

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II – 19.a)**

Inc. 94 – 2008 – “A”

**S.S. VILLA BONILLA**  
**TELLO DE ÑECCO**  
**PIEDRA ROJAS**

**Resolución N°09**

Lima, siete de abril  
del dos mil nueve.-

**AUTOS y VISTOS:** Oídos los informes orales a que se contrae la constancia de vista emitida por Relatoría a fojas 922; interviniendo como Vocal Ponente la Señora Tello de Ñecco, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; con lo expuesto por el Señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas 832 a 836; y, **ATENDIENDO: PRIMERO.-** Que, concedidos por resoluciones de fechas treinta de setiembre y tres octubre de dos mil ocho – que en copias certificadas obran a fojas 681 y 698– los recursos de apelación interpuestos por el procesado **Arturo Ernesto Marquina Gonzáles** y el señor Procurador Público Ad Hoc del Estado, es objeto de revisión por este Superior Colegiado la **resolución de fecha veintinueve de agosto de dos mil ocho**, obrante en copias certificadas de fojas 629 a 660, en los extremos en que, respectivamente, se impuso **Caución por el monto de tres mil nuevos soles** contra el procesado impugnante y se decidió **no abrir instrucción contra Luis Arroyo Jaime, Luis Pérez Documet, Luis Bianchi Muñoz, Jorge Nadal Paiva, José Zegarra Escalante, Arturo Marquina Gonzáles, Luis Cisneros Ferreyros y Percy Gonzáles Castro** como presuntos autores del delito contra la Tranquilidad Pública - **asociación ilícita para delinquir**, y contra **Luis Fernán Cisneros Ferreyros y Percy Gonzáles Castro** como presuntos cómplices primarios del delito contra la Administración Pública - **colusión desleal**. Postulando como pretensión impugnatoria el que este Colegiado revoque el extremo y le exonere de la caución, el procesado Marquina Gonzáles fundamenta su recurso en que aquélla resulta excesiva dada la situación económica que afronta: jubilado con pensión como único ingreso, haber estado o estar afrontando procesos judiciales similares y estar a cargo de obligaciones familiares, de manutención y de salud tanto de su esposa como de su madre de 91 años de edad; que en el proceso N° 028-2004 la Sala Penal Especial “C”, revocando la resolución del Juzgado, le impuso como caución la suma de mil quinientos nuevos soles; que el inciso 5 del artículo 143° del Código Procesal Penal establece que para imponer caución deben tenerse en cuenta no sólo las posibilidades económicas del procesado, sino,

también, los principios de necesidad y proporcionalidad, y que, desde el inicio del proceso, el Juzgado “consideró la participación del recurrente con un papel de simple TESTIGO, en cuya condición aquél siempre dio muestras de colaboración con el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, acudiendo puntualmente en las oportunidades que fue citado” (véase foja 678 y siguiente). El señor Procurador Público Ad Hoc del Estado, por su parte, al fundamentar su recurso, reitera los fundamentos de la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción en cuanto reseñan los hechos que se han subsumido en los tipos de colusión desleal y asociación ilícita para delinquir; esto es que “LUIS ARROYO JAIME, LUIS PÉREZ DOCUMET, LUIS BIANCHI MUÑOZ, JORGE NADAL PAIVA, JORGE ZEGARRA ESCALANTE y ARTURO MARQUINA GONZÁLES, como miembros del Consejo directivo de la Caja de pensiones Militar Policial, aprobaron ilícitamente los créditos a favor de CIMEX del Perú y ROTE[X] S.A., quebrantando de esta forma los roles especiales de garantes, violando la confianza depositada por la sociedad y el Estado, quienes por la función desplegada estaban vinculados funcionalmente”; que, en cuanto al delito de asociación ilícita para delinquir atribuido a los denunciados, expresó que “corroboran las características de continuidad y permanencia para cometer hechos delictuosos, considerando el rol que ha cumplido cada uno de ellos desde una institución como la Caja de Pensiones Militar Policial, asociación de la que también eran parte Vladimiro Montesinos Torres, Víctor Alberto Venero Garrido, Juan Silvio Valencia Rosas, Luis Enrique Duthurburu, entre otros; no olvidemos que desde el SIN eran digitados los nombramientos o designaciones del directorio de la Caja, como también lo eran los cargos ejecutivos. (...) Las aprobaciones y otorgamientos de los créditos irregulares efectuadas a favor de las empresas CIMEX y ROTE[x] S.A., son una muestra de ello. Evidenciándose de este actuar criminoso y dentro de una organización jerárquicamente organizada el papel que desarrolló cada uno de ellos dentro del grupo”. **SEGUNDO.-** El señor Fiscal Superior opina en el sentido que se revoque la impugnada en el extremo que ordena al procesado Marquina Gonzáles el depósito de tres mil nuevos soles como caución, y el monto sea fijado en la suma de dos mil nuevos; y que sea confirmada en el extremo en que se decidió no abrir instrucción. **TERCERO.-** El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia<sup>1</sup> ha dicho que el principal, no el único, elemento a considerar por el Juez para dictar una medida coercitiva o determinar su intensidad “debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad

---

<sup>1</sup> Véase por todas la sentencia en el expediente N° 1091-2002-HC/TC, caso Silva Checa.

locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada”. En el caso Villanueva Chirinos, el Tribunal precisó: “en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad”<sup>2</sup>. Bajo tal premisa, el artículo 143º del Código Procesal Penal, vigente por Decreto Ley N° 25461, establece: “Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes: 1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose las órdenes necesarias. 2. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados. 3. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen. 4. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa. **5. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. El Juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y ordenará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas**”. **CUARTO.-**

---

<sup>2</sup> STC N° 0731-2004-HC/TC, caso Villanueva Chirinos.

**Que**, siendo útiles las alternativas previstas a efectos de graduar la intensidad de la afectación a la libertad personal bajo el sustento del peligro procesal, la caución –que prevé como alternativa el último inciso de la norma acotada y supone la afectación del patrimonio del procesado– precisa de graduación tal que, en atención a su capacidad económica, no la torne en imposible por excesiva, ni en ineficaz por irrisoria, debiendo el órgano jurisdiccional tratar de generar el efecto psicológico (en el procesado) de preferir sujetarse al proceso a perder la suma depositada o garantía ofrecida, lo que resulta aún más eficaz si para el cumplimiento se vale de la colaboración de terceros. Previamente a ello, sin embargo, el órgano jurisdiccional habrá de determinar la necesidad de su imposición, es decir, determinar en qué medida el peligro procesal pueda o no ser conjurado imponiendo, además, una caución; luego de ello, habrá de evaluar las posibilidades económicas del procesado a fin de determinar su monto; todo este procedimiento no significa otra cosa que una concreta materialización del principio de interdicción de la arbitrariedad en las resoluciones judiciales. Sin embargo, según es de verse de la resolución impugnada, respecto del monto de la caución impuesta al procesado Arturo Ernesto Marquina Gonzáles, considerando octavo, el señor Juez no ha expresado las razones, en términos de necesidad y proporcionalidad, que consideró o tuvo que considerar para fijarla en la suma de tres mil nuevos soles y no en otra; vale decir, ha inobservado el principio y garantía de motivación de las resoluciones judiciales consagrada en el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución Política del Estado, inobservancia que el artículo 122° del Código Procesal Civil –de aplicación supletoria– sanciona con nulidad. **QUINTO.-** Por otro lado, la ‘causa probable’ a determinar a partir de los “*indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito*”, a que se refiere el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, constituye un criterio referencial válido a ponderar a efectos de optimizar la investigación, persecución y sanción de los delitos frente al interés público en la eficaz respuesta de la sociedad como fin constitucionalmente relevante, y, al derecho fundamental a la libertad personal (como derecho, principio y valor, presupuesto de la vigencia y ejercicio de los demás derechos). A propósito de ello, San Martín Castro puntualiza que: “*son tres los momentos que delimitan el impulso procesal del fiscal: 1) cuando toma conocimiento de un presunto hecho delictivo; 2) cuando formaliza denuncia penal; y, 3) cuando formula acusación. Así las cosas, obviamente el grado de convicción o, mejor dicho, visto externamente, la cuantía de los recaudos o indicios delictivos debe variar en estos tres casos. Cada momento procesal, dada la naturaleza del*

proceso, presenta sus propias características delimitativas (...) Entre los dos extremos: motivos simples –sospecha inicial simple- de persecución penal y motivos suficientes –sospecha suficiente- para formular acusación, sin duda debe situarse el requisito material justificatorio del **auto de apertura de instrucción**. Es posible entonces, entender que la apertura de instrucción exige motivos bastantes o sospecha razonable, a partir de los elementos aportados en la denuncia formalizada del Fiscal, para estimar la participación del denunciado en la comisión de un delito; por lo que la **certeza de que no hubo participación en un hecho típicamente antijurídico (la denominada ‘certeza negativa’)** o cuando ésta aparezca como improbable, justifican el rechazo in limine del procesamiento solicitado por el **Ministerio Público**. La improbabilidad en este caso significa que los actos de investigación preliminar anexos a la denuncia formalizada, en rigor, aportan elementos negativos superiores en cantidad y calidad a los que avalan la imputación, no siendo del caso estimar que los posibles actos de instrucción judiciales a llevarse a cabo aportarán nuevos elementos que permitirán una variación estimativamente fundada de lo incorporado en la denuncia”<sup>3</sup>. En el mismo sentido, y refiriéndose a la decisión del juzgador en diferentes etapas del proceso sobre la base de determinados estados intelectuales con respecto de la verdad que se pretende descubrir, explica Cafferata Nores: “a) En el inicio del proceso no se requiere más que la afirmación, por parte de los órganos públicos autorizados (...) de la posible existencia de un hecho delictivo, para que el juez de instrucción deba dar comienzo a su actividad. En principio, en este momento no interesa que haya en el magistrado ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación. Pero, indudablemente, se debe someter el inicio de la actividad estatal a pautas mínimas de verosimilitud y racionalidad. b) Para vincular a una persona con el proceso, como posible responsable del delito que en él se trata, hacen falta motivos bastantes (fundados en pruebas) para sospechar de su participación en la comisión de un delito, lo cual impide una imputación arbitraria (la más próxima manifestación del principio de inocencia es la de no ser imputado arbitrariamente). Ello impedirá el sometimiento de aquella al procedimiento si se tiene la certeza de que no hubo ‘participación en un hecho típico, antijurídico, culpable y punible’, o ésta aparece como improbable (ya que la improbabilidad de su participación, es lógicamente, incompatible con

---

<sup>3</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. “DERECHO PROCESAL PENAL”. Tomo I. Editorial jurídica Grijley, segunda edición 2003, página 513 (énfasis agregado).

sospechas motivadas al respecto) (...)”<sup>4</sup>. Distinguiendo entre verdad, certeza, duda y probabilidad, el mismo autor define esta última en estos términos: “*Habría probabilidad (...) cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquéllos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento*”; estos ‘elementos’ son aquéllos que inducen a afirmar la certeza (positivos) o negarla (negativos); y la certeza, siempre según el mismo autor, no es sino “*la firme convicción de estar en posesión de la verdad*”<sup>5</sup>. **SEXTO.-** Pasando al examen de la impugnada, en el extremo en que se decide no abrir instrucción contra el denunciado Cisneros Ferreyros, se advierte que el señor juez, para concluir en que “*no existen elementos de prueba objetiva que haga[n] presumir la existencia de un acuerdo o concierto defraudatorio entre Cisneros Ferreyros y sus codenunciados (...) en la realización del hecho punible*”, ha considerado: 1) Que, Luis Enrique Duthurburu Cubas (procesado en el expediente 41-2001, del cual se desprende la investigación), Javier Manuel Revilla Palomino (Gerente General de la Caja y Gerente de Inversiones Financieras en mil novecientos noventitrés), Alfonso Máximo Balabarca Torres (también procesado) y Luis Wilfredo Arroyo Jaime (también procesado) en sus declaraciones instructivas en aquel proceso, explicaron que los brokers sólo presentaban a los clientes ante la Gerencia General (ésta hacía los estudios y los presentaba al Directorio). El señor juez, entonces, dedujo “*que la función de los brokers se limitaba al acopio y presentación de la documentación requerida por la referida entidad para el otorgamiento de un crédito, el cual era entregad[o] o facilitad[o] por los interesados, para ser posteriormente evaluado y verificado por el Departamento de Análisis de Crédito, el departamento de Asesoría Legal, y finalmente por la Gerencia de Inversiones Financieras quienes no sólo determinaban la factibilidad de las solicitudes sino también se encargaban de la preparación de la propuesta correspondiente, que luego era aprobada o denegada por el Consejo Directivo; no teniendo pues el broker elegido ninguna injerencia en la verificación y evaluación documentaria, menos en la elaboración de la propuesta de crédito;...*”; y “*que el denunciado no habría estado facultado para verificar y evaluar la documentación sustentatoria del crédito solicitado por CIMEX S.A.*”. 2) Que, además, “*en el*

---

<sup>4</sup> CAFFERATA NORES, José I. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1998, páginas 9 y siguiente.

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES, José I. Obra citada, página 9.

*transcurso de las investigaciones preliminares no se ha podido establecer algún tipo de vinculación objetiva entre el denunciado Cisneros Ferreyros y sus co-denunciados, funcionarios de la CPMP, quienes en ningún momento de sus declaraciones manifestaron conocerlo, ni haber tenido trato con él; conforme se puede apreciar de las declaraciones de Luis A. Pérez Documet y Arturo Marquina Gonzáles, quienes (...) refirieron que ‘el directorio no tenía ningún contacto o no trataba con los brokers’; relacionando en todo momento a la empresa FINANFAST con César Antonio Alcorta Suero, ex broker de la Caja de Pensiones Militar Policial, quien durante la tramitación del crédito a favor de la empresa CIMEX venía desempeñándose como asesor de la citada empresa de brokeraje, motivo por el cual estaba siendo procesado como cómplice primario del delito de Colusión y co autor en el delito de asociación ilícita para delinquir en el expediente N° 41-2000 que gira ante la Tercera Sala Penal Especial...”. 3) Que, aquel órgano jurisdiccional declaró no haber mérito para pasar a juicio oral en contra de César Antonio Alcorta Suero, quien se encontraba en la misma situación del denunciado Cisneros Ferreyros; la resolución, si bien fue impugnada, “no pierde su eficacia jurídica mientras no se declare su nulidad”. **SÉTIMO.-** Reseñados así, los fundamentos de la impugnada en este extremo, la Sala no puede menos que considerarlos erróneos. En primer término, es preciso recordar que en el delito especial imputado, al denunciado no se le atribuye la condición de autor o coautor, sino la de partícipe como cómplice; de ahí que la ausencia de relación, función o poder de decisión en cuanto al otorgamiento de créditos al interior de la Caja de Pensiones Militar Policial –establecido en condicional por el señor Juez<sup>6</sup> sobre la base de declaraciones instructivas– no pueda ser tomado como elemento indiciario determinante que oriente a la probabilidad negativa. El señor Juez ha tomado en cuenta las declaraciones judiciales de personas procesadas por los mismos hechos e, inclusive, comprendidas en la misma denuncia contra el denunciado Cisneros Ferreyros (el ahora instruido Luis Wilfredo Arroyo Jaime), sin ningún otro indicio concurrente de distinta naturaleza; la fuerza conviccional de tales declaraciones es mínima si se tiene en cuenta no solamente la vinculación de aquellas personas a los hechos, sino el que sus versiones son o serán materia de pronunciamiento por otro órgano jurisdiccional, y ciertamente, respecto de sus propias responsabilidades (si las hubiera), mas no respecto de la atribuida al denunciado en mención. Por el contrario, en el orden de los elementos que*

---

<sup>6</sup> “...de lo que se deduce que el denunciado, **no habría** (...) estado facultado para verificar y evaluar la documentación sustentatoria del crédito solicitado por CIMEX S.A. ....” (véase foja 649, énfasis agregado).

apuntan a la probabilidad positiva y recordando el nivel o calidad de participación atribuida (cómplice), la causa probable pasa por recordar lo que sí tuvo en cuenta el señor Juez al decidir, en la misma resolución, abrir instrucción contra los autores, es decir, los funcionarios de la Caja: "a.1). *Que, los denunciados Luis Wilfredo Arroyo Jaime, Luis Augusto Pérez Documet, Luis Alberto Bianchi Muñoz, Jorge Enrique Nadal Paiva, José Luis Zegarra Escalante y Arturo Ernesto Marquina Gonzáles, habrían aprovechado su condición de miembros del Consejo Directivo de la CPMP, para presuntamente aprobar, de modo irregular, operaciones de crédito por millones de dólares a favor de las empresas CIMEX del Perú y ROTEX S.A, no obstante a que éstas personas jurídicas no habrían cumplido con el perfil requerido para acceder a dichos créditos; advirtiéndose así en el caso de CIMEX, empresa vinculada al ex ministro Juan Carlos Hurtado Miller, que **al momento de solicitar el mutuo su capital social ascendía únicamente a diez mil soles; que su experiencia de crédito no era del todo favorable por la lenta atención a sus compromisos,** conforme se advierte del rubro 'referencias bancarios y/o comerciales' de la propuesta de crédito número 111/93; asimismo, **que el inmueble otorgado en garantía aún no le pertenecía;** y que **la retasación del inmueble dado en garantía nunca se habría realizado;** no obstante estas observaciones la solicitud de crédito de CIMEX habría sido atendida y aprobada mediante acta 23-93 por el Consejo Directivo conformado por los citados denunciados, quienes habrían convenido en otorgarle un mutuo por nueve millones de dólares (de los cuales cuatro millones seiscientos cuarenta y tres mil quinientos constituía el crédito solicitado) a través del Contrato de novación, mutuo, levantamiento de hipoteca, y constitución de primera y preferencial hipoteca de fecha 03 de enero de 1994, en el cual intervino la Panificadora Alfonso Ugarte Sociedad Anónima –PAUSA, de quien CIMEX asumió su obligación crediticia con la Caja de Pensiones Militar Policial por la suma de cuatro millones doscientos cincuenta mil dólares, más intereses compensatorios de ciento seis mil cuatrocientos noventa y nueve dólares, quedando finalmente CIMEX obligada con la CPMP por la suma de nueve millones de dólares" (véase foja 644). Esta operación de crédito, así, en términos ilícitos y fraudulentos para la Caja, según la denuncia del Ministerio Público, se hizo con la intermediación del representante de FINANFAST Corporación Asesora S.A.: el denunciado Cisneros Ferreyros en calidad de "broker". Al respecto, dijo el señor Juez: "así pues de los recaudos que se acompañan a la denuncia fiscal se desprende **que el denunciado Cisneros Ferreyros reconoce haber participado como broker de la Caja de Pensiones***



**Militar Policial, y como tal haber tramitado la solicitud de crédito a favor de la empresa CIMEX S.A;** sin embargo, refiere que su participación en esta operación habría obedecido a su primigenia intervención como broker en el crédito otorgado por la CPMP a la empresa Panificadora Alfonso Ugarte S.A. – PAUSA S.A., deuda que era transferida a la empresa CIMEX S.A., a través de la operación de crédito solicitado por CIMEX S.A., por lo que ésta debía ser canalizada a través de su empresa de brokeraje...” (véase foja 647). El “broker” –término anglosajón que define al intermediario en el mercado inmobiliario, de seguros o de crédito– presta sus servicios a cambio de una contraprestación económica (“comisión”), es decir, se halla sujeto, lo mismo que su contraparte, a un contrato; de ahí que resulte relevante el Informe N° 065-AJ-93 (obrante a fojas 330 y siguiente), en el que el asesor jurídico informa de la existencia de contratos entre la Caja y los denominados brokers (de los que surgían tanto obligaciones como prohibiciones, y que el señor Juez no ha tenido en cuenta), y de ahí, a su vez, que haya más indicio de participación delictiva del denunciado Cisneros Ferreyros, que la de ser mero tramitador o transportador de documentos, como lo ha considerado el señor Juez. Por lo dicho y ponderados ambos tipos de elementos: los subjetivos, las declaraciones instructivas exculpatorias tenidas en cuenta por el señor Juez para decidir por la probabilidad negativa, y, los objetivos, las circunstancias especialmente enfatizadas en la cita hecha líneas precedentes, es claro que estos últimos, los objetivos, superan en calidad y número a aquéllos; en consecuencia, fundan la probabilidad positiva necesaria para la apertura de la instrucción.

**OCTAVO.-** En el caso del denunciado Percy Edwin Gonzáles Castro, el señor Juez ubicó el tiempo de los hechos que constituirían el acuerdo colusorio el veintitrés de setiembre de mil novecientos noventitrés (fecha del acta N° 18-93, véase foja 652), es decir, en la fecha en que se acordó otorgar el crédito a la empresa ROTEX S.A.; por lo tanto, teniendo en cuenta que el denunciado en mención ocupó el cargo de Gerente de la empresa FAM S.A. desde el tres de enero de mil novecientos noventicuatro, es decir, luego del acuerdo, “*la actuación del denunciado Gonzáles Castro, como titular del crédito a favor de FAM S.A. se encuentra en un momento posterior a dicho evento (consumación del presunto acto colusorio), es decir luego de haberse desplegado todos elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; así pues, si bien el accionar del denunciado tendría relación con el crédito otorgado a ROTEX (cancelar la primera cuota vencida), dicho acto se habría producido en la fase de agotamiento del delito denunciado (irregular aprobación del crédito otorgado a ROTEX S.A.), y no en la fase ejecutiva del tipo (consumación); por*

*tanto la conducta asumida por el denunciado Percy Gonzáles Castro resulta atípico e irrelevante penalmente para este delito*". La Sala no comparte la ubicación temporal que de los hechos ha hecho el señor Juez, pues es contradictoria con la propia fijación que de los hechos hace en líneas anteriores. Así, según es de verse de fojas 651, al referirse al denunciado se expresa: *"se le imputa haber adquirido ilícitamente durante su gestión como gerente de la empresa FAM S.A. desde enero de 1994, y por intermedio del mismo broker Mar Egeo Inversiones S.A., ligada a Venero Garrido, un préstamo por cuatro millones de dólares de la Caja de Pensiones Militar Policial supuestamente para incrementar su stock de materia prima de insumos, la que sin embargo habría sido utilizada para amortizar la deuda que ROTEX S.A. tenía con la CPMP..."*. Esto en coincidencia con lo postulado por el Ministerio Público en la formalización de la denuncia (véase fojas 620 y 621). Por lo tanto, no corresponde entrar al examen de la tipicidad o no de los hechos como lo hizo el señor Juez, toda vez que aquéllos estaban constituidos, siempre según la formalización de la denuncia, por el acuerdo de otorgamiento de crédito del año mil novecientos noventicuatro. No obstante, como bien se ha observado, tratándose de un delito de convergencia, no se ha denunciado a quienes actuaron como contraparte en representación de la Caja; es decir, no se ha individualizado a los supuestos responsables, y ello determina que no sea posible –ampliando los términos de la denuncia– abrir instrucción sin incurrir en vicio de nulidad, pues como precisa el profesor San Martín Castro: *"el juez carece de potestades de oficio para ampliar el auto de procesamiento"*<sup>7</sup>. **NOVENO.-** *Que, "El delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR es un delito autónomo, de convergencia, de peligro abstracto y de carácter permanente, que se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita –ilicitud que se deriva de sus propios fines- de dos o más personas, cuyo objeto es cometer delitos. Dos elementos son imprescindibles para su configuración: (a) que la agrupación o unión de personas tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad, y cierta organización en la que quepan distinguir funciones; y, (b) como elemento tendencial o finalista, el propósito colectivo – de la agrupación – de perpetrar delitos"*<sup>8</sup>. En su redacción original, vigente al momento de los hechos, el artículo 317º del Código Penal (posteriormente modificado por Ley Nº 28355) establecía: *"Artículo 317.- Agrupación ilícita. El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho, de ser miembro de la*

---

<sup>7</sup> San Martín Castro. Ob. Cit. Pág. 517 (énfasis agregado).

<sup>8</sup> Sentencia expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema. Expediente Nº 20-2003-A.V. "Caso Mobetek".

agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación, conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4". La Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado como criterios con carácter vinculante, entre otros, que: "12. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317º del Código Penal. Dice la citada disposición: "El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...". Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas-sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consume desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan –no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. 13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar". **DÉCIMO.-** Bajo esta premisa teórica y recordando, siempre, el momento procesal en que se realiza la calificación de la denuncia (que determina el estado intelectual del juez respecto de la prueba y el grado de exigencia de la intensidad de aquél), la Sala no comparte el criterio del señor Juez de considerar "que la atribución de la presunta comisión del delito de asociación ilícita por parte de los

denunciados se ha señalado en forma **genérica e indeterminada**, sin individualizar las conductas configuradoras, ni la **determinación concreta de los hechos** presuntamente cometidos por cada uno de los denunciados, como tampoco del material probatorio en que dicha imputación se fundamenta; no obstante, la denuncia fiscal precisa como sustento objetivo del delito de Colusión, las aprobaciones y otorgamientos de crédito, presuntamente irregulares efectuadas a favor de las empresas CIMEX y ROTEX; irregulares conductas delictivas en que habrían incurrido los mencionados denunciados que descarta la existencia de **permanencia y continuidad** en la plasmación de acciones ilícitas que constituyen notas características de la agrupación criminal que acoge el tipo penal de Asociación Ilícita; tanto más si conforme se ha señalado precedentemente, la conformación jerarquizada de un agrupación criminal debe contener como finalidad la incursión en **indeterminadas conductas delictivas**, esto es, a la realización de pluralidad de gestiones delictivas; lo que no habría ocurrido en el presente caso...” (véase foja 655, énfasis agregado). En efecto, en el orden teórico dogmático, queda clara la autonomía del delito de asociación ilícita con respecto de los delitos concurrentes o que, inclusive, no hayan llegado siquiera a actos preparatorios; basta la sola pertenencia. En el orden procesal, la prueba de este delito, en la generalidad de los casos, resulta de conductas determinadas, delictivas o no, que evidencian el acuerdo asociativo ilícito; desde luego, como lo puntualiza la Corte Suprema, esto no puede llevar a abordarlo en función a los delitos perpetrados. En el caso concreto, los acuerdos colusorios (constitutivos de delito) constituyen elementos de probabilidad que apuntan a la previa constitución de la asociación ilícita, pues en aquellas circunstancias específicas el otorgamiento de créditos no podía hacerse sin el acuerdo del directorio de la Caja y la colaboración de quienes, como brokers, precisamente se encargaban de intermediar o “colocar” el crédito en forma fraudulenta (en empresas insolventes, según la denuncia formalizada) en perjuicio económico de la institución. Otro elemento de probabilidad a tomar en cuenta es la injerencia del por entonces asesor del Presidente de la República, Vladimiro Montesinos Torres, para imponer y dirigir a los miembros del directorio; circunstancia importante dada la inusual trascendencia de tal persona en la administración pública, según es de público conocimiento y según lo ha conocido esta y otras Salas en diferentes procesos (entre ellos, el expediente N° 41-2001, por estos mismos hechos y dentro del cual se ordenó la puesta en conocimiento del Ministerio Público que luego ha dado lugar a la formalización de la denuncia). Por otro lado, recordando que en un contexto específico el delito en cuestión

puede consumarse dentro del aparato estatal, es decir, aprovechando la propia estructura del Estado, debe tenerse en cuenta como indicio de permanencia – además de una mayor o menor cantidad de otros delitos cometidos–, el hecho que el cargo de los miembros del directorio duraba dos años según Decreto Ley N° 21021, artículo 13° (véase foja 732). En cuanto a este indicio, cabe recordar que *“... cuando se hace referencia a asociación ilícita, los sujetos que la integran pueden haberla formado, directamente como instrumentación práctica y eficaz **para lograr objetivos** mediante conductas cuya represión está configurada en cualquier sector del Derecho Penal, como también puede surgir la asociación a partir de grupos en sí mismos lícitos. Es decir que puede pre existir una base instrumental regular (sociedad comercial o asociación civil), como también un grupo, que vinculado al poder (función administrativa, fuerzas armadas o de seguridad), que por distintas circunstancias se reúnen para aprovecharse ya sea de la **pantalla** de su actividad lícita, como de la impunidad que puede provenir del ejercicio del poder público en sus diversas formas<sup>9</sup>; de ahí, entonces, que en cada caso específico sea necesario tomar en cuenta los elementos indiciarios en su propio contexto, y no en forma aislada o abstracta; el profesor Climent Durán es claro al respecto: *“Cualquier hecho, considerado en sí mismo y fuera de su contexto o de las circunstancias que lo rodean, es enormemente ambiguo o equívoco, porque puede ser valorado de muy diversas maneras y con finalidades muy distintas. Sólo cuando es adecuadamente contextualizado o puesto en relación con las circunstancias en que se originó o se produjo, se comprende su verdadero significado, y entonces pueden resultar eliminadas esas iniciales inconcreciones”*<sup>10</sup>. Por estas razones, **DECLARARON: NULA** la resolución impugnada **en el extremo** que impone al procesado **Arturo Ernesto Marquina Gonzáles** la restricción de **caución y la fija en la suma de tres mil nuevos soles; ORDENARON** al señor Juez de la causa emitir nueva resolución en tal extremo teniendo en cuenta lo desarrollado en el cuarto considerando de esta resolución; **REVOCARON** la impugnada **en el extremo** en que se decidió **no abrir instrucción** contra **Luis Arroyo Jaime, Luis Pérez Documet, Luis Bianchi Muñoz, Jorge Nadal Paiva, José Zegarra Escalante, Arturo Marquina Gonzáles, Luis Cisneros Ferreyros y Percy Gonzáles Castro**, como presuntos autores del delito contra la Tranquilidad Pública - **asociación ilícita para***

<sup>9</sup> VERA BLAS, Oscar Tomás. ASOCIACIÓN ILÍCITA (ART. 210 CP) ALGUNAS CONSIDERACIONES. En: NUEVAS FORMULACIONES EN LAS CIENCIAS PENALES. Homenaje al profesor Claus Roxin. Marcos Lerner Editora Córdoba. La Lectura Libros Jurídicos. Córdoba, Argentina 2001, página 595 (subrayado agregado).

<sup>10</sup> CLIMENT DURAN, Carlos. LA PRUEBA PENAL. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, 2da Edición. Tomo I, pág. 946.

**delinquir**, y contra **Luis Fernan Cisneros Ferreyros** como presunto cómplice primario del delito contra la Administración Pública - **colusión desleal**; **ORDENARON** al señor Juez de la causa abrir instrucción contra los antes mencionados por los delitos indicados; y, por la razón expresada en el octavo considerando, **CONFIRMARON** la impugnada en el extremo en que se decidió no abrir instrucción contra **Percy Gonzáles Castro** como presunto cómplice primario del delito contra la Administración Pública -**colusión desleal**. Notifíquese y devuélvase.-