionales” se “disfrazó el verdadero motivo de la sesión de utilidades”: “el pago a Toledo para ser favorecido con la buena pro de los tramos II y III”.

Ante esto, debo anotar lo siguiente:

- a. En el delito de lavado de activos el delito fuente es elemento objetivo del tipo, que en atención al principio de legalidad, imputación necesaria y de defensa, debe estar descrito y, conforme al estado del proceso, debe haber una alta probabilidad de su comisión (con mayor detalle, vid. Sentencia Plenaria Casatoria n° 1-2017). En el presente caso, por las razones antes expuestas, no existe la alta probabilidad (Casación n° 626-2013-Moquegua) de que se haya cometido la actividad criminal previa, según la Fiscalía y el Juez, el de la colusión desleal. En esa línea, tampoco puede realizarse Desde el plano

⁶ La Fiscalía sostiene que estamos ante actos de conversión; no obstante, en el numeral 64 del requerimiento se menciona que en las actas de junta general de accionistas se percibe el término “riesgos adicionales” como mecanismo para transferir utilidades “de las empresas asociadas al Grupo Odebrecht”. Sobre este tema, “transferir” no es “convertir”.

subjetivo, resulta imposible conectar el conocimiento con un hecho que es objetivamente atípico⁷.

- b. La Fiscalía y el Juez atribuyen a mi patrocinado la autoría del delito de lavado de activos. Ahora bien, es autor quien tiene el dominio del hecho (Casación n° 367-2011-Lambayeque). Tener dominio del hecho supone tener el control del suceso típico⁸. La Fiscalía imputa a mi patrocinado el delito de lavado de activos por haber actuado supuestamente como “Director” de la empresa JJC Constructores Generales S.A. Sin embargo, ¿de dónde supuestamente se “transfirió” el dinero? La Fiscalía no lo indica. El Juez realiza un aborde general al tema, mencionando que mi patrocinado, junto con los otros imputados, habrían “colocado” las ganancias ilícitas en favor del Grupo Odebrecht, mediante un “ropaje jurídico” de asignación de parte de sus utilidades. No obstante, debe señalarse que el Estado suscribió el contrato con la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. y con la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. Se tratan de personas jurídicas autónomas, no son un Consorcio. No se trata de un contrato asociativo. El Sr. Camet no tuvo poder de decisión en una empresa en donde no tuvo rol de gestión alguno.
- c. El Juez, en la resolución objeto de impugnación; esgrime como ley penal especial aplicable la Ley n° 27765, que conceptualiza al delito de lavado de activos como un delito de resultado. Sin embargo, no acreditó, en clave de alta probabilidad de la comisión del delito, la configuración del elemento típico consistente en “dificultar la identificación del origen del bien” (conforme a la norma vigente en dicho momento). En efecto, la Ley de Lavado de Activos vigente desde abril de 2012, Decreto Legislativo n° 1106, excluyó la consideración del delito de lavado de activos como uno de resultado, para desarrollarlo como uno de peligro.
- d. Con relación a la expresión “riesgos adicionales”, debemos señalar lo siguiente:

El *leader fee* es una compensación a la empresa líder por participación preponderante en la obra y por haber asumido mayores riesgos, así como esfuerzos adicionales, en la gestión y administración, de manera que no podría considerársele como un medio para efectuar o encubrir pagos indebidos. Ello explica que JJC Contratistas Generales S.A., así como el resto de empresas que integraron los citados Proyectos, hayan aceptado utilidades menores a las que le correspondía en función a su participación societaria. Se trata de una conducta lícita.

A continuación, una explicación conceptual del Fee de Liderazgo pactado (1.5% de las Ventas de las 2 concesionarias y de Conirsa) en el Acta de Reunión N° 08 de agosto 2006. El fee de liderazgo es típico en la industria de la construcción y se explica de la siguiente manera:

- El asumir el liderazgo de un proyecto de infraestructura implica

⁷ Conforme al Acuerdo Plenario n° 3-2010/CJ-116, “El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal—como tal debe ser abarcado por el dolo—y su prueba condición asimismo de tipicidad”.

⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 467.

la asunción del riesgo por las decisiones y acciones que determine el líder. Así, la estructura organizacional del proyecto es necesaria para la correcta asignación de riesgos.

- En el caso de proyectos de infraestructura, sin perjuicio de otras reglas de asignación del riesgo, se han desarrollado los Principios de Max Abrahamson que señalan que una parte que es capaz de soportar la consecuencia de asumir cierto riesgo en el nivel más bajo posible, debe asumir las consecuencias de ese riesgo. De acuerdo a estos principios, quien asume el mayor riesgo es quien tiene el beneficio económico preponderante de controlar el riesgo. Esto implica que al tener un beneficio económico preponderante de controlar dicho riesgo, esa parte tendrá el incentivo de controlarlo bien.
- Con motivo de lo anterior, observamos que los socios de una empresa son libres de establecer mecanismos conforme a la constitución de (i) incentivo, que sean adicionales al fin de lucrar en sí mismo, (ii) desincentivo, tales como sanciones por exposición al consorcio a riesgos no permitidos o a actos que tengan impactos en tiempo, costo, calidad o de índole reputacional; así como (iii) retribuciones específicas por servicios que pueda brindar uno en beneficio de todos.
- Así, dependiendo de la complejidad del proyecto, puede resultar práctico establecer una prestación determinada a la cual, se le denomina Leadership fee que puede ser libremente determinado por las partes, dependiendo del alcance y los objetivos del cargo y metas de la gestión a cargo del líder.
- Establecer un Leadership fee es posible en virtud de la libertad contractual reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Eso implica que en todo contrato, las partes tienen derecho a establecer los pactos o estipulaciones que consideren convenientes a sus intereses, dentro de los límites que impone la propia ley. Así, en el caso de un contrato de sociedad como es el presente caso, las partes pueden pactar condiciones específicas que conlleven al fin común de las partes en este tipo de contratos, siempre y cuando no se contravenga ninguna norma legal de carácter imperativo.

Ambos conceptos son el sustento del pago de dividendos preferenciales o diferenciados a favor de las empresas del grupo Odebrecht tanto en las empresas concesionarias como en la empresa constructora. Esto se puede apreciar en las actas señaladas a continuación y que se encuentran en el expediente:

Junta General de Accionistas de CONIRSA SA del 15 de febrero del 2011

Los accionistas GyM S.A., JJC CONTRATISTAS GENERALES S.A. e INGENIEROS CIVILES Y CONTRATISTAS GENERALES S.A, toda vez que el accionista ODEBRECHT PERU INGENIERIA Y CONSTRUCCION S.A.C. ha tenido una participación preponderante en el Proyecto y asumió mayores riesgos y esfuerzos adicionales de gestión y administración, y en reconocimiento a su compromiso de asumir todos los riesgos inherentes a la ejecución de las obras que actualmente está ejecutando la Sociedad estarían de acuerdo en entregarle un mayor monto de las utilidades a ser distribuidas.

Aquí se puede ver cómo existe un mayor pago a favor de OPIC SAC como consecuencia que asumió todos los riesgos de las obras que a dicha fecha la concesionaria estaba ejecutando, es decir las obras adicionales. Estos riesgos se pueden materializar como la administración de la construcción, los riesgos de la calidad de los materiales, los riesgos del proceso constructivo, los riesgos de la contratación del personal, equipos y herramientas, los riesgos del control del costo y el plazo, entre otros riesgos típicos e inherentes al sector construcción.

Junta General de Accionistas de CONIRSA SA del 1 de junio del 2011

El Presidente, conforme a lo acordado en la Junta de Accionistas del 15 de febrero del 2011 propuso que, considerando que el accionista Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. había asumido riesgos adicionales por la ejecución de las Obras de Construcción encargadas a la Sociedad y considerando que su papel de líder había sido determinante en la obtención de los resultados, asumiendo inclusive riesgos adicionales, correspondía que éste reciba un mayor porcentaje de las utilidades distribuibles.

En esta oportunidad se repite el escenario anteriormente explicado.

Junta General de Accionistas de Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. del 1 de junio del 2011

El Presidente propuso que, considerando que el accionista CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. había asumido riesgos adicionales por la ejecución de las Obras de Construcción encargadas a la Sociedad y considerando que su papel ha sido determinante en la obtención de los resultados, asumiendo inclusive riesgos adicionales, correspondía que éste reciba un mayor porcentaje de las utilidades distribuibles. Adicionalmente, se reconoció los riesgos asumidos por ODEBRECHT PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S.A. por lo que se acordó por unanimidad que éste reciba de acuerdo al porcentaje que le corresponde. Tras deliberar sobre el particular, los accionistas acordaron por unanimidad repartir un dividendo neto acumulado ascendente a S/. 94'318,519.47 (Noventa y cuatro millones y quinientos diecinueve mil y 47/100 Nuevos Soles), a ser distribuido en las siguientes proporciones, en atención a los mayores riesgos asumidos por el accionista CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.:

En este escenario a nivel de empresa concesionaria se reconoció una mayor utilidad a las empresas del grupo Odebrecht como consecuencia de los riesgos adicionales asumidos explicados anteriormente. Además, se señala que su papel ha sido determinado en la obtención de los

resultados. Esta frase debe entenderse como que las empresas del grupo Odebrecht efectuaron tareas que permitieron la obtención de utilidades en el proyecto. En ningún escenario esto puede leerse como que el resultado es equivalente a la obtención de la buena pro de la concesión, ni mucho menos que esta obtención fue de manera ilícita, como lo ha categorizado el juzgado.

El texto citado se repite en la Junta General de Accionistas de la **Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. del 1 de junio del 2011.**

Debemos precisar que la Ley General de Sociedades autoriza los pactos entre accionistas que generen repartición de utilidades de manera diferenciada, a saber:

“Así, la LGS de 1998 abandonó la excesiva rigidez de la legislación previa y abrió las puertas para que los empresarios, y sus abogados, tengan la mayor posibilidad de autorregular sus propios intereses (reafirmando el principio de la autonomía de la voluntad) dentro de los parámetros de la LGS, que pretende no ser excesiva ni rígida. Por ello, a modo de ejemplo, deja a la voluntad de las partes la determinación de las proporciones y formas de reparto de las utilidades (...)”⁹ (El subrayado es nuestro).

Por tanto, podemos apreciar que es posible jurídicamente que los accionistas celebren convenios para la distribución de utilidades, lo cual naturalmente en proyectos de infraestructura se hace en función a los riesgos y responsabilidades que cada socio asume.

El liderazgo reconocido por las empresas nacionales a Odebrecht obedece al despliegue de actividades efectuadas por ellos gestionando la organización para obtener utilidades por la ejecución de la obra (y no por el resultado para obtener la buena pro como maliciosamente lo determinó el juez). En el caso concreto, las empresas nacionales no solo reconocen el liderazgo sino que vía distribución diferenciada de dividendos le reconocen el leader fee que es una práctica usual no solo en el Perú sino también en el extranjero.

Adicionalmente a lo mencionado puede considerarse que se trata de un *acuerdo típico* en el mundo de la construcción, a un punto tal que en el esbozo de contrato-modelo de consorcio, difundido, para su discusión y aportes de los interesados, por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), con sede en París (en inglés: *Model Consortium Agreement*), se contempla como un convenio regular, al constituir un reconocimiento de los consorciados a las labores del líder que no se entiendan como “obligatorias” según lo estipulado en el contrato con el cliente:

⁹ SALAS SANCHEZ, Julio, “Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad”, en Derecho Societario. *Ius et Veritas*, Lima 2011, pp. 701-757.

4.4.5 Compensation of the Consortium Leader

The Consortium Leader shall not be entitled to a fee in consideration for his duties until the Contract is awarded to the Consortium. Thereafter, the Consortium Leader shall be entitled to charge the other Consortium Members a fee which is a percentage as defined in Section I Special Conditions of each Consortium Member's part of the Total Value of the Work and increased by any applicable value-added tax. The agreed lump sum fee shall be included in the estimate of the contract price towards the Employer in the Contract. The terms of payment of the Consortium Leader's fee shall be specified in Section I Special Conditions.

Esto significa, según traducción libre:

4.4.5 Retribución al Líder del Consorcio

El Líder del Consorcio no tendrá derecho a recibir una retribución como contraprestación por el cumplimiento de sus obligaciones sino hasta que el Contrato sea adjudicado al Consorcio. En adelante, el Líder del Consorcio tendrá derecho a obtener de los demás Miembros del Consorcio una retribución, que consistirá en un porcentaje, según lo definido en la Sección I de las Condiciones Especiales, de la participación individual de los Miembros del Consorcio en el Valor Total de la Obra, más los impuestos al valor añadido que fueren aplicables. La retribución única acordada se incluirá en la estimación del precio del contrato frente al Cliente del Contrato. Las condiciones de pago de esta retribución al Líder del Consorcio serán especificadas en la Sección I de las Condiciones Especiales.

Como se aprecia, la propuesta de cláusula de la ICC permite entender que esta compensación diferenciada a favor del líder del consorcio, además de estar justificada frente a los demás consorciados, constituye una práctica o uso internacionalmente reconocido, a un punto tal que una institución de prestigio la ha considerado con ocasión de la propuesta de un modelo general para los proyectos constructivos que se emprendan conforme a esta modalidad de colaboración contractual.

De otro lado, el cálculo de fee de liderazgo se realizó de la siguiente manera en base a las ventas de los Estados Financieros auditados:

Concepto	Soles
Ventas según Contabilidad (2005 al 2011)	6,055,542,859
1.5% de fee de liderazgo pactado en 2006	90,833,143
Lo que le corresponde a JJC	21,194,400

El reconocimiento de fee de liderazgo se hizo de la siguiente manera:

Reconocimiento de Fee de liderazgo		
Actas del 01/06/2011		15,520,161
Monto no recibido de utilidad del 2011		5,674,239
Total Fee de Liderazgo		21,194,400

Es importante mencionar que en junio del 2011, Odebrecht aporta S/.10,000,000 soles de capital en la empresa Conirsa, y la participación de JJC Contratistas Generales en dicha empresa baja a 0.0007%. Además, en diciembre 2011, Conirsa compra acciones de JJC Contratistas Generales completamente. Como al 31 de diciembre 2011 JJC Contratistas Generales ya no era accionista de Conirsa, Odebrecht no distribuye las utilidades de dicho año por lo que se cobra el diferencial de fee de liderazgo.

Por todo ello, podemos afirmar que ante un hecho lícito, no posible colegir que se haya efectuado comportamientos antijurídicos como lamentablemente señala el juez.

4.3. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 4: INCONSISTENCIAS SOBRE LA PROGNOSIS DE LA PENA

De acuerdo al art. 268, lit., b, del CPP, se menciona como segundo requisito para imponer la prisión preventiva el siguiente: “Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”. Es decir, que la pena concreta (la que es objeto de determinación por el juez) a imponerse sea mayor a cuatro años. El cumplimiento de este requisito requiere que se haya verificado la existencia de elementos de convicción que vincule a mi patrocinado con el delito, lo cual no sucede en el presente caso. Ello no ha sido suficientemente establecido por la Fiscalía ni por el Juez por las consideraciones antes expuestas. Además, en clara afectación al principio de legalidad, se desvalora un hecho prescrito (colusión desleal simple).

4.4. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 3.2.4.1: INCONSISTENCIAS DEL AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA RESPECTO A LA DECLARACIÓN DE JORGE BARATA

4.4.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El Juez señaló que a mi patrocinado se le imputa el “haber defraudado al Estado, *concertándose con el expresidente Alejandro Toledo Manrique* para que, sus representadas, integrantes de los consorcios participantes en el concurso para la concesión en el proyecto Corredor Vial Interoceánica Perú – Brasil, tramos II y III sean favorecidos a cambios del pago una millonaria comisión ilícita”. Se indica además que “como segundo punto, que se extrae de los elementos de convicción antes reseñados, que este acuerdo colusorio inicialmente se entabló entre dos partes e inicialmente habría ocurrido en noviembre de 2004, entre Barata como representante de Odebrecht con Alejandro Toledo Manrique, funcionario público, a efectos de que se le adjudique la buena pro a cambio de una comisión, a cambio de un pago ilícito, a efectos de que se modifique el plazo

y las bases contractuales. Pero nótese que aquí lo único que quiero resaltar es que este acuerdo inicialmente se entabló entre Barata y Toledo Manrique. En una de las partes estaba Simoes Barata y en otra Toledo Manrique como funcionario público. Tenemos elementos de convicción que ya hemos citado, básicamente lo plasmado en la propia disposición fiscal en donde se hace alusión a este hecho, en función a la declaración de Barata y a los pagos que habría hecho Odebrecht a favor de Toledo por un monto, a cambio ser adjudicado con las obras de 20 millones de dólares” (F.J. 3.2.4.1).

4.4.2. Indicación específica de los fundamentos de derecho del recurso de apelación

El documento mostrado por el Fiscal y que el Juez hizo suyo es una traducción libre, no se nos muestra una traducción oficial. Durante la audiencia, la Fiscalía sostuvo que se trató de una declaración brindada a la autoridad peruana. Si fue así, ¿por qué no mostrar el original de la declaración? ¿Qué certeza se puede tener de una declaración sin sello ni firma? Este aspecto no fue tomado en cuenta por el Juez al momento de resolver el pedido de requerimiento de prisión preventiva

Sobre la base de la declaración del postulante a colaborador eficaz Jorge Barata¹⁰, la Fiscalía y el Juez atribuyen a mi patrocinado, el señor Fernando Camet, haberse **concertado** con el expresidente Alejandro Toledo para defraudar al Estado (F.J. 3.2.1). No obstante, debe señalarse que el Sr. Barata nunca dijo eso:

“13. ¿Cuál es el grado de intervención en el acuerdo ilícito y en los pagos realizados a Alejandro Toledo, de las demás empresas consorciadas en el Proyecto Interoceánica, Tramos 2 y 3?

Dijo: **El pago ha sido por Odebrecht**, pero el resto de empresas, sí tenían conocimiento, no detalles, pero sí sabían que existía el acuerdo. Lo que, si es cierto, es que se distribuyó entre los consorciados, no recuerdo la fórmula exacta, esto lo verificaré. Esto fue más o menos así, ellos sabían que **habíamos** pagado, y sabían que tenían que asumir lo que le correspondería”.

Al respecto, debo anotar lo siguiente:

- a. Quien se reunió con Alejandro Toledo (supuesto autor del delito de colusión desleal) fue Jorge Barata, no mi patrocinado.
- b. El supuesto pago ilícito lo realizó Odebrecht, no lo realizaron las empresas que formaron parte de las Concesionarias ni Conirsa.
- c. Es evidente que el mismo Jorge Barata aceptó que llevó a cabo un supuesto acuerdo ilícito con Alejandro Toledo, que **LUEGO** habría —según su versión— “comunicado” a los demás directores de las empresas Graña y Montero, JJ Contratistas Generales, Ingenieros Civiles y Contratistas Generales. **Si esto es así, entonces, lo que Jorge Barata habría “revelado” es que el mismo negoció un acuerdo ilícito con el expresidente Alejandro**

¹⁰ El Juez señaló que la declaración de Jorge Barata es la de un “colaborador”, lo cual es falso. Él es un candidato a colaborador, por ello no se le puede aplicar lo indicado en el art. 158.2 del CPP ni lo mencionado en el art. 48 del Decreto Supremo 007-2017-JUS, relativo al uso de la información proporcionada por el “colaborador” (no por quien pretende serlo).

Toledo. Jorge Barata no declaró —ni la propia Fiscalía ha podido sostener ni el juez razonablemente explicar— que durante la realización de semejante acuerdo haya intervenido mi patrocinado.

De esta forma, lo que Jorge Barata habría dicho es que él mismo negoció un acuerdo ilícito con el expresidente Alejandro Toledo. Incluso, el propio Juez, al analizar los cargos penales específicos presentados por la Fiscalía, indicó que Jorge Barata “comunicó a los directores de las empresas asociadas (...) la conversación sostenida con Alejandro Toledo Manrique y la necesidad de distribuir el costo de los pagos ilícitos, de cara a ser favorecidos en la licitación del proyecto Interoceánico Sur”. El postulante a colaborador eficaz Jorge Barata, entonces, **jamás declaró que durante la realización de semejante acuerdo hubiese intervenido mi patrocinado.**

No es verdad, entonces, que Jorge Barata declarara algún hecho que permita vincular al señor Fernando Camet con el expresidente Alejandro Toledo ni mucho menos que algún funcionario de la empresa JJC Contratistas Generales interviniese en la reunión donde supuestamente se habría realizado la concertación para beneficiar a la empresa Odebrecht con la licitación de los tramos 2 y 3 del Corredor Vial Interoceánico Sur.

Y ello es así, debido a que ningún funcionario de la empresa JJC Contratistas Generales participó en alguno de los supuestos actos ilícitos realizados por el señor Jorge Barata. Los presuntos sobornos que habría efectuado Jorge Barata — conforme él mismo ha declarado— fueron financiados por la División Clandestina de Operaciones Estructuradas de la empresa Odebrecht. Esto fue ratificado por el propio Jorge Barata en su declaración en Brasil ante la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, conforme consta en su respuesta a la pregunta 15.

Sin embargo, tanto la Fiscalía y dicho Juzgado, en evidente contravención a la jurisprudencia del Poder Judicial, pretenden extender arbitrariamente el concepto “concertación” para abarcar el hipotético acto de “**posterior comunicación**” que —según su declaración como colaborador eficaz— habría realizado Jorge Barata para dar cuenta de la negociación que efectuó con el expresidente Alejandro Toledo. Claramente tal interpretación antojadiza de la norma penal de colusión agravada no sintoniza con la línea jurisprudencial del Poder Judicial. Se trata de una imputación sumamente cuestionable que no podría sostener válidamente la configuración del citado ilícito. El Juez también pretende extender arbitrariamente el concepto “concertación” para abarcar el hipotético acto de “concertación progresiva”. Ello es manifiestamente atípico. Y es que toda concertación es instantánea. Esta se realiza (siempre) entre el funcionario público competente y el interesado. Así, en el art. 384 CP se indica expresamente el agente se “concierta” con el interesado. No se trata de un delito de consumación permanente.

Dicho esto, podemos afirmar que ni la Fiscalía ni el Juez mencionan que Jorge Barata haya declarado o que, en todo caso, tenga alguna evidencia de que durante la realización de tal reunión haya intervenido algún representante de la empresa JJC Contratistas Generales. ¿Qué dijo el juez? Que el acuerdo fue “progresivo” ¿Eso fue lo que señaló Jorge Barata? No ¿qué elemento de convicción muestra el

juez que respalde dicha posición? Ninguno. Además, en la resolución objeto de impugnación no se menciona intervención alguna de mi patrocinado *durante las “tratativas”* ni mucho menos en qué momento concreto se habría realizado el supuesto acto de “comunicación”.

De otro lado, el juez cuestionablemente omite la valoración a la respuesta 14:

“14 ¿Con que persona de las empresas consorciadas, se abordó el tema, el pago ilícito a cambio de acceder a la buena pro en la licitación?

Dijo.- Con los miembros del Directorio, en esta época era FERNANDO CASTILLO (el dueño de IICSA), FERNANDO CAMET (JJC) y JOSÉ GRAÑA MIROQUESADA (Graña y Montero), con ellos conversé personalmente; recuerdo claramente que ellos me dijeron **yo no sé nada**. La reunión del directorio era normalmente en las oficinas de Odebrecht en San Borja, frente al pentagonito”.

El no saber nada no supone, de ninguna forma, aceptación de un hecho irregular. ¿Por qué la Fiscalía ni el juez tomó en consideración esta afirmación?

Finalmente, cabe indicar que la imputación de la Fiscalía y lo señalado por el Juez tampoco satisfacen otras exigencias del tipo penal de colusión desleal consistentes en que Alejandro Toledo no reúne las cualidades especiales que exige el tipo penal, toda vez que dicha persona no tuvo, *por «razón de su cargo»*, injerencia alguna en el supuesto propósito criminal: evitar la no postergación de los plazos del Concurso para la entrega en Concesión al sector privado de los tramos viales 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur. Siendo esto así, una imputación planteada en dichos términos no cumpliría con uno de los elementos típicos esenciales para la configuración del delito de colusión desleal: la cualificación especial del autor. Lo señalado no fue correctamente valorado ni por la Fiscalía ni por el Juez.

4.5. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 3.3.4.1 y 3.3.3: INCONSISTENCIAS DEL AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA RESPECTO A LA PERICIA CONTABLE

4.5.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El Juez de Investigación Preparatoria afirma que en el Informe Pericial que el Ministerio Público adjunta a su requerimiento de prisión preventiva se concluye que “las tres empresas que encabezan los tres imputados, cedieron sus utilidades a Odebrecht por el pago que este había hecho por los 20 millones de dólares bajo el ropaje jurídico de resultado de su papel como líder en la obtención de resultados y por concepto de riesgos adicionales en la ejecución de las obras Tramos II y Tramos III”. Y que, además, ello se realizó “*para compensar esta comisión ilícita inicial de veinte millones de dólares que habría soportado individualmente y de manera inicial la empresa Odebrecht a través de Simones Barata*”.

Luego, al analizar el delito de lavado de activos indica que “*con la pericia (...) se da cuenta que este concepto de riesgos adicionales no existe según las normas de*

contabilidad generalmente aceptadas, con lo cual se concluye, pues, de que estas ganancias ilícitas proveniente del delito de colusión habrían sido colocadas por estas tres empresas al ceder parte de sus utilidades a empresas vinculadas al grupo Odebrecht”

4.5.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

El Juez de Investigación Preparatoria valora de manera parcial el citado informe pericial, ya que no toma en cuenta que lo realmente cuestionado por los peritos es, en primer lugar, que las empresas hayan registrado contablemente los riesgos adicionales durante los ejercicios 2006 al 2011. Sin embargo, se omite señalar a quién le correspondía. Ni la empresa JJC ni a mi patrocinado le correspondía realizar dicha labor. Ello era de competencia de los órganos de gestión de las empresas. Además, debe señalarse que JJC recibía los estados financieros anualmente y auditados, sin observaciones.

De otro lado, los peritos indican que no es común la inclusión de los llamados “riesgos adicionales”. ¿En qué se basa? En la no existencia de documentación sustentatoria. Si no tenía documentación sustentatoria cómo puede calificar que no es común. Por lo demás, de algo que no es común no se colige que sea delito.

4.6. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 3.3.4.1 y 3.3.3: INCONSISTENCIAS DEL AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA SOBRE LAS DECLACIONES DE LOS AUDITORES HORNA Y APARICIO

4.6.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

El Juez *a quo* utiliza los testimonios de los citados auditores para acreditar un alto grado de probabilidad de la existencia de un supuesto acuerdo colusorio, señalando que *“Y esto está corroborado con lo que dicen los auditores, donde dice que el concepto que se comenzó a manejar de “riesgos adicionales” pues no existe según las normas de contabilidad generalmente aceptadas”*.

En otro extremo de la resolución, el Juez *Aquo* también señala que estos testimonios corroborarían lo declarado por Jorge Barata, pues *“a través de los cuales han señalado que respecto a los riesgos no existe concepto según las normas de contabilidad generalmente aceptadas y en todo caso respecto este concepto debería indicarse”*

4.6.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

No obstante, observamos que la Judicatura estaría tergiversando el contenido de lo declarado por los peritos Horna y Aponte, toda vez que estos no indicaron que la distribución diferenciada de las utilidades en una empresa sea una irregularidad, sino que, por el contrario, se indicó que ello corresponde a un acuerdo entre los socios, que está permitido legalmente, conforme se desprende del contenido expreso de sus declaraciones, transcritas en el siguiente cuadro:

Declaración de Felix Ulderico Horna Montoya	Declaración de Percy Hernan Aparicio Aponte Ponce
<p><u>Respuesta a la pregunta 15, sobre el reparto de dividendos diferenciados:</u> <i>“(...) Los auditores solicitamos el acta del Comité Técnico de Administración donde las partes acuerdan la distribución de utilidades y es el sustento, la evidencia de lo que se está registrando en la contabilidad. Si contamos con el acta que contiene el acuerdo entre las partes, no es observado, porque es el acuerdo final, es un tema de <u>gestión de riesgos</u> entre las partes”.</i></p> <p><u>Respuesta a la pregunta 16, sobre los riesgos adicionales:</u> <i>“En contabilidad no hay una definición de riesgos adicionales. Como auditores, durante la fase de planteamiento, evaluamos los riesgos de la auditoría en relación con la empresa que va a ser auditada. Por ejemplo, el riesgo de continuidad de operaciones”</i></p>	<p><u>Respuesta a la pregunta 14, sobre el reparto de dividendos diferenciados:</u> <i>“No necesariamente observable, pero dado que no es una situación, en mi experiencia, usual, considero que si estaría sujeto a una indagación para entender por qué variaron las estructuras. Entiendo que no es necesariamente observable porque es un tipo de distribución aceptado por las leyes peruanas”.</i></p> <p><u>Respuesta a la pregunta 17, sobre los riesgos adicionales:</u> <i>“Definiendo primero lo que son los riesgos, una empresa, dependiendo de su industria, está sujeta a distintos riesgos, por ejemplo, los riesgos financieros que involucran riesgo de tipo de cambio, riesgo de liquidez, riesgo de crédito, etc. Además, en el caso de industrias como la de la construcción, hay riesgos operaciones que también impactan en los estados financieros como son la eliminación de los costos de construcción, Asimismo, una auditoría se planifica sobre la base de la evaluación de riesgos de error en las distintas cuentas de los estados financieros y sobre esa base se determinan las pruebas a ejecutar. El concepto de riesgo es un concepto técnico en lo financiero contable.</i></p> <p><u>Respuesta a la pregunta 18, sobre la provisión de los riesgos:</u> <i>“En mi opinión, lo que la contabilidad intenta recoger es el impacto de la alta probabilidad de la materialización de un riesgo en los estados financieros; es decir, por ejemplo, una empresa que tiene cuentas por cobrar antiguas tiene el riesgo de no cobrarlas, lo que hace la contabilidad es provisionar (reconocer como gasto) el impacto que ocasionaría no cobrar esas</i></p>

	<i>partidas. No funciona igual para todos los riesgos. Lo que es provisionable es algo que tenga relación con eventos sucedidos o condiciones existentes”.</i>
--	--

Como se puede observar, entonces, claramente se evidencia una tergiversación del contenido de estas declaraciones, pues en ningún punto de ellas se señala que en la contabilidad no existe el concepto de riesgos. Todo lo contrario, los citados auditores no solo explican detenidamente qué son los riesgos adicionales, sino que también afirman que se encuentra permitido legalmente el reparto diferenciado de utilidades. Por ende, no puede tratarse de un acto irregular, como se pretende concluir.

Incluso, respecto a la provisión de estos riesgos adicionales en la contabilidad, estos auditores señalan que estos se recogen de acuerdo a su alto grado de probabilidad, pero que su registro depende del riesgo del que se trate. De lo cual, por tanto, no se podría colegir que sean conceptos irregulares.

Bajo tales parámetros, es falso que estos testimonios corroboren lo señalado por el Sr. Jorge Barata o que siquiera den cuenta de un acuerdo colusorio, sino que solo describen en qué consisten el reparto diferenciado de utilidades y su legalidad, así como, el concepto de los riesgos adicionales, que no se identifican *per se* con ningún tipo de irregularidad.

4.7. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 5: INDEBIDA VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y EL MOVIMIENTO MIGRATORIO COMO CAUSALES PARA DEMOSTRAR PELIGRO DE FUGA

4.7.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Al respecto, el auto de prisión preventiva sostiene lo siguiente:

“(…) Para el tema del arraigo, vamos a tomar en cuenta el arraigo domiciliario, familiar, económico, laboral e incluso su facilidad o no para salir del país, dado que todos ellos en conjunto deben evaluarse a fin de establecer si los investigados presentan arraigo de calidad o no la tienen, no se trata de cantidad sino la calidad del arraigo de tal suerte que se garantice que los investigados no van a eludir la acción de la justicia. Pues bien, en el caso de los 5 investigados, este despacho va a dar por sentado que tienen arraigo domiciliario, familiar e incluso arraigo económico, sin embargo, respecto al arraigo que tiene que ver respecto a su actividad económica como ciudadanos que habrían realizado operaciones financieras de cara a los procesos de los tramos 2 y 3 de la Interoceánica, este despacho lo va a tomar con las reservas del caso, dado que valiéndose de esa actividad económica habrían incidido en los delitos que se les habrían imputado el Ministerio Público de colusión y lavado de activos. Asimismo el otro dato a tomar en cuenta es la facilidad que tendrían para salir del país, es claro que por su capacidad económica y por el movimiento migratorio, es claro de que

podrían salir del país, lo cual se ve acentuado aún más tratándose de los investigados Ferraro Rey que tiene nacionalidad italiana y Graña Miró Quesada que tiene también nacionalidad italiana. En conclusión, si bien el tema del arraigo domiciliario, familiar y económico son criterios para fijar el arraigo, en suma, son criterios referenciales porque lo único que se debe tomar en cuenta a propósito del arraigo es si en conjunto garantiza que el imputado si va eludir o no la acción de la justicia y por lo pronto, el arraigo de actividad económica y su facilidad para salir del país se encuentra por lo menos en entredicho, en conclusión, este despacho concluye que el arraigo en los 5 investigados no sería de una intensidad plena que garanticen que no van a eludir la acción de la justicia (...)

4.7.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

De la fundamentación realizada por el juez, se pueden extraer tres aspectos que merecen ser desarrollados:

a) Sobre la calidad del arraigo

El juez en la audiencia dio por sentado que mi patrocinado sí cuenta con arraigo laboral, familiar y económico; sin embargo, afirma que ello no es suficiente, sino que se requiere “arraigo de calidad”, pues considera que no se trata de cantidad, sino de calidad.

Si el juez habla de calidad de arraigo, lo mínimo que se espera es que afirme con claridad qué entiende por arraigo de calidad, de un lado, y por qué considera que mi patrocinado no cuenta con calidad de arraigo. Nada de ello ha realizado el juez, pues en atención a generalidades y a argumentos sumamente vagos ha establecido que mi patrocinado no cuenta con arraigo laboral de calidad, incurriendo en una clara arbitrariedad.

Y es que afirma que no hay arraigo de calidad porque mi patrocinado producto de sus actividades económicas habría incurrido en los delitos que se le imputa. No obstante, tal fundamento carece de toda razonabilidad, pues no ataca el arraigo laboral y familiar que ostenta mi patrocinado. Además, supone la afectación de la presunción de inocencia, pues está afirmando que mi patrocinado ya ha cometido el delito por el que se le está investigando.

Ahora, respecto a la calidad del arraigo de mi patrocinado, dimos cuenta en la audiencia y por los documentos presentados que mi patrocinado no solo tiene domicilio y trabajo, sino que tiene calidad de arraigo, puesto que es casado y tiene dos hijas –una de ellas estudiando en la universidad– con las que vive en domicilio conocido hace muchos años, tiene una madre enferma que depende de él; y tiene trabajo conocido. Ello deja claramente establecido que mi patrocinado no solo tiene arraigo, sino que es de calidad.

Al respecto, la Corte Suprema, en la casación 631-2015, Arequipa (cons. 5), en la que el ponente fue el profesor San Martín Castro, ha manifestado con suma claridad lo siguiente:

“El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión. 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. **Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría, el establecimiento de una persona en un determinado lugar**”.

En la misma casación, analizando la situación de un ciudadano español, la Corte Suprema, en el considerando 6, “Si se tiene en cuenta que *prima facie* **está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú**, sólo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente”.

Ocurre lo mismo en el caso de mi patrocinado, ya que es un ciudadano peruano que tiene domicilio conocido, en el que vive conjuntamente con su esposa e hijas; y su centro de labor es una empresa radicada en el Perú. En consecuencia, su arraigo de calidad está consolidado.

A pesar de ello, el juez, sin tener otros datos objetivos que podrían desvirtuar lo afirmado, con argumentos gaseosos y genéricos ha manifestado que mi patrocinado no tiene arraigo de calidad, pero ha omitido flagrantemente en dar las razones por las que mi patrocinado, pese a todo lo expuesto, no cuenta con arraigo de calidad.

Así las cosas, corresponde que la Sala Penal Nacional de apelaciones deje sin efecto este extremo de la resolución recurrida por los argumentos ya expuestos.

b) Sobre la capacidad económica de mi patrocinado

La capacidad económica no debe ser vista como una condición que, una vez verificada, significa la inmediata y automática peligrosidad de fuga. En realidad, dicha capacidad económica debe ser valorada junto a otros elementos vinculados al arraigo laboral y familiar. Justamente, la actividad laboral, por un lado, significa la fuente principal de dicha capacidad

pecuniaria que, por el otro, garantiza la estabilidad familiar¹¹. Tal es el caso de nuestro patrocinado Camet, que -cabe reiterar- sostiene la economía familiar, más aún cuando tiene un familiar en cuidado de salud, que depende económicamente de él, y a su menor hija siguiendo sus estudios universitarios que también depende de él.

Por otro lado, el art. 2, inc. 2 de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, **condición económica** o de cualquiera otra índole”.

Este derecho ha sido vulnerado mediante la resolución recurrida, ya que el juez ha fundamentado su decisión, en buena cuenta, en la condición económica de mi patrocinado, lo que significa claramente un trato discriminatorio en función a su condición económica. Y es que tener en consideración únicamente su condición económica resulta a todas luces un trato que atenta contra el derecho a la igualdad.

Respecto al criterio utilizado por el juez, la profesora Barona Vilar afirma que **no le “parece tan razonable [tener como un criterio para la aplicación de la prisión preventiva] la situación económica del imputado,** [pues] puede provocar la aplicación de un Derecho Procesal Penal para ricos y otro, para pobres, fomentándose, a la postre, una quiebra del principio de igualdad de todos a la ley”¹². (Resaltado nuestro)

Por lo expuesto, corresponde que el órgano *ad quem* revoque este extremo del auto impugnado, pues es manifiestamente contrario a lo establecido en nuestra Constitución y, en consecuencia, aflictivo para mi patrocinado.

c) Sobre el movimiento migratorio de mi patrocinado

El juez afirma que, por su movimiento migratorio, mi patrocinado podría salir del país. Sin embargo, no explica por qué el movimiento migratorio le lleva a concluir que mi patrocinado puede salir del país. Tampoco se detiene a analizar si son muchas o pocas veces los que mi patrocinado ha salido del país. Es decir, solo mediante una afirmación genérica considera que mi patrocinado puede salir de viaje y, en consecuencia, afirma que hay peligro de fuga.

Con este razonamiento, el juez desconoce que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteradamente ha afirmado que “El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso,

¹¹ En ese sentido, GUERRA PÉREZ, Cristina, *La decisión judicial de prisión preventiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 156-157.

¹² BARONA VILAR, Silvia, “El proceso cautelar”, en MONTERO AROCA, Juan/GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis/MONTÓN REDONDO, Alberto/BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, 15.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 473-521 (p. 500).

fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto” (párr. 159)¹³, y ello pese a reconocer que para determinar el arraigo de un justiciable debía realizar un juicio cualitativo de los criterios establecidos en el art. 269 del Código Procesal Penal de 2004.

De igual forma, en el asunto Barreto Leiva vs. Venezuela, la Corte Interamericana manifestó “(...) que la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hace mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva porque existen indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, **de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia (...)**” (párr. 115)¹⁴.

Con mayor precisión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “(...) la simple posibilidad o facilidad que tiene el acusado para pasar la frontera, no implica peligro de fuga”¹⁵. Es también necesario evaluar la predisposición que el justiciable pueda tener para determinarse evadir la acción de la justicia.

Dicho pronunciamiento del Tribunal Europeo ha tenido acogida hace muy poco en la Corte Suprema, pues afirmó que “(...) no puede estimarse el peligro de fuga en función a los diversos viajes fuera del país que puede realizar un imputado extranjero o peruano. No es concluyente, por tanto, los pocos o muchos viajes que un encausado realice en el extranjero. Lo que determina un fundado peligro de fuga es que un imputado no tenga arraigo laboral, familiar o laboral y tenga contactos en el exterior que le permitan alejarse del país (...)”¹⁶.

Pese a los pronunciamientos mencionados, a los que expresamente hicimos referencia en la audiencia, el juez no los ha considerado al momento de emitir su decisión. Tan solo, como en todos los extremos de su resolución, acude a afirmaciones genéricas para afirmar que existe peligro de fuga. Por ello, es imprescindible que, una vez elevado el recurso, la sala penal de apelaciones deje sin efecto este extremo de la resolución, por cuanto se trata de un argumento carente de razonabilidad y sustento.

4.8. IMPUGNACIÓN DEL FUNDAMENTO N.º 7: MAGNITUD DEL DAÑO CAUSADO Y LA AUSENCIA DE UNA ACTITUD VOLUNTARIA DEL IMPUTADO PARA REPARARLO

4.8.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

“(...) en el caso de los investigados Camet Piccone y Castillo Dibós, ocurre de que a estos dos investigados se les ha imputado dos delitos, colusión y lavado de

¹³ Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 159; Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrs. 311 y 312, y Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, sentencia de 30 de junio de 2015, párr. 250.

¹⁴ Corte IDH, Sentencia de 27 de noviembre de 2009.

¹⁵ Caso Stogmuller, 27 de junio de 1968, párr. 88; Casación n.º 631-2015-Arequipa (FJ. 7).

¹⁶ Sentencia casatoria n.º 631-2015-Arequipa (cons. 7)

activos. En el caso del delito de colusión, hay que tener en cuenta de que se trata de un delito de naturaleza grave, ¿qué lo hace? que se exija a propósito de la magnitud del daño causado conforme a la Casación de Moquegua, dado que al integrarse a este pacto colusorio inicial sostenido inicialmente entre Simoes Barata y Toledo Manrique, y aceptar también contribuir en la parte proporcional en el pago de esta comisión ilícita a cambio de que se adjudique los Tramos 2 y 3, habría distorsionado el Principio de Transparencia que debe regir todo proceso de Contratación Pública y estaría causando un perjuicio potencial al patrimonio del Estado. Dado que este costo económico que habría asumido Odebrecht y que sería trasladable a las demás empresas consorciadas, en la cual habrían intervenido los 05 investigados, generaría perjuicio potencial en el caso concreto de Camet Piccone y Castillo Dibos al patrimonio del estado, dado que por lo general, cuando se hace estos gastos se tiende a trasladar el peso económico de estos pagos ilícitos al costo mismo de la obra y además porque se esto habría recaído sobre obras públicas de gran envergadura, como Tramos 2 y 3 de la Carretera Interoceánica y por montos altos y que para ser favorecidos incluso pagaron comisiones, como se puede ver, existen varios criterios que nos llevan a colegir, a concluir de que los cargos que se imputan a Camet Piccone y Castillo Dibos solo por el delito de colusión son de naturaleza grave (...).”

(...) Y tratándose del delito de Lavado de Activos, igualmente de naturaleza grave, atendiendo a que se pretendería ocultar el origen ilícito, esto es, las ganancias provenientes de la actividad previa que sería el delito de colusión, y que parte de estas ganancias las habrían cedido a favor de la empresa Odebrecht, bajo el disfraz o el ropaje jurídico de la cesión de utilidades por concepto de riesgos adicionales y/o mayores riesgos, cuando en rigor se trataría de ocultar su verdadera esencia, que vendría a ser el reembolso que tendrían que hacer las 3 empresas consorciadas, JJCamet, Graña y Montero e Ingenieros a favor de la empresa Odebracht por esta comisión ilícita que habría pagado Odebrecht a favor de Toledo Manrique para que sean favorecidos con la adjudicación de los Tramos 2 y 3 (...).”

4.8.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN B

Técnicamente, el art. 269.3 del CPP de 2004 prescribe que el peligro de fuga puede evaluarse a la luz de “La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo”, lo que importa, a decir de la Corte Suprema, un examen de la gravedad del delito vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer¹⁷. De ahí que, continúa la Corte, sea inaceptable apelar a este criterio para fundamentar el peligro de fuga sobre la base de la falta de voluntad del imputado para reparar el daño, más aún cuando ello supondría vulnerar la proscripción constitucional, según la cual nadie puede ser privado de su libertad por deudas (art. 2.24.d Const.)¹⁸.

A ello también se refiere SAN MARTÍN CASTRO, al destacar, precisamente, que una interpretación literal de dicho criterio es “(...) desacertado, pues condiciona la

¹⁷ Sentencia casatoria n.º 626-2013-Moquegua (cons. 48).

¹⁸ Sentencia casatoria n.º 626-2013-Moquegua (cons. 49-50).

valoración de la conducta del procesado frente a un hecho futuro e incierto como es el pago de una eventual reparación civil y, además, adopta un canon para la determinación de la pena como es el hecho de analizar su comportamiento frente a la víctima”¹⁹.

En cualquier caso, conforme lo explica DEL RÍO LABARTHE, si lo que se pretende es analizar este criterio en relación al eventual peligro de fuga que el imputado puede incurrir, pero sin caer en la interpretación errónea de tomar en consideración la sola magnitud del daño causado como una causal destinada a evitar la reincidencia delictiva, es preciso “(...) mantener la postura de evaluar la actitud del imputado frente al resarcimiento, siempre en forma favorable, como indicador de su buena conducta procesal, y como un criterio que desincentiva el riesgo de fuga”²⁰.

No obstante esta línea de interpretación, el *ad quo* ha dejado sin contenido la finalidad última de la prisión preventiva como una medida de coerción procesal personal, al fundar el peligrosismo procesal en un criterio de carácter preventivo, esto es, al concluir que mi patrocinado, en este extremo, incurre en el peligro de fuga luego de haberse advertido, presuntamente, su vinculación con los delitos de colusión y lavado de activos que, vale indicar, todavía siguen siendo objeto de investigación, en manifiesta violación del derecho a la presunción de inocencia.

Esta errada interpretación también fue objeto de crítica por la propia Corte Suprema, al sostener que entender la primera parte del art. 269.3, “(...) como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, (...) supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo”²¹.

Por lo expuesto, en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial vinculante postulada por la Corte Suprema en la citada sentencia casatoria n.º 626-2013-Moquegua (cons. 48-50), es preciso dejar sin efecto este extremo de la argumentación esbozada por el *ad quo*, dado que, como se señaló, el criterio sentado por el propio magistrado ha tendido a desnaturalizar la prisión preventiva de una medida de coerción procesal a una medida de pena anticipada.

4.9. FUNDAMENTO 7: INCORRECTO USO DE LA VINCULACIÓN CON UNA PRESUNTA ORGANIZACIÓN CRIMINAL PARA CALIFICAR EL PELIGRO DE FUGA

¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima (Inpeccp), 2015, p. 461.

²⁰ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *Prisión preventiva y medidas alternativas*, Lima (Instituto Pacífico), 2016, p. 214.

²¹ Sentencia casatoria n.º 626-2013-Moquegua (cons. 46).

4.9.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

“(…) Ahora en el presente caso concreto, cuando se habla de la organización criminal, no se está hablando de que estos 05 investigados sean integrantes de una organización criminal, si no, se está hablando de la vinculación de estos 05 investigados con esta presunta organización criminal, concretamente con la empresa criminal denominada Odebrecht. Con relación a la existencia de la organización criminal, esto ya ha quedado plasmado en la Disposición Fiscal N° 06 cuando se ha hecho alusión a la existencia de una presunta organización criminal, en este caso identificado en la empresa Odebrecht, que sería una empresa criminal de carácter nacional e internacional, que, a cambio de pagos ilícitos, habría buscado la adjudicación de obras públicas no solamente en el Perú sino en diversas partes del extranjero (…)”.

4.9.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

El art. 269, inc. 5 del Código Procesal Penal prescribe que para calificar el peligro de fuga el juez, entre otros criterios, tendrá en cuenta “**La pertenencia** del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas”. (Resaltado nuestro)

En esta línea, la circular sobre prisión preventiva, Resolución Administrativa N° 325-2011- P-PJ, cons. noveno, emitida por la Corte Suprema establece: “Sin duda **la pertenencia del imputado a una organización delictiva** -o su integración a la misma- no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una conditio sine qua non para la aplicación de la prisión preventiva -que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales-. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de ‘banda’, es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídico procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización”. (Resaltado nuestro)

En la casación 626-2013, Moquegua, cons. quincuagésimo séptimo, la Corte Suprema ha manifestado, citando a la circular ya mencionada, que “**la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda** es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida”. (Resaltado nuestro)

Como puede apreciarse, todos los documentos citados –a los que además ha aludido el juez y, por tanto, conoce, establecen expresamente que el criterio que

se debe tener en consideración es la **pertenencia** a una organización criminal del procesado.

Siendo ello así, le pregunta es: ¿mi patrocinado pertenece a una organización delictiva? Evidentemente y claramente no. Y no lo decimos nosotros, lo reconoce la propia fiscalía, así como el propio juez. Es por ello que de manera sumamente cuestionable este juez ha “creado” un criterio nuevo al que ha denominado “vinculación con una presunta organización criminal”²².

Si bien el juez respalda su decisión en la casación 626-2013, Moquegua, al afirmar que los criterios establecidos en el art. 269 y 270 del Código no son taxativos, lo cierto es que, en atención al principio *pro homine y favor libertatis*, la interpretación debe ser siempre favorable al justiciable, de manera que no puede crearse criterios irrazonables con el único propósito de privar de la libertad a un ser humano.

Es más, la “interpretación” realizada por el juez vulnera el art. VII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en virtud del cual se precisa que “la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.

Y es que, conforme lo refiere el profesor Daniel Pastor, “las circunstancias que afirman la existencia de un riesgo de fuga del imputado, sean cuales fueren y se combinen como se combinen deben estar probadas convincentemente y deben exteriorizar el comienzo de ejecución de un plan de fuga.”²³

En consecuencia, por lo expuesto, corresponde que la Sala Penal de Apelaciones deje sin efecto este extremo de la fundamentación realizada por el juez de primer grado, puesto que no solo se ha apartado del circular ni de la sentencia casatoria de la Corte Suprema, sino del texto expreso de la ley con el único propósito de crear un criterio irrazonable y así aplicarle prisión preventiva a mi patrocinado.

4.10. **FUNDAMENTO 6: INSUFICIENCIA DE TOMAR A LA GRAVEDAD DE LA PENA COMO ÚNICO PRESUPUESTO PARA FUNDAMENTAR EL PELIGRO DE FUGA**

4.10.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

“(…) Es claro que a los 5 investigados les espera una pena grave incluso superior a los 4 años de pena privativa de libertad, lo cual hace un pronóstico de pena incluso efectiva atendiendo a los delitos que se les imputa a cada uno de los

²² Es más, como explica GUERRA PÉREZ, los tipos delictivos, aún aquellos que generan mayor alarma social -o repercusión informativa- no tienen por qué denotar un mayor o menor riesgo de fuga. Podría asumirse inicialmente que la pertenencia a una banda organizada sí es indicativa de un mayor riesgo de fuga, pero esto dependerán realmente de las propias circunstancias personales, las mismas que deberán haber sido sometidas a una valoración adecuada y, luego, motivada. Así, concluye lo siguiente: “la complejidad del delito no dice por sí sola del peligro de fuga, salvo que ello se conecte con las propias características personales del inculcado, a su capacidad organizativa y de acción, etc.”. GUERRA PÉREZ, Cristina, *La decisión judicial de prisión preventiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 152-153.

²³ Pastor, Daniel R. “Las funciones de la prisión preventiva”. En: Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 271.

investigados, y este criterio de la gravedad de la pena hace prever de que advierta que podrían eludir la acción de la justicia por el solo criterio de la gravedad de la pena (...).”

4.10.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el caso *Díaz Peña vs. Venezuela* que “(...) la aplicación de una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando tal presunción estuviera establecida en la ley. La Comisión consideró además que el hecho de que tal presunción se aplicase en función de un pronóstico de la pena constituía una violación al derecho a la presunción de inocencia”²⁴.

A partir de ello, tenemos que no cabe decretar la prisión preventiva únicamente sobre la base de la gravedad de la pena. En ese sentido, la Corte IDH señaló que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva; es necesario además “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”²⁵.

Por este motivo es preciso analizar este supuesto dentro del marco del concurso de los demás criterios, a efectos de evitar la aplicación de la prisión preventiva sobre la base de argumentos genéricos tendientes a desnaturalizar esta medida de coerción procesal y convertirla como un supuesto de pena anticipada.

Dicho esto, la observación que, de momento, merece formular consiste en que el argumento cuestionado ha prescindido de realizar un análisis circunstanciado de este criterio para fundar el peligro de fuga, prescindiendo, por ejemplo, del contexto dentro del cual mi patrocinado recién fue comprendido en este proceso y a sabiendas de que con anterioridad ya había manifestado su voluntad de participar en el esclarecimiento de los hechos, conforme lo veremos párrafos más abajo, situación que, más bien, fue negada en más de una oportunidad por la fiscalía, al señalar esta que mi patrocinado no era parte procesal.

4.11. FUNDAMENTO N.º 5.5: INEXISTENCIA DE PRUEBAS PARA FUNDAMENTAR PELIGRO DE ENTORPECIMIENTO Y AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

4.11.1. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

²⁴ CIDH. Informe n.º 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párrs. 150, 152, 153, y 172; ComIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las américas*, 2013, <http://www.cidh.org>

²⁵ CIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009, párr. 111; entre otros.

“Este Despacho ha escuchado la justificación que han dado las defensas técnicas de los 5 investigados para justificar a título de qué **las tres empresas habrían cedido parte de sus utilidades a la empresa Odebrecht, y han presentado diversa documentación para justificar y que tendrían que ver con estos riesgos adicionales.** Pues bien, este despacho ha evaluado estas documentales que han presentado los investigados **para sustentar la cesión de parte sus utilidades de las tres empresas peruanas a favor de Odebrecht.** Pero además este despacho ha concluido, analizando estos documentos justificatorios, que más que justificar, habrían sido o servido para regularizar e incluso para ocultar su origen ilícito, es decir, este Despacho identifica una clara conducta de obstaculización a la actividad probatoria, que, si bien no ha sido invocada expresamente por el Ministerio Público, sin embargo, del análisis de la propia presentación de los documentos por parte de los abogados de la defensa técnica de los investigados, se clarifica esta conducta de obstaculizar la actividad probatoria presentando documentos con el objeto de pretender maquillar con alto grado de probabilidad el verdadero motivo por el cual cedieron, que no sería otra cosa que el reembolso por esta comisión ilícita inicial que habría pagado Odebrecht a favor de Toledo Manrique para que se les adjudique la buena pro en los Tramos 2 y 3 de la carretera interoceánica”.

4.11.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

El frecuente recurso a afirmaciones genéricas por parte del juez afecta claramente el derecho de defensa de mi patrocinado, tanto más si realiza ello con el propósito de sostener que hay peligro de obstaculización y, consecuentemente, imponerle una prisión preventiva arbitraria a mi patrocinado.

Tal razonamiento del juez para afirmar que hay peligro de obstaculización por presentar elementos de convicción de descargo contradice palmariamente el derecho de defensa que se encuentra regulado en el art. 139, inc. 14, de nuestra Constitución, puesto que impide de manera arbitraria e irrazonable el ejercicio de este derecho. En efecto, el razonamiento del juez impide que la defensa pueda presentar elementos de descargo para desvirtuar la imputación realizada por la fiscalía, lo que lleva a dejar en una clara indefensión a mi patrocinado.

Es más, no solo ello, sino que, como se puede advertir del extracto en referencia, el *ad quo*, al acudir a afirmaciones genéricas sin mayor precisión indiciaria, ha terminado atribuyendo indebidamente a mi patrocinado una conducta procesal que su defensa ni él han realizado: ofrecer ciertos elementos de convicción con el objeto de dar visos de legalidad a una situación con apariencia delictiva.

Lo anterior, más allá de que mi patrocinado no lo ha realizado, ofrecer ciertos elementos de convicción, no es más que una expresión del derecho de defensa, por lo que la argumentación del juez no puede ser tolerado.

Y es que, como bien lo ha afirmado la Corte Suprema, al destacar en la sentencia casatoria n.º 626-2013, Moquegua, citada por el propio *ad quo*, según la cual “No son admisibles como criterios para determinar –la aplicación de la prisión

preventiva–, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido” (cons. 53).

Con esto, aun en el supuesto negado de que mi patrocinado haya ofrecido los elementos de convicción necesarios para cuestionar el estándar de prueba o la calificación jurídica exigidos dentro del *fumus comissi delicti* (art. 268.1 CPP de 2004), tenemos que tal ejercicio, en la medida de que se enmarca dentro del ejercicio legítimo del derecho de defensa en su vertiente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. IX.1 TP CPP de 2004) o el principio de contradicción que subyace a la esencia de la audiencia que antecede la procedencia o no de la prisión preventiva, no puede ser entendido como una conducta obstruccionista.

En este sentido, resulta abiertamente cuestionable que el *ad quo* haya decidido evaluar como elemento de cargo una conducta procesal no adoptada por mi patrocinado ni por su defensa, al mismo tiempo que deliberadamente y sin mayor fundamentación alguna decidió no dar mérito a la conducta procesal respetuosa de la presente investigación que mi patrocinado ya había desplegado, incluso, antes de ser comprendido como investigado, lo que da cuenta de su voluntad de colaborar en el esclarecimiento de los hechos.

Efectivamente, el juez, en lugar de valorar negativamente el ejercicio legítimo de un derecho, debió tener en consideración la conducta concreta que ha tenido mi patrocinado durante todo este tiempo, antes y después de tener la calidad de investigado. Y es que, como bien lo manifiesta la Corte Suprema en la casación n.º 626-2013, Moquegua, (cons. 51), el comportamiento procesal “(...) es uno de los [elementos] más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc”.

Siendo ello así, consideramos que el *ad quem* debe dar mérito a la conducta procesal de mi patrocinado, que fue flagrantemente omitida por el juez *a quo*, la que se pone en evidencia a través del siguiente cuadro:

Defensa			Fiscalía		
n.º	Fecha	Pertinencia	Fecha	Disp./Prov.	Respuesta
1	05.04.17	Solicitud de copia referida a la denuncia presentada ante el despacho fiscal y que fuera difundida por la propia Procuradora en el			

		programa “A Bocajarro”.			
2	12.04.17	Solicitud de copias de la denuncia de la Contraloría General de la República presentada ante el Despacho del fiscal.	17.04.17	Providencia S/N	Desestima la solicitud luego de informar que la Denuncia interpuesta por Contraloría General de la República no guardan relación con los hechos materia de investigación.
3	21.04.17	Solicitud de copias de la disposición fiscal que se pronunció sobre el escrito de la Procuraduría Pública en el que se solicita comprender a mi patrocinado en la investigación.	26.04.17	Providencia n.º 290	Desestima la solicitud por considerar que mi patrocinado no ha sido comprendido en la Disposición de apertura de diligencias preliminares.
4	22.11.17	Solicitud para participar en los actos de investigación seguidos contra mi patrocinado, a efectos de contribuir con el esclarecimiento del caso.			
5	01.12.17	Apersonamiento a efectos de ejercer los actos de defensa amparados por ley.			

Como puede apreciarse, mi patrocinado ha tenido una conducta tendiente a colaborar y a la sujeción al proceso, aspecto que, reiteramos, no fue valorado por el juez *a quo*. Incluso, por como se ha realizado este caso, no hay ninguna conducta que puede ser valorada en contra de mi patrocinado, ninguna actitud de mi patrocinado –porque ni siquiera ha sido llamado a declarar ni como testigo ni

como investigado– puede ser valorada para estimar que existe peligro de fuga u obstaculización. Todo lo contrario, mi patrocinado ha tenido una actitud de sujeción al proceso.

4.12. **SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA**

Conviene empezar este punto, citando las acertadas palabras del presidente del Poder Judicial, sr. Duberli Apolinar Rodríguez Tineo, quien en una clase sobre medida de coerción manifestó lo siguiente:

“(…) y la última medida cautelar, la más grave y la más extrema, cuando no existe otra medida, es la prisión preventiva, pero así como nuestros jueces en materia sustantiva, la única pena que utilizan es la pena privativa de la libertad, igualito los jueces de investigación preparatoria donde está el nuevo código y los jueces penales, jueces instructores, donde no está el nuevo código, ¿qué hacen? Usan la prisión preventiva como la medida monopólica, como si fuese la única medida cautelar, por eso ahora mi posición estará orientada fundamentalmente a golpear el uso abusivo perverso que hacen los jueces respecto a la prisión preventiva, y por idea ustedes, que son de la familia judicial, saben perfectamente... ¿por qué se llama prisión preventiva? Porque no es una prisión definitiva, es una prisión provisional, porque una prisión definitiva es producto ¿de qué? de una sentencia condenatoria firme, una prisión preventiva no es por una condena, es por una sospecha, y si es por una sospecha donde todavía no hay certeza de culpabilidad, ¡por qué vamos a mandar a todo el mundo preso! ¡Eso debe ser una medida excepcional!, no la regla, pero ahora en el Perú, el Poder Judicial ha sido tomado por asalto por la Santa Inquisición de la Edad Media, desde el más humilde de los jueces de investigación preparatoria hasta supremos son carceleros parece hasta por mandato genético, son carceleros a ultranza, a todo el mundo lo mandan preso en prisión preventiva (...)”²⁶.

4.12.1. **ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA**

Idoneidad: “(...) ¿la medida de prisión preventiva es idónea para asegurar la presencia de los investigados para los fines del presente proceso? Este despacho considera que sí, dado que es un mecanismo si bien es cierto más gravoso pero a la vez el instrumento procesal más eficaz para garantizar la vinculación de los 5 investigados para los fines del presente proceso, para evitar, pues, su peligro de fuga, que ya se ha dado cuenta, y el peligro de obstaculización en la actividad probatoria mientras dure el proceso. Consecuentemente, la prisión preventiva es idónea para los 5 investigados (...)”.

Necesidad: “(...) ¿qué es la necesidad? Es prácticamente confrontar la prisión preventiva con otros medios alternativos menos gravosos a la prisión preventiva, de ser el caso, entre ellos podríamos tener el arresto domiciliario de ser el caso cuando se configura la causal correspondiente, la comparecencia con restricciones

²⁶ Curso sobre el Código Procesal Penal D.L. n.º 957, de fecha 08.03.15. Tema: Medida de coerción personal. Expositor: Duberli Apolinar Rodríguez Tineo, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=mCgqmtYRPL0&t=2588s> (última visita: 06 de diciembre de 2017).

o incluso cualquier otra medida que sirva que sea menos intensa a la prisión preventiva que sirva para garantizar la sujeción de los investigados al proceso, ¿cuál es la lógica? Si se detecta una alternativa menos gravosa que cumple con la misma finalidad de la prisión preventiva, es claro que debe optarse por la medida menos gravosa, pero si se detecta que esta medida menos gravosa no cumple la misma finalidad que la prisión preventiva pues bien en ese caso sí resulta necesaria la prisión preventiva (...). En principio, respecto a este bloque de investigados, tratándose de los investigados Fernando Camet Piccone y José Fernando Castillo Dibós, este despacho entiende de que si comparamos la medida de prisión preventiva que podría imponerse con otras medidas alternativas menos gravosas como vendría a ser la comparecencia con restricciones, este despacho considera de que la comparecencia con restricciones no cumpliría la misma finalidad que la prisión preventiva, **atendiendo básicamente al peligro de fuga que se cierne sobre estos investigados básicamente por el hecho de la gravedad de la pena, por la magnitud del daño causado, por su vinculación con una presunta organización criminal “Odebrecht” y por el hecho que pretenderían perturbar la actividad probatoria con la documentación que habían presentado,** razón por la cual este despacho considera que la comparecencia con restricciones no cumple con la misma finalidad que la prisión preventiva, razón por la cual la prisión preventiva sí es necesaria respecto a estos investigados (...).”.

Proporcionalidad en sentido estricto: “(...) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, tratándose de los 4 investigados distintos a Ferraro Rey, es claro de que la libertad va a tener que ceder ante el aseguramiento de los 4 investigados, me refiero a Fernando Martín Gonzalo Camet Piccone José Fernando Castillo Dibós, Hernando Alejandro Constancio Graña Acuña y José Alejandro Graña Miro Quesada, básicamente porque con mayores las ventajas a las desventajas. ¿Cuáles son las ventajas? De que se les va a asegurar a estos 4 investigados para los fines del aseguramiento del presente proceso y se va a conjurar el peligro de fuga que se cierne en estos 4 investigados y se va a conjurar también el peligro de obstaculización de estos 4 investigados. Y sobre todo, se va a afirmar el principio de igualdad, no solamente en la dación de la ley, sino en la aplicación de la ley. Hemos visto casos en donde a un efectivo policial que recibe una coima de 100 a 200 soles se le termina aplicando una prisión preventiva, hemos visto casos en donde prácticamente alguien que se descarrila bajándose del Cerro San Cosme y mata a varias personas, termina con prisión preventiva. La pregunta es simplemente hay que aplicar la ley en igualdad de condiciones para todos y en ese sentido este Despacho considera de que, afirmando el principio de igualdad, este Despacho considera de que sí se dan los ingredientes de peligro de fuga, peligro de obstaculización en el caso de los 4 investigados que ya hemos mencionado y en la cual, la única desventaja sería privarle de su libertad ambulatoria, tanto más si los hechos que se les imputa son de naturaleza grave, se les imputa no haber sido, no haber, digamos, participado en colusiones de poca escala, estamos hablando de Tramos 2 y 3 de la carretera interoceánica, obras importantes, obras las que se han negociado por bastante cantidad de dinero y en las cuales incluso se habría acordado pago de comisiones ilícitas a cambio de que se les favorezca en la adjudicación de la buena pro, nada menos que al expresidente de la

República, Alejandro Toledo Manrique, distorsionando el principio de transparencia que debe regir en contratos de obras públicas (...).”.

4.12.2. INDICACIÓN ESPECÍFICA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE NUESTRO RECURSO DE APELACIÓN

El principio de proporcionalidad tiene como función controlar todo acto de poder público que pueda ser atentatorio de los derechos fundamentales de la persona.

El análisis del principio de proporcionalidad de la medida de coerción de la prisión preventiva exigirá el desarrollo de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, todos ellos en relación al caso concreto.

En consecuencia, al producirse una indebida aplicación de la prisión preventiva –como, en efecto, lo demostraremos–, será deber del *ad quem* corregir inmediatamente tal situación a través de la revocatoria de la medida.

a) Subprincipio de idoneidad.

El subprincipio de idoneidad busca determinar si la afectación del derecho resulta pertinente y adecuada para conseguir el objetivo propuesto. Esto es, si existe alguna conexión lógica entre la privación de libertad y el peligro procesal concreto que le llevó al magistrado a decretar la prisión preventiva.

En este sentido, una medida de coerción será idónea cuando su aplicación impida la existencia de un riesgo de frustración procesal.

Dicho esto, a la luz de los elementos de convicción aportados y remitidos también en este acto, así como la línea jurisprudencial inobservada flagrantemente por el *ad quo*, resulta que la aplicación de la prisión preventiva en el presente caso no ha observado esta primera exigencia, motivo por el cual debe ser corregida por su despacho.

Lo señalado se pone en evidencia desde el momento de que, al sostener en uno de los extremos que la imposición de la prisión preventiva en contra de mi patrocinado se sustenta en la magnitud del daño causado y la falta de voluntad de mi patrocinado para repararlo, resulta, a todas luces, que privar a mi patrocinado por esa razón en nada permitirá asegurar la eventual reparación civil.

En esta línea, también llama la atención el frecuente uso de afirmaciones genéricas y estereotipadas como fundamento para satisfacer el principio de proporcionalidad, a pesar de que su debida observancia tiene por objeto circunscribir o delimitar la medida de coerción en función a la calidad del peligro procesal que se busque asegurar.

5. BASE NORMATIVA QUE SUSTENTA LA APELACIÓN

Por lo expuesto en el presente escrito, el recurso a favor de mi patrocinado se sustenta en las siguientes disposiciones legales:

5.1. Referidas a las formalidades legales del recurso

- Artículos 278 y 279.3 del CPP, que se refieren a la apelación de la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva.
- Artículo 404 del CPP, que se refiere a la facultad de recurrir. En el presente caso se cumple con esta exigencia, pues mi patrocinado y su defensa tienen legitimidad para interponer el presente recurso de apelación.
- Artículo 405 del CPP, que se refiere a las formalidades del recurso, con los que cumple acabadamente el presente recurso.
- Artículo 414.1.c del CPP, que se refiere al plazo para la interposición del recurso, el cual es cumplido en el presente caso.
- Artículo 416.1.d del CPP, que se refiere a los autos que son apelables, entre los que se encuentra el auto de prisión preventiva.

6. AGRAVIO

La presente resolución, al declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva, nos produce perjuicio, ya que se contrapone a nuestra pretensión manifestada en la audiencia de prisión preventiva, la que consistió en que se declare **INFUNDADO** el requerimiento de prisión preventiva; de ahí que es claro que –en tanto que hay una contraposición entre lo que solicitamos y lo resuelto por el juez– la resolución ahora impugnada nos produce perjuicio.

7. PRETENSIÓN CONCRETA

Solicito a usted, señor juez, tener por fundamentado el recurso de apelación dentro del plazo legalmente otorgado, admitir el recurso y disponer la elevación del cuaderno respectivo a la Sala de Apelaciones Nacional correspondiente, a fin de que se **REVOQUE** la resolución emitida por vuestro despacho el 04 de diciembre del presente año; en consecuencia, se declare **INFUNDADA** la solicitud de prisión preventiva presentada por el Ministerio Público y se le imponga **COMPARECENCIA SIMPLE** a mi patrocinado.

Lima, 06 de diciembre de 2017