



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 300/2023

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO
NAKAZAKI SERVICIÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de mayo de 2023, los magistrados Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos referidos a la vulneración del derecho a la igualdad, a la prescripción de la acción penal, al derecho a la debida motivación y al derecho a la defensa.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del principio de irretroactividad de la ley.

Por su parte, la magistrada Pacheco Zerga emitió un voto singular que declara improcedente la demanda respecto a lo expuesto en los fundamentos 11 al 15 de su voto, fundada en parte en relación a la vulneración de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y de defensa e infundada en lo demás que contiene.

Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de mayo de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de la magistrada Pacheco Zerga, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Nakazaki Servigón y don Renzo Paolo Miranda León, abogados de don Alexander Martín Kouri Bumachar, contra la resolución de fecha 22 de agosto del 2022¹, expedida por Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de noviembre del 2017, doña Andrea Cecilia Llona Barrera interpone demanda de *habeas corpus*² a favor de don Alexander Martín Kouri Bumachar, y la dirige contra los jueces integrantes de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Sequeiros Vargas, Sánchez Espinoza y Lizárraga Rebaza; y, contra los jueces integrantes de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Calderón Castillo, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas y Neyra Flores. Denuncia la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, en conexidad con la libertad personal del favorecido.

La recurrente solicita que se disponga la nulidad de: (i) la sentencia de fecha 30 de junio de 2016³, que condenó a don Alexander Martín Kouri Bumachar a cinco años de pena privativa de la libertad por la comisión

¹ Foja 2034.

² Foja 1.

³ Foja 111.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

del delito de colusión en agravio del Estado; y (ii) la resolución suprema de fecha 6 de julio del 2017⁴, que declaró no haber nulidad en la sentencia condenatoria dictada en contra del favorecido (Expediente 88-2008 (85-2008) / R.N. 1842-2016).

La recurrente requiere que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria en los extremos que se pronuncia sobre la excepción de prescripción deducida por la defensa del favorecido; la condena que le fue impuesta; y la indebida incorporación de sujetos procesales y conductas delictivas con posterioridad a la construcción de la imputación penal, la instrucción, la acusación y el juzgamiento.

De igual manera, solicita la nulidad de la ejecutoria suprema, que declaró no haber nulidad en la condena; y que se ordene: (iii) la inaplicación de la Ley 29758, que incorporó la agravante “defraudación patrimonial al Estado” en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal; (iv) la inaplicación de la Ley 30111, del 26 de noviembre del 2013, en el extremo que regula la colusión simple; y (v) se ordene la inmediata libertad del favorecido.

Alega la recurrente que las resoluciones judiciales cuya nulidad se demanda presentan violaciones al orden constitucional, lo cual justifica la necesidad de un remedio en vía constitucional. Asevera que lo apreciado no se condice con el histórico tratamiento que la Constitución Política del Estado, los tratados internacionales y las leyes nacionales les han dado a los principios de retroactividad benigna, legalidad, combinación de leyes, igualdad ante la ley, derecho de defensa y debida motivación de las resoluciones judiciales.

Sostiene la recurrente que en la sentencia de primer grado, que condenó al favorecido, se aplicó la Ley 29758, del 21 de julio de 2011, para juzgar hechos ocurridos entre los años 1999 y 2006, lo cual, lejos de beneficiar al favorecido, don Alexander Martín Kouri Bumachar, lo perjudicó, toda vez que dicha ley modificó por tercera vez el artículo 384 del Código Penal, que tipificaba el delito de colusión simple.

⁴ Foja 1641.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

Puntualiza que al favorecido se le aplicó el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, a espaldas de lo dispuesto por la legislación nacional y los tratados internacionales que rigen en nuestro país desde 1920. Es decir, de manera arbitraria y flagrantemente prevaricadora se le condenó por el delito de colusión agravada, a sabiendas de que dicho tipo penal no tenía existencia jurídica entre los años 1999 y 2006. En todo caso, sostiene que se le debió aplicar al favorecido la Ley 30111, del 26 de noviembre de 2013, en virtud del principio de combinación de leyes, tal como se señala en diversos acuerdos plenarios de obligatorio cumplimiento. Lo que, además, habría determinado un cumplimiento en exceso del plazo de prescripción.

Refiere también que a los coprocesados del favorecido, a quienes se les imputó la comisión de los mismos hechos, se les excluyó del proceso penal, lo que fue confirmado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el R.N. 1109-2014 LIMA, de fecha 9 de junio de 2015. Sin embargo, en su caso sí se procedió a formalizar la acusación penal, lo que vulneró el principio de igualdad ante la ley.

Manifiesta además que, finalizado el juicio oral y ante el archivamiento de los procesados (*extraneus* – particulares), originales al proceso, señores Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Lowry Gazzini, con la consiguiente imposibilidad de construir un fallo condenatorio del delito de colusión, la Sala superior demandada, a solicitud de la Fiscalía, incorporó a sujetos no procesados ni acusados, para construir un fallo condenatorio del delito de colusión (señores Augusto Dall’Orto Falconi y Roberto Dall’Orto). Al respecto, asevera que al favorecido no se le otorgó ninguna posibilidad de contradecir dichas premisas de colusión con sujetos ajenos al proceso, afectando así su derecho de defensa.

Finalmente, aduce que las resoluciones judiciales cuestionadas adolecen de una debida motivación, debido a que: i) no justifican la aplicación de una norma penal que no estaba vigente al momento de los hechos; ii) no establecen razones para condenar al favorecido sin que se haya acreditado la presencia del *extraneus* o particular que exige el delito de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

colusión; y iii) se contradicen con lo expuesto en el R.N. 1109-2014 LIMA, que indica que no existió en el caso de autos perjuicio patrimonial para el Estado .

El Quinto Juzgado de Penal de San Juan de Lurigancho, con fecha 4 de diciembre de 2017 (f. 400), declara improcedente *in limine* la demanda⁵. La Sala Mixta de Vacaciones de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante resolución de fecha 15 de febrero de 2018, confirma la apelada⁶.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 24 de abril de 2019, recaído en el Expediente 01531-2018-PHC/TC⁷, ordena la admisión a trámite de la demanda.

El Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Permanente de San Juan de Lurigancho, mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2021⁸, admite a trámite la demanda.

El procurador público adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente, sosteniendo que se debe tener en cuenta que la competencia para dilucidar la responsabilidad penal, la valoración de medios probatorios y la determinación de la pena, es exclusiva de la justicia ordinaria. Además, conforme a lo dispuesto en la sentencia de fecha 30 de junio de 2016, así como a información de conocimiento público, el favorecido habría cumplido con la condena que le fue impuesta y se ha efectivizado su inmediata libertad, por lo que ha operado la sustracción de la materia⁹.

El Sexto Juzgado Penal Unipersonal de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante sentencia, Resolución

⁵ Foja 400.

⁶ Foja 512.

⁷ Foja 1058.

⁸ Foja 1371.

⁹ Foja 1499.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

20, de fecha 20 de junio de 2022¹⁰, declara infundada la demanda, por considerar que el favorecido ha sido denunciado, procesado, acusado y condenado por un hecho que se encuentra debidamente delimitado en la ley penal como delito, como lo es la colusión desleal, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal modificado por la Ley 26713. Afirma que, si se le hubiera aplicado al beneficiario la Ley 30111, esta le hubiera sido desfavorable, ya que se le hubiera aplicado una pena en peor. Argumenta que a la fecha de emisión de las sentencias cuestionadas no habría operado la prescripción de la acción penal, pues en caso de funcionarios públicos, el plazo se duplica y la prescripción habría operado recién en el año 2024.

Sostiene además que no se aprecia vulneración del derecho de defensa, pues el favorecido estuvo en todo momento informado de los cargos imputados, y tuvo la posibilidad de declarar y defenderse de la acusación de una modalidad delictiva determinada. Agrega que a la fecha el favorecido se encuentra en libertad, al haber cumplido la totalidad de su pena, el 29 de junio del 2021.

Finalmente, arguye que lo que se pretende, en puridad, no es otra cosa que buscar que en vía constitucional se disponga la anulación de dos sentencias emitidas en contra del favorecido; a pesar de que, conforme se tiene de los anexos que obran en autos, se aprecia que están debidamente fundamentadas. Por tanto, concluye que no es atendible la pretensión de un reexamen del contenido de los medios probatorios detallados en la resolución materia de cuestionamiento, y que han sido analizados en la vía ordinaria.

La Segunda Sala Penal de Apelaciones Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante Resolución 524, de fecha 22 de agosto del 2022¹¹, confirma la sentencia que declaró infundada la demanda. Sostiene que lo realmente pretendido es que se declare la inconstitucionalidad de la condena impuesta al favorecido por colusión, con el alegato de que no se ha probado

¹⁰ Foja 1950.

¹¹ Foja 2034.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

concertación con algún particular, pese a que es un delito de encuentro. Estima que de los fundamentos de las resoluciones cuestionadas, se aprecia que estas motivaron suficientemente sus argumentos para aplicar la norma penal a la conducta ilícita del favorecido, por lo que no se observa algún vicio de motivación que produzca una eventual trasgresión de sus derechos fundamentales.

Añade que no existe vulneración del derecho de defensa, toda vez que las partes han tenido la oportunidad de ofrecer los medios probatorios que a su derecho convenía y, en relación con el acto de concertación que se habría cometido con los señores Augusto Dall'Orto Falconi y Roberto Dall'Orto Lizárraga, este fue materia del debate, por lo que no era ajeno al conocimiento de la defensa y del favorecido. Por todo ello, concluye que no es de competencia de la justicia constitucional atender los requerimientos del favorecido, ya que en este proceso no existe actuación probatoria.

Aduce la Sala revisora que el proceso constitucional de *habeas corpus* no debe ser utilizado como vía indirecta para revisar una decisión jurisdiccional penal, en la medida en que esta implica un juicio de reproche sustentado en actividades de investigación y de valoración de pruebas; por lo que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Finalmente, enfatiza que la presente demanda de *habeas corpus* desde su sustanciación ha sido resuelta dentro de un plazo prudente, atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la situación presentada por la pandemia.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se declare la nulidad de: (a) la sentencia de fecha 30 de junio de 2016, en los extremos que se pronuncia sobre la excepción de prescripción deducida por la defensa don Alexander Martín Kouri Bumachar; la condena de cinco



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de colusión desleal; la indebida incorporación de sujetos procesales y conductas delictivas con posterioridad a la construcción de la imputación penal, la instrucción, la acusación y el juzgamiento; y, (b) la resolución suprema de fecha 6 de julio del 2017, que declaró no haber nulidad en la sentencia condenatoria dictada en contra del favorecido (Expediente 88-2008 (85-2008) / R.N. 1842-2016); y que, en consecuencia, se ordene: (a) la inaplicación de la Ley 29758, que incorporó la agravante “defraudación patrimonial al Estado” en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal; (b) la inaplicación de la Ley 30111, del 26 de noviembre del 2013, en el extremo que regula la colusión simple; y, (c) se ordene la inmediata libertad del favorecido.

2. Se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, en conexidad con la libertad personal.

Análisis del caso concreto

Cuestión procesal previa y emisión de pronunciamiento en el presente caso

3. El objeto de los procesos constitucionales de la libertad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, es la protección de los derechos constitucionales, ya sean de naturaleza individual o colectiva, y cuando se trata de conductas constitutivas de actos inconstitucionales, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.
4. En el presente caso, se advierte que la parte recurrente solicita la nulidad de la sentencia condenatoria y de su confirmatoria, por las que don Alexander Martín Kouri Bumachar fue condenado por el delito de colusión y fue internado en el Establecimiento Penitenciario Ancón II, razón por la que solicita su inmediata excarcelación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

5. Este Tribunal Constitucional, sin embargo, aprecia de la búsqueda del Servicio de Información Vía Web de la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, específicamente de la Ubicación de Internos N° 417511, que don Alexander Martín Kouri Bumachar actualmente no se encuentra recluso en ningún establecimiento penitenciario. Asimismo, de la revisión de Antecedentes Judiciales de Internos N° 417514, se tiene que el favorecido egresó del Establecimiento Penitenciario Ancón II con fecha 29 de junio del 2021, tras el cumplimiento de la pena. Es decir, a la fecha, las sentencias materia de cuestionamiento en el presente proceso ya no tienen efectos jurídicos sobre la libertad personal del favorecido.
6. En las circunstancias descritas y de manera preliminar se podría concluir que en el presente caso no existe necesidad de emitir pronunciamiento de fondo, al haberse producido la sustracción de la materia por el cese de los hechos que en su momento sustentaron la interposición de la demanda, de fecha 24 de noviembre del 2017.
7. Sin embargo, dada la naturaleza de los hechos producidos y la trascendencia de lo acontecido en el caso de autos, particularmente en relación con los alegados efectos o consecuencias que, según alega la parte demandante, se habrían producido de forma continua en su perjuicio, incluso hasta la fecha -sobre la base de resoluciones judiciales que, a consideración suya, son inconstitucionales – y de forma sobreviniente en el devenir del presente proceso, este Tribunal Constitucional considera necesario analizar la controversia planteada y evaluar si se produjeron las presuntas vulneraciones alegadas en la demanda, o no.
8. En las circunstancias descritas, este Tribunal Constitucional pasará a desarrollar su análisis y consideraciones sobre los cuestionamientos y petitorio planteados por el recurrente en su demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

Cuestionamientos y petitorio planteados por el recurrente en su demanda

a) Sobre la alegada aplicación de acuerdos plenarios y supuesta afectación del derecho a la igualdad

9. La demandante aduce, en un extremo, que al favorecido se le debió aplicar la Ley 30111, de 26 de noviembre de 2013, en virtud del principio de combinación de leyes, tal como se señala en diversos acuerdos plenarios de obligatorio cumplimiento.
10. Al respecto, este Tribunal ha enfatizado, en reiterada jurisprudencia, que la aplicación o inaplicación de los acuerdos plenarios al caso en concreto y en sede penal es un asunto que compete a la justicia ordinaria (cfr. resoluciones de los expedientes 03725-2009-PHC/TC y 03980-2010-PHC/TC), y en principio ello no debe ser visto en sede constitucional, salvo que dicha aplicación devenga contraria a la Constitución o a los derechos y principios que esta reconoce.
11. De otro lado, la demandante denuncia la vulneración del principio de igualdad, debido a que únicamente al favorecido se le emitió acusación fiscal, mientras que a sus coprocesados se les excluyó del proceso penal, al declarar que no había mérito a pasar a juicio oral respecto de estos, lo cual fue confirmado mediante R.N. 1109-2014 LIMA.
12. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ya ha dejado sentado que la audiencia de control de acusación, el juicio oral y el auto de enjuiciamiento, en sí mismos, no agravan el derecho a la libertad personal, puesto que no inciden en una afectación negativa, directa y concreta en el mencionado derecho, que constituye materia de tutela del proceso constitucional de *habeas corpus*¹². En todo caso, la restricción de la libertad cuestionada por el recurrente en el presente caso se refiere, en estricto, a las resoluciones judiciales que lo condenan.

¹² Sentencia emitida en el Expediente 00122-2018-PHC/TC, fundamento 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

13. Por tanto, estos extremos de la demanda son improcedentes, en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, inciso 1, del derogado Código Procesal Constitucional), que dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

b) Sobre la prescripción de la acción penal

14. La demandante sostiene, a fojas 15, que lo que tocaba, "en el peor de los casos", era que se sentenciara al favorecido por colusión simple, delito que al momento de la condena estaba sancionado con un máximo de seis años de pena privativa de la libertad (cfr. primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, según la redacción de la Ley 30111 del 2013). Alega que, debido a este monto de pena y a la antigüedad de los hechos, es evidente que, al momento de emitir la sentencia de condena, la acción penal ya había prescrito.
15. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional esclarece que la prescripción, "desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella". (Sentencia emitida en el Expediente 00616-2008-HC/TC, fundamento 6; también la emitida en el Expediente 02203-2008-PHC/TC, fundamento 2).
16. Asimismo, sobre el control constitucional de la prescripción de la acción penal, este Tribunal ha hecho las siguientes precisiones:

[L]a prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido esencial del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es por ello que muchas de las demandas de hábeas corpus en las que se ha alegado prescripción de la acción penal han merecido pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal [...].

Sin embargo, es preciso indicar que **no obstante la relevancia constitucional de la prescripción de la acción penal, el cálculo de dicho lapso requiere, en algunas ocasiones, una dilucidación de aspectos que no corresponde a la justicia constitucional.** En efecto, conforme al artículo 82º del Código Penal el cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa (en los demás casos). Como es de verse, **la determinación de la prescripción de la acción penal requerirá previamente dilucidar la fecha en la que cesó la actividad delictiva o el momento de la consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria.**

En caso de que la justicia penal hubiera determinado todos estos elementos que permiten el cómputo del plazo de prescripción, podrá cuestionarse ante la justicia constitucional la prosecución de un proceso penal a pesar de que hubiera prescrito la acción penal. En caso contrario, la pretensión deberá ser rechazada (sentencia del Expediente 00616-2008-HC/TC, fundamentos 10 a 12). [Resaltado y subrayado agregados].

17. En esa línea, este Colegiado considera que debe desestimarse este extremo de la demanda, en la medida en que no le corresponde efectuar una determinación o valoración sobre la fecha base para iniciar el cómputo del plazo de prescripción, así como sobre el lapso definido para la prescripción en el caso concreto, pues dichas determinaciones -de índole penal- son competencia de la justicia ordinaria.
18. Ciertamente, fue dicha judicatura la que motivó sus decisiones sobre este aspecto, en particular en el caso del favorecido, y fundamentó sus conclusiones. Al respecto, la Sala superior emplazada expuso lo siguiente al momento de resolver la excepción de prescripción de la acción penal planteada por la defensa del favorecido:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

(...) 10. El artículo 80º del Código Penal determina que la prescripción opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito que en este caso alcanza los 15 años y el último párrafo de dicha norma indica que en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del estado, el plazo se duplica y finalmente el artículo 83 del mismo cuerpo normativo indica que si hubo interrupción del término de prescripción, en todo caso la prescripción funciona cuando a ese máximo de la pena se agrega una mitad, que en este caso sería de 7 años y medio haciendo un total de 22 años y medio como plazo ordinario de prescripción que al dar cumplimiento al plazo duplicado que también establece el artículo 41º de la Constitución Política, estamos ante un prolongado término de prescripción que en este caso no ha operado aún, razones por las que debe declararse infundado el pedido¹³.

19. Por su parte, la Corte Suprema expresa lo siguiente sobre la prescripción de la acción penal en el caso de autos:

Cuadragésimo Sexto, a) Como se ha demostrado en los fundamentos de la presente sentencia, existe concierto entre el procesado Kouri Bumachar y los terceros interesados, que han ocasionado el perjuicio motivado. Nuestra interpretación de la ley penal aplicable en el tiempo, artículo 384º del Código Penal, modificado por la Ley 26713, que prevé una sanción de 3 a 15 años de pena privativa de libertad [...], coincide con el voto por Mayoría que es de aplicación cuando hubiera perjuicio patrimonial real demostrado como en el presente, siendo subsumible al caso, por cuanto los hechos datan de 1999 a marzo de 2006. c) Posteriormente, se reformó varias veces [...] y en el artículo único de la Ley N.º 30111, del veintiséis de noviembre de dos mil trece, estableciéndose que la Colusión simple es cuando no haya perjuicio con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, y Colusión agravada, cuando haya perjuicio patrimonial con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor a quince años, que no resulta aplicable por lo expuesto y porque tiene un extremo mínimo mayor que aquella¹⁴.

20. Así las cosas, este extremo de la demanda también debe ser declarado improcedente.

¹³ Foja 12 de la sentencia de primera instancia; foja 121 de autos.

¹⁴ Foja 145 de la sentencia; foja 396 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

c) Sobre la alegada aplicación retroactiva de la ley en el presente caso

21. La Constitución establece en sus artículos 103 y 139, inciso 11, lo siguiente:

Artículo 103º [...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo [...].

Artículo 139º Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

22. Conforme a ello, en nuestro ordenamiento jurídico rige, en principio, la aplicación inmediata de las normas. En el derecho penal sustantivo la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión (cfr. sentencia del Expediente 01300-2002-HC/TC, fundamento 7). Asimismo, la aplicación inmediata de las normas tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al procesado. Este principio constitucional cuenta con desarrollo expreso de nuestra legislación penal, y se ha previsto en el artículo 6 del Código Penal que: “si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”.

23. La parte demandante denuncia la violación del principio de irretroactividad de la ley (artículo 103 de la Constitución), ya que cuando en el año 2011 se incorporó al Código Penal (artículo 384, segundo párrafo) la agravante "defraudación patrimonial al Estado" al tipo penal de colusión, debió tomarse en cuenta que los hechos imputados al favorecido habían sucedido cinco años antes (año 2006), por lo que se ha aplicado retroactivamente la ley penal en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

perjuicio, y ha sido condenado por el delito de "colusión agravada"¹⁵. Así lo expresa la demandante:

[...] a nuestro patrocinado se le aplicó el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal a espaldas de lo dispuesto por la legislación nacional y los tratados internacionales (...). Es decir, de manera arbitraria y flagrantemente prevaricadora se le condenó por el delito de Colusión Agravada a sabiendas que no tenía existencia jurídica entre los años 1999 y 2006 lo cual es inaceptable en un Estado de derecho¹⁶.

24. Al respecto, es preciso citar los extremos pertinentes de la resolución suprema de fecha 6 de julio del 2017, sobre el Recurso de Nulidad 1842-2016, adoptada por la mayoría de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Así, en el apartado "Tipo penal aplicable"¹⁷, expone lo siguiente:

16. Conforme con la aplicación temporal de la Ley Penal, prevista en el artículo 6 de Código Penal: "La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictara una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva Ley".

17. **En el caso de autos, según la acusación fiscal, los hechos materia de imputación, tuvieron lugar desde el año 1999, fecha en la que se acordó declarar en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao hasta el año 2006, con la dación de la última adenda. Luego de los hechos se modificó el tipo penal, pero dichas modificatorias no resultan favorables al procesado, por cuanto el extremo mínimo de la modalidad agravada del delito de colusión, que es la aplicable al caso, es de seis años de pena privativa de libertad, a diferencia del tipo penal vigente al momento de los hechos, que es de cinco años.**

18. En consecuencia, **la normativa aplicable es el tipo penal modificado por el Artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27**

¹⁵ Cfr. fojas 9 y 12.

¹⁶ Foja 12.

¹⁷ Foja 267 del expediente; fojas 16 y 17 de la sentencia suprema.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

de diciembre de 1996, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de tres ni mayor de quince años**". [Resaltado y subrayado agregados].

25. Este Tribunal Constitucional coincide con el criterio adoptado en dicha resolución suprema, en tanto el favorecido fue condenado por el delito de colusión con el texto del artículo 384 del Código Penal vigente desde 1996; esto es, al momento de la comisión de los hechos imputados al beneficiario (1996-2006), que sancionaba ese delito con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.
26. Así también lo reconoce hasta la propia defensa del favorecido, cuando, en el escrito denominado "Exp. N.º 1842-2016. Recurso de Nulidad. Solicito tener presente", que obra en el cuaderno de este Tribunal, se dice: "finalmente se acaba condenando a nuestro patrocinado mediante la aplicación del texto vigente del art. 384 CP al momento de ocurridos los hechos".
27. Adicionalmente a lo expuesto, se debe tomar en cuenta lo siguiente:
 - i) En la sentencia condenatoria de fecha 30 de junio de 2016, en la parte referida a la determinación de la pena¹⁸, se señala que el delito de colusión (Art. 384 CP) vigente al momento de la comisión de los hechos delictivos imputados al favorecido, establecía una pena de entre 3 a 15 años. En ese sentido, la Sala superior se refiere al delito de colusión, modificado por el artículo 2 de la Ley 26713, publicada el 27 diciembre 1996.

¹⁸ Fundamento 11.7, pág. 126 de la sentencia, foja 235.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

- ii) Asimismo, y a solicitud del Ministerio Público, se le impuso al favorecido una pena de 5 años privativa de libertad, dentro del margen de pena establecido para el delito de colusión, vigente al momento de la comisión de los hechos.
 - iii) La pena mínima del delito de colusión en su modalidad agravada, incorporado al Código Penal mediante el artículo único de la Ley 29758, publicada el 21 julio 2011, era de 6 a 15 años, y al favorecido se le condenó por 5 años, esto es, por debajo de dicho margen. Por tanto, no era posible aplicarle esta modificación, como sostiene erróneamente la demandante.
28. En consecuencia, tampoco se ha violado la prohibición de retroactividad de la ley, ya que el juzgador ha aplicado la ley penal vigente al momento de la comisión de los hechos que se le imputó al favorecido y no otra posterior, pues, como se advierte, la primera resultaba favorable al beneficiario.
29. Por estas consideraciones, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada.
- d) Sobre el derecho de defensa y el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales**
30. Al favorecido se le ha atribuido que, en su otrora condición de alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, intervino en todo el procedimiento previo, en el otorgamiento de la concesión y en la ejecución de la obra referida a la Vía Expresa del Callao, para presuntamente favorecer a la empresa CONVIAL CALLAO SA. Entre los diversos delitos presuntamente cometidos, se le atribuyó el delito de colusión desleal, previsto en el artículo 384 del Código Penal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

31. En la demanda se alega la violación del derecho de defensa en los términos siguientes¹⁹:

El delito de colusión desleal, al ser un delito de encuentro obliga a la existencia de una imputación conjunta, la cual vincula –indiscutiblemente– al funcionario público y al tercero (*extraneus*) interesado. Dicha imputación tiene una parte fáctica y una jurídica, la primera –que implica la necesaria identidad entre el autor y el tercero interesado– es inamovible, porque forma parte del objeto procesal. Al haber alterado la imputación conjunta, el Ministerio Público, lo que fue avalado por la Sala Penal Superior, ha alterado la parte fáctica, lo que afecta directamente el objeto procesal y, consiguientemente, el derecho a la defensa del beneficiario.

En este caso, se afectó el derecho de defensa, al incorporarse, concluido el juicio oral, otros sujetos particulares (*extraneus*), para arbitrariamente construir una nueva colusión y de esta forma concluir con el proceso penal y condenar a nuestro beneficiario, solicitando remitir copias al Ministerio Público para que inicien el proceso judicial contra los nuevos terceros particulares incorporados –Augusto Dall’Orto Falconi y Roberto Dall’Orto– éstos [sic] últimos también responsables bajo título de partícipe, sin ser acusados y juzgados.

32. Asimismo, sobre la presunta afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judicial, en la demanda se manifiesta lo siguiente²⁰:

[...] estamos en condiciones de asegurar que no solo ha sido motivada en hechos imposibles, lo cual de por sí constituye un vicio insalvable; sino que, por adición, no ha sido debidamente motivada en Derecho, lo cual es aún más inaceptable. [...] al contextualizar la imputación de Colusión Agravada los demandados fundamentaron como circunstancia agravante la "defraudación patrimonial al Estado" a pesar de que el único informe pericial contable que se actuó como prueba señalaba lo contrario, lo cual supone que estamos frente a una agravante que no se condice con la Casación 661-2016, la cual refiere a la prueba pericial contable como la prueba absoluta de base para para acreditar la Colusión Agravada. [...]

¹⁹ Foja 22.

²⁰ Fojas 24 a 26.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

[...] al contextualizar la imputación de Colusión Agravada los demandados prescindieron de los extraneus a pesar de tratarse de un delito de concertación de voluntades o encuentro, lo cual hace imposible que hubiera podido ser realizado por una sola persona, en este caso, nuestro patrocinado.

[...] no existe motivación en derecho que justifique como es que el coautor Gordillo Tordoya fue excluido del proceso, si las imputaciones que éste recibió son exactamente las mismas que las expresadas contra nuestro patrocinado.

[...] en ninguno de sus extremos encontramos una fundamentación táctica ni jurídica que justifique la decisión final en los siguientes extremos:

- El de la errada aplicación de la ley penal en el tiempo • El de la prescindencia de los extraneus a pesar de haber sentenciado un delito de encuentro y concertación de voluntades, solo factible con la participación dos partes: el extraneus (contratista) y el intráneos (funcionario público).
- El de la evidente contradicción con la resolución 1109-2014-Lima que emitió la Sala Penaf Permanente de la Corte Suprema en el desarrollo del mismo proceso, con el que se sustrajo del juicio oral al coautor y los cómplices primarios, en razón a que la celebración y ejecución del contrato no produjo perjuicio patrimonial alguno en agravio del Estado, según Informe Pericial Contable realizado por los peritos de la REPEJ con fecha 11 de julio 2011.
- El de la evidente contradicción entre los resultados de la pericia contable (Exp No 85-2008) del 11 de julio del 2011 que se actuó como prueba y la condena por Colusión Agravada.

33. Es preciso mencionar que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, contempla los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. En consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Fundamental establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

34. Por su parte, en cuanto al derecho de defensa reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución, este garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (sentencia emitida en el Expediente 01230-2002-HC/TC).
35. No obstante, en cuanto al caso concreto y con relación a las alegaciones de la parte recurrente, conviene recordar y resaltar que este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que no es función del juez constitucional proceder a la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal; a la calificación específica del tipo penal imputado; a la resolución de los medios técnicos de defensa; a la realización de diligencias o actos de investigación; a efectuar el reexamen o revaloración de los medios probatorios, así como al establecimiento de la inocencia o responsabilidad penal del procesado, pues, como es evidente, no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, siendo ello tarea exclusiva del juez ordinario, que escapa a la competencia del juez constitucional, salvo que el sustento sea manifiestamente irrazonable o se afecte derechos fundamentales de forma evidente²¹. No corresponde a la jurisdicción constitucional decidir causas propias de la jurisdicción ordinaria, conforme al principio de reserva de jurisdicción que les atribuida al Poder Judicial, conforme al artículo 139, inciso 1 de la Constitución, que prevé como principio de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad. Por tanto, lo

²¹ Sentencia emitida en el Expediente 02758-2004-HC/TC, fundamento 8.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

pretendido resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de *habeas corpus*.

36. De lo expuesto, se advierte entonces que este extremo de la demanda deviene también improcedente, habida cuenta de que la demandante cuestiona, en rigor, la valoración de los medios probatorios, así como el razonamiento jurisdiccional de los jueces emplazados que condenaron al beneficiario. Ello porque aduce que se incorporó indebidamente a otros *extraneus* luego del juicio oral; que se condenó penalmente solo al favorecido y no a los *extraneus*, aun cuando se trata de un delito de colusión, que supone una concertación; que existe contradicción entre la pericia contable precitada y la condena al beneficiario; entre otros argumentos de naturaleza valorativa en el ámbito penal; cuestionamientos que, a todas luces, rebasan el análisis constitucional y deben ser desestimados, por ser competencia propia del juez ordinario, además de que no aprecia vulneración de derechos o un proceder irrazonable.
37. Asimismo, se observa que si bien la parte demandante denuncia la afectación a su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conjuntamente con su derecho a la defensa, en realidad, su verdadera pretensión es otra, pues durante el *iter* procesal del presente *habeas corpus*, se advierte una serie de cuestionamientos a la valoración de las actuaciones probatorias y consideraciones de la judicatura ordinaria, que apuntarían a su vez a objetar los puntos resolutivos en los que se concluye, y que se relacionan en estricto con la determinación de responsabilidad penal del involucrado, a pesar de que los órganos jurisdiccionales competentes que se pronunciaron en este caso desarrollaron su argumentación motivando la decisión que adoptaron y la incluyeron en sus sentencias correspondientes.
38. Así, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en su sentencia de fecha 30 de junio de 2016 (f. 111), expone que existiría, por parte del beneficiario, evidencia suficiente de que habría favorecido al consorcio CCCSA (después



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

CONVIAL CALLAO SA) para que obtenga la concesión del proyecto, aunque no se habría identificado, hasta ese momento, a los terceros con quienes habría realizado el acuerdo defraudatorio. Asimismo, entre otros asuntos, dicha Sala sostiene que no hay afectación del derecho de defensa por la variación en la determinación del *extraneus* (la fiscalía superior, en sus conclusiones del juicio oral, varió su tesis persecutoria y determinó que el acuerdo colusorio se habría realizado presuntamente entre el favorecido y los señores Augusto Dall'Orto Falconi y Roberto Dall'Orto Lizárraga), pues los cargos de imputación del autor (esto es, el demandante en su calidad de funcionario público) se mantienen y han sido uniformes desde el inicio. En ese sentido, la Sala indica lo siguiente:

7.97. Estas consideraciones nos derivan en la **existencia de abundante evidencia referencial sobre el acuerdo colusivo que se habría producido entre Kouri Buchamar y el representante del Consorcio CCCSA, para beneficiar a dicha empresa**, lo que en realidad no personaliza al beneficiario, aun cuando están identificados los representantes de la empresa, en efecto **se mencionó inicialmente a Ángel Guasco y Lowry Gazzini (ambos gerentes), los mismos que fueron excluidos del proceso pero tampoco son los beneficiados directos con la concesión, por tanto es esencial determinar quien o quienes serían los directos beneficiados** de esos actos de concertación defraudatoria, lo que deriva en las conclusiones a las que arriba el Ministerio Público en su requisitoria oral, concluido el debate judicial. Lo que queda claro es que se benefició al CCCSA, hecho denunciado y reiterado a través de todo el proceso penal:

[...]

8.2. Evidentemente **esta variación tiene efecto inmediato en el derecho de defensa, debido a que el procesado que planteó su defensa en función de determinadas condiciones materiales**, se ve sorprendido por una variación en el planteamiento del caso por parte del titular de la acción penal, por tanto tenemos tres opciones: i) concluir el caso como estaba inicialmente planteado e ignorar lo que señala la Fiscalía, situación que eventualmente puede derivar en impunidad; ii) admitir esas nuevas condiciones fácticas, retroceder el proceso y luego de un debate en las nuevas condiciones planteadas, y decidir el caso; iii) concluir el proceso penal respecto del acusado Kouri Bumachar y remitir copias al Ministerio Público para que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

inicien el proceso judicial contra los terceros particulares mencionados.

[...]

9.1. Conforme hemos descrito **el Ministerio Público en la acusación oral** a la conclusión del debate, **ha sostenido una variación trascendental en la imputación fáctica, en efecto dice que los actos de concertación habrían sido con Augusto Dall'Orto Falconi y Roberto Dall'Orto Lizárraga, debido a que serían ellos los directamente beneficiados con la concesión** y teniendo en cuenta la vinculación de parentesco que existe entre estas personas y Kouri Buchamar. Esta sustancial variación origina que el presupuesto fáctico acusatorio inicial haya sido dejado de lado y se plantee uno nuevo a la conclusión del debate oral, **no obstante dicha variación no modifica la conducta atribuida al acusado Kouri Buchamar desde el inicio del proceso, esto es haber concertado con los interesados particulares, para otorgar la buena pro en el concurso público de concesión convocado por su representada, situación que debe ser evaluado procesal y sustancialmente.**

9.2.- En efecto, la imputación penal tiene que ser concreta, puntual, precisa y definida, es parte de la seguridad jurídica y del idóneo ejercicio del derecho de defensa, **en este caso esa imputación es concreta, constante y definida. respecto de actos colusorios los que habría incurrido Kouri Bumachar, para favorecer a CCC5A en el otorgamiento de la concesión para la construcción de la Vía Expresa Callao, lo que ha variado es la identidad del operador u operadores intervinientes en este hecho colusorio, vale decir el extraneus, la persona o personas con las que el acusado Kouri Bumachar se coludió para favorecer en este concurso público y la contratación, la identidad de éstos no fue definida sino hasta el final del debate oral, [...].**

[...]

9.5.- [...] En este caso la defensa ha sido idónea, suficiente y clara, en función del punto esencial del debate, esto es **la colusión del Alcalde para favorecer al consorcio, extremo que no ha variado y es constante y en todo caso la variación de las personas intermediarias en esos actos colusorios, no trasciende mas (sic) allá de una precisión de personas, cuando el hecho es el mismo.**

9.6.- La posibilidad de defensa idónea, se ve perjudicada cuando la imputación no es definida y debidamente configurada y se traduce en un deficiente ejercicio de defensa, [...]. Condiciones que en este caso no se dan debido a que **el planteamiento del caso es claro, preciso y**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

contundente, conforme reiteramos, lo que varía son los operadores extraneus, lo que no significa que no haya extraneus.

9.10.- Una imputación concreta, en el delito de colusión ilegal, no puede obviar, ni escatimar y mucho menos ignorar, la necesaria intervención de un contratista beneficiado, en este caso, el consorcio CONVIAL CALLAO SA, que obtuvo la buena pro, pero si **pueden variar, conforme avanzan los debates, la identidad de las personas que en representación de la empresa participan de dicha concertación, pues es perfectamente viable que surjan nuevas personas, tanto en la entidad pública, como en la empresa contratista, que hayan estado involucrados en el hecho delictivo, situación que deberá ser resuelta bajo las condiciones antes descritas, retrocediendo el proceso para incluir a los nuevos involucrados, si la etapa procesal admite, adecuando o acomodando a la etapa procesal en que se encuentra el caso, o sencillamente concluir el proceso ya avanzado y luego procesar y decidir la situación jurídica de los recién descubiertos involucrados en el hecho.**

9.11. **En este caso se ha presentado esta última opción, debido a que el Ministerio Público, como resultado del debate en el plenario ha concluido que los interlocutores del acusado Kouri Bumachar en el concierto ilegal para favorecer al Consorcio CCCSA, con el otorgamiento de la buena pro en el concurso público convocado por la Municipalidad Provincial del Callao, serían Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga, por tanto tiene fundadas sospechas que habrían sido los que se concertaron con el funcionario público acusado y solicita que se les procese, condición que por cierto no corresponde a la línea inicial de la acusación fiscal, pero que debido a las novedades que se presenta en el debate penal de juzgamiento se originan y permiten sostener la inicial imputación contra el procesado por colusión desleal, significa esto que el comportamiento del servidor público se mantiene, pero surgen nuevos personajes con los que se habría puesto de acuerdo en su afán colusorio, defraudando al Estado, en este caso representado por la Municipalidad del Callao**

9.12. **Esta nueva determinación de los extraneus intervinientes, no afecta el derecho de defensa en tanto los cargos de imputación contra el servidor público se mantiene, pues no se ha variado en ningún caso que el acusado se ha coludido para beneficiar al consorcio CCCSA, [...].**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

9.21. [...] es factible jurídicamente condenar al servidor público por delito de colusión desleal en agravio del Estado, con la sola condición de haberse mencionado al tercero interesado, aun cuando sus operadores no estuviesen procesados, [...].

9.23.-Igualmente es menester señalar que el tipo penal requiere, esencialmente que la conducta del servidor público, tenga las condiciones que describe el tipo penal, voluntad y conciencia de defraudar al Estado para beneficiar a un tercero, utilizando el cargo o comisión pública especial, para lo cual entra en concierto, acuerdo o pacto con un tercero particular, el que por diversas razones puede no haber sido comprendido en el proceso o no ser procesado o habiéndolo sido, no se concluyo (sic) el proceso contra él, por diversas razones. [...].

9.24.- **En el presente caso se ha establecido de manera probada y razonable que hubo favorecimiento reiterado, evidente y recurrente al Consorcio CCCSA por parte del ex Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, sin embargo la determinación del operador particular del concierto ilegal, inicialmente fue errado,** pues los intervinientes en la acción no fueron los representantes legales del Consorcio en mención, como se señaló en la denuncia y la acusación antes del juicio oral, sino serían los accionistas de dicho Consorcio, personas que deben ser investigadas y procesadas como corresponde, [...].

10.- CALIFICACION JURIDICA DE LA PARTICIPACION DEL ACUSADO.

[...]

10.2.-Se menciona que es autor del delito de colusión, el servidor público que actúa directamente en el ejercicio de su función, en cualquier forma contractual, defraudando al Estado y beneficiando a tercero previo acto de concertación, lo que deriva en la necesidad de determinar que el servidor público imputado tenga vínculo con el hecho formal de contratación, directa vinculación, en este caso quienes directamente reciben los documentos de las propuestas y admiten a los postores, son los miembros de la comisión de recepción de propuestas y quienes otorgan la buena pro son los miembros del comité de concesión, por tanto serian ellos los servidores directamente vinculados con la contratación y por tanto autores del delito de colusión.

10.3.- Ya se ha establecido que esas personas miembros de dichos Comités, no tienen responsabilidad penal, sin embargo queda el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

principal servidor de la Municipalidad, **el Alcalde Provincial del Callao**, quien no formó (sic) parte de ninguno de los Comités, sin embargo **fue quien designó (sic) a los miembros de los comités, fue quien declara en emergencia la red vial del Callao, fue quien convocó (sic) al concurso de concesión y es quien firma el contrato preparatorio**, como resultado de los actos de concertación ilegal que desarrolló (sic) directamente con representantes del consorcio favorecido, además de ser directo responsable del favorecimiento ilegal con el que se benefició (sic) el consorcio en las negociaciones (adendas) que se celebraron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y la suscripción de los contratos, **por tanto está directamente vinculado, como funcionario público, con todo el proceso realizado para otorgar la concesión y las condiciones de ilegalidad en que se otorgó la buena pro así como el proceso de ejecución, lo que determina que su participación en estos hechos tenga la condición de autor**.

10.4.- Es en esa condición que ha sido considerado desde la denuncia fiscal, condición en la que se ha sometido al proceso penal y ha concurrido al debate penal, debiendo excluirse esa inicial condición que también se le atribuyo, la de inductor, por ausencia de inducidos a quienes se les ha sobreesido la causa.

10.5.- De todas estas consideraciones **llegamos a una conclusión, ineludible, convincente y sin lugar a ninguna duda, que Alexander Kouri Bumachar es responsable del delito de colusión desleal en agravio del Estado, en calidad de autor**, por tanto debe ser sancionado penalmente. [Resaltado agregado].

39. Posteriormente, luego de que la defensa del favorecido interpuso recurso de nulidad, la mayoría de los magistrados de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante resolución de fecha 6 de julio del 2017 (f. 1641), confirmó la condena impuesta, coincidiendo en sostener que no hubo vulneración del principio acusatorio, del derecho de defensa, entre otras conclusiones. Así, en la resolución se argumenta lo siguiente:

31. **La primera exigencia de este delito de infracción de deber, es que el sujeto activo sea un sujeto cualificado. En este caso vendría a ser el funcionario público, [...]. [...] este elemento se encuentra debidamente acreditado, pues al momento de la comisión de los hechos el procesado Kouri Bumachar desempeñaba la, función**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

pública de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao;
[...].

32. Segundo, el funcionario público, debe intervenir en el contrato por razón de su, cargo. En el caso concreto, el ex Alcalde Alexander Kouri Bumochar, **actuó como representante de la Municipalidad Provincial del Callao, desde el acuerdo de declaratoria de emergencia, convocatoria al concurso público, adjudicación y suscripción de contrato de concesión y adendas;** [...].

[...]

36. La acreditación del acuerdo colusorio se debe evaluar a la luz de la prueba indiciarla, para probar la ocurrencia de este elemento [...].

[...]

100. **Todas las acciones realizadas por el recurrente** en concierto con los interesados, defraudaron al Estado, **se produjeron desde el inicio y en el transcurso del contrato de concesión, se encuentran debidamente analizadas y constituyen indicios probados, plurales, concomitantes e interrelacionados,** conforme lo exige la Ejecutoria Vinculante número 912-2010; por lo que, acreditan en grado de certeza, que surgieron como consecuencia de la concertación entre el procesado y los interesados.

[...]

104. En conclusión, solo a través de un acto colusorio entre los que intervinieron en el proceso de concesión (funcionario público e interesados), pudo ser posible que: a) Se le otorgue la buena pro a la empresa CONVIAL CALLAO S.A. b) Se modifiquen en múltiples oportunidades los términos del mencionado proceso, retrasando la realización de la obra final, por ello, a través de los criterios de sana crítica se determina en grado de certeza que existió colusión por parte del acusado con los extraneus.

[...]

106. De lo expuesto, se ha determinado que **el momento de concertación se produjo, días anteriores al 21 de junio de 1999,** fecha en la que, a través de la Resolución de Alcaldía N.º 000180, del Callao; se convocó a concurso público de Proyectos Integrales para la ejecución de la vía Expresa del Callao, se elaboraron las Bases Generales del contrato y se conformaron los miembros que integrarían el comité de concesión y el último con fecha anterior al 3 de marzo de 2006 en que se produjera la última adenda.

[...]

108. Se debe precisar, que **si bien, los inicialmente imputados como terceros interesados-cómplices primarios del delito de colusión, fueron Mario Ernesto Ángel Guaseo y Javier Roberto Lowry Gazzini, se ha determinado que la colusión se produjo con los**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

familiares del procesado Kouri Bumochar, Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizórrago, por cuanto, se valoraron todos los medios de prueba señalados y debidamente apreciados por este Supremo Tribunal; [...].

[...]

111. Los medios de prueba que acreditan el perjuicio ocasionado al patrimonio del Estado, han sido citados en el informe especial N. 172- 2007-CG/OEA elaborado por la Contraloría General de la República, [...].

[...]

117. En conclusión, la prueba en el delito de colusión implica la acreditación de los elementos del tipo penal, lo que en el caso concreto se ha producido. **Las acciones del procesado Kouri Bumachar han configurado el tipo penal de colusión**, demostrándose que: fue funcionario público, Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao quien, interviniendo por razón de su cargo se coludió con los interesados para defraudar al Estado.

[...]

118. La defensa técnica del procesado Kouri Bumachar argumentó que la Sala vulneró el principio acusatorio, derecho de defensa y a la prueba, [...].

[...]

137. [...], **la Sala** no se atribuyó competencias exclusivas del Ministerio Público, como el acusar de forma repentina y vulnerar el derecho de defensa del procesado, sino que **individualizó a los interesados Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga a partir de la imputación que sí realizó el Fiscal y que se derivan de las sesiones anteriores del juicio oral**, por ello, se aprecia del examen del procesado Kouri Bumachar y **la defensa pudo ejercer el contradictorio respecto a este punto**, y así lo hicieron [...]. En este sentido, **delimitada expresamente su participación, los hechos imputados así como el tipo penal, la posibilidad de defensa del procesado estuvo vigente durante todo el proceso**, no viéndose vulnerado.

138. Entonces, **no se vulneró el principio acusatorio**, pues existe una acusación formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional, siendo el imputado condenado por los mismos hechos a los acusados, pues en lo esencial (que se coludió para defraudar el Estado) no varió.

[...]

141. En este sentido, primero, no existe afectación al principio acusatorio que a la vez vulnera el derecho de defensa, pues, **están delimitados la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, definidos detalladamente en la acusación y que no**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

han variado; segundo, no se alteró la identidad de los actos de ejecución delictiva investigados y la homogeneidad del bien jurídico tutelado, pues la participación del procesado Kouri Bumachar se ha mantenido así como la lesión al correcto funcionamiento de la Administración Pública que ocasionó con su actuar ilícito se encuentran debidamente especificados **y sobre los extraneus Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga se conoció su participación desde incluso antes de la acusación y la defensa técnica y material tuvo la oportunidad de contradecir su participación, como lo hizo efectivamente en el juicio oral**, lo cual permite concluir que no se generó indefensión y por el contrario se cumplió con los requerimientos del principio de imputación necesaria; por ende, devienen en inatendibles los argumentos de la defensa.

142. De igual forma, **este Supremo Tribunal valoró los elementos de prueba existentes que han permitido establecer de forma categórica la existencia del acto colusorio, por lo que, aceptar los argumentos de la defensa sobre su inexistencia, significaría desconocer la realidad de los hechos y establecer por encima de ellos formalismos** que a todas luces son contrarios a una libre valoración de la prueba.

[...]

147. En el caso concreto, la situación jurídica fue resuelta sobre los procesados imputados como particulares interesados en el delito de colusión, pero no así, del procesado recurrente Kouri Bumachar; por lo que **no es lógico estimar que de una resolución absolutoria a los investigados como los interesados (extraneus) se deduzca la inocencia del encausado**, deviniendo en inatendibles sus argumentos. [Resaltado agregado].

40. Por lo expuesto, queda corroborado que ambas instancias de la judicatura ordinaria se pronunciaron, en el marco del proceso penal contra el favorecido, sobre diversos temas en los que a este Tribunal Constitucional no le corresponde intervenir, pues forman parte del ámbito de competencia propia del Poder Judicial (tales como la tipicidad penal objetiva, la valoración de los medios probatorios sobre la responsabilidad penal del encausado, la factibilidad de la variación de la determinación de los *extraneus*, etc.). Se observa además que incluso dichos órganos judiciales emitieron sus consideraciones sobre la alegada afectación de los derechos a la debida motivación y a la defensa del beneficiario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

41. Frente a dos tesis extremas: (i) el TC no puede ingresar a determinar si el juez ha seleccionado e interpretado correctamente la ley penal, y (ii) el TC puede fiscalizar con plena jurisdicción si el juez ordinario ha errado al seleccionar e interpretar la ley penal; este Colegiado asume una doctrina intermedia: el Tribunal Constitucional puede tutelar frente a violaciones manifiestas del derecho a la legalidad penal, como derecho subjetivo de los ciudadanos²². En consecuencia, no le corresponde determinar cuál es la selección correcta de la normatividad penal, ni cuál es la interpretación jurídicamente correcta, pero sí está obligado a garantizar que la selección e interpretación del juez gire dentro de lo razonable.
42. En tal sentido, al tratarse de asuntos propios de la judicatura ordinaria, y porque se aprecia de la motivación que el juzgador ha alcanzado su convicción de una manera razonable y no arbitraria sobre una prueba de cargo suficiente, que desvirtúa la presunción de inocencia, este extremo de la demanda es improcedente, en aplicación de lo previsto en el artículo 7, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, que prescribe que: “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.
43. En consecuencia, luego de haberse desestimado (por ser improcedentes o infundado) los extremos antes mencionados de la demanda, cabe destacar que la constitucionalidad de las resoluciones judiciales cuestionadas ha sido convalidada por este Tribunal Constitucional y, por ende, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre la validez de aquellos efectos aún vigentes y que recaen sobre el favorecido a razón de lo dispuesto en dichas sentencias. Se debe precisar, por otra parte, que el beneficiario cumplió debidamente su condena impuesta sobre la base de su responsabilidad penal determinada en sede judicial.

²² Sentencia emitida en el Expediente 02758-2004-HC/TC, fundamentos 3 al 5.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
representado por CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO MIRANDA
LEÓN SEVILLANO-ABOGADOS

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los extremos referidos a la vulneración del derecho a la igualdad, a la prescripción de la acción penal, al derecho a la debida motivación y al derecho a la defensa.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del principio de irretroactividad de la ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto, me aparto de lo resuelto por mis colegas en mérito a las razones que a continuación expongo:

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de: (i) la sentencia de fecha 30 de junio de 2016 en los extremos que se pronuncia sobre la excepción de prescripción deducida por la defensa don Alexander Martín Kouri Bumachar; la condena de cinco años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de colusión desleal; la indebida incorporación de sujetos procesales y conductas delictivas con posterioridad a la construcción de la imputación penal, la instrucción, la acusación y el juzgamiento; y, (ii) la Resolución Suprema de fecha 6 de julio del 2017, que declaró no haber nulidad en la sentencia condenatoria dictada en contra del favorecido²³; y que, en consecuencia, se ordene: (iii) la inaplicación de la Ley 29758 que incorporó la agravante “defraudación patrimonial al Estado” en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal; (iv) la inaplicación de la Ley 30111, del 26 de noviembre del 2013, en el extremo que regula la colusión simple; y, (v) se ordene la inmediata libertad del favorecido.
2. Se alega la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, en conexidad a la libertad personal.

Sobre la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo

3. El objeto de los procesos constitucionales de la libertad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, es la protección de los derechos

²³ Expediente N° 88-2008 (85-2008) / R.N. N° 1842-2016.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

constitucionales, ya sean de naturaleza individual o colectiva, y por ende, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

4. En el presente caso, se advierte que la recurrente solicita la nulidad de la sentencia condenatoria y de su confirmatoria, por las que don Alexander Martín Kouri Bumachar fue condenado por el delito de colusión y fue internado en el Establecimiento Penitenciario Ancón II, razón por la que solicita su inmediata excarcelación.
5. Asimismo, se aprecia de la búsqueda del Servicio de Información Vía Web de la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, que de la Ubicación de Internos N° 417511, que Alexander Martín Kouri Bumachar no se encuentra recluido en ningún Establecimiento Penitenciario; así como, de Antecedentes Judiciales de Internos N° 417514, se tiene que el favorecido egresó del Establecimiento Penitenciario Ancón II en fecha 29 de junio del 2021 por cumplimiento de la pena. Es decir, a la fecha, las sentencias materia de cuestionamiento en el presente proceso ya no tienen efectos jurídicos sobre la libertad personal del favorecido.
6. Por lo expuesto, de manera preliminar se podría afirmar que, en el presente caso no existe necesidad de emitir pronunciamiento de fondo al haberse producido la sustracción de la materia por haber cesado los hechos que en su momento sustentaron la interposición de la demanda, esto es, 24 de noviembre del 2017.
7. Sin embargo, considero que las resoluciones judiciales que impusieron y confirmaron la condena del favorecido afectaron diversos derechos fundamentales, como se expondrá más adelante.
8. En ese entendido, en el presente caso se emitirá un habeas corpus de carácter innovativo²⁴, el cual además está reconocido

²⁴ Cfr. STC expediente 2663-2003-HC/TC, fundamento 6.g.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

legislativamente en el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, cuya parte pertinente señala lo siguiente:

(...) Si luego de presentada la demanda, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 27 del presente código, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan.

9. Dos argumentos adicionales abonan a la decisión de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso:

a) El caso de autos tuvo inicialmente rechazo liminar, lo que determinó que mediante recurso de agravio constitucional llegara a conocimiento del Tribunal Constitucional en una primera oportunidad²⁵. Al respecto, el Tribunal determinó declarar nulo todo lo actuado y que se admita a trámite la demanda, en razón a que se habría producido un rechazo liminar sin una adecuada investigación de los hechos alegados por el demandante²⁶.

Por tanto, la demora en la tramitación del presente proceso constitucional responde al indebido rechazo liminar de la demanda en que incurrió el Poder Judicial, como fue advertido por este Alto Colegiado.

b) Si bien la pena privativa de libertad impuesta al recurrente ha surtido plenamente sus efectos, deviniendo en irreparable este extremo, existen otros pronunciamientos en las sentencias

²⁵ Expediente 01531-2018-PHC/TC

²⁶ Auto de fecha 24 de abril de 2019.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

cuestionadas que todavía están vigentes, como es el punto referido a la reparación civil. En ese sentido, una decisión de este Colegiado sí tendría efectos en todos aquellos puntos de las sentencias que no se han cumplido en su totalidad.

Al respecto, conforme lo dispone el artículo 69 del Código Penal, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1453, vigente al momento de la ejecución de la sentencia impuesta al favorecido, *“el que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil”*.

En consecuencia, a pesar de que el beneficiario ha cumplido con el íntegro de la pena privativa de la libertad, no podrá tener la condición de rehabilitado en tanto no cumpla con cancelar de manera íntegra el monto de la reparación civil impuesta. Esta situación tiene relevancia constitucional porque la falta de rehabilitación le impide al favorecido restituir los derechos que se le restringieron con la emisión de la sentencia, además de la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales.

10. A continuación, pasaré a analizar los alegatos expuestos en la demanda.

Análisis del caso concreto

Cuestión previa

11. La demandante alega, en un extremo, que al favorecido se le debió aplicar la Ley 30111 del 26 de noviembre de 2013, en virtud al principio de Combinación de Leyes, tal como se señala en diversos acuerdos plenarios de obligatorio cumplimiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

12. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que la aplicación o inaplicación de los acuerdos plenarios al caso en concreto y en sede penal es un asunto que compete a la justicia ordinaria²⁷.
13. De otro lado, la demandante alega también la vulneración del principio de igualdad debido a que únicamente al favorecido se le emitió acusación fiscal, mientras que a sus coprocesados se les excluyó del proceso penal, al declarar que no había mérito a pasar a juicio oral respecto de estos, lo cual fue confirmado mediante R.N. 1109-2014 LIMA.
14. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ya ha señalado que la audiencia de control de acusación, el juicio oral y el auto de enjuiciamiento, en sí mismos, no agravan el derecho a la libertad personal, puesto que no inciden en una afectación negativa, directa y concreta en el mencionado derecho que constituye materia de tutela del proceso constitucional de habeas corpus²⁸. En todo caso, la restricción de la libertad cuestionada por el recurrente en el presente caso se refiere en estricto a las resoluciones judiciales que lo condenan.
15. Por tanto, estos extremos de la demanda son improcedentes, en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional, que señala que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Sobre la aplicación retroactiva de la ley

16. La Constitución establece en sus artículos 103 y 139, inciso 11, lo siguiente:

²⁷ Cfr. Resoluciones 03725-2009-PHC/TC y 03980-2010-PHC/TC.

²⁸ STC expediente 00122-2018-PHC/TC, fundamento 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

Artículo 103º. (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...).

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

17. Conforme a ello, en nuestro ordenamiento jurídico rige, en principio, la aplicación inmediata de las normas. En el derecho penal sustantivo la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión²⁹. Asimismo, la aplicación inmediata de las normas tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al procesado. Este principio constitucional cuenta con desarrollo expreso de nuestra legislación penal, estableciéndose en el artículo 6 del Código Penal que: *“si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”*.
18. La demandante alega la violación del principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103 de la Constitución, ya que cuando se incorporó al Código Penal³⁰, la agravante "defraudación patrimonial al Estado", el 2011, los hechos imputados al favorecido habían sucedido cinco años antes³¹, por lo que se ha aplicado retroactivamente la ley penal en su perjuicio, condenándolo por el delito de "colusión agravada"³² Así lo expresa la demandante:

²⁹ Cfr. STC 1300-2002-HC/TC, fundamento 7.

³⁰ Artículo 384, segundo párrafo.

³¹ 2006

³² Cfr. fojas 9 y 12.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

[...] a nuestro patrocinado se le aplicó el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal a espaldas de lo dispuesto por la legislación nacional y los tratados internacionales (...). Es decir, de manera arbitraria y flagrantemente prevaricadora se le condenó por el delito de Colusión Agravada a sabiendas que no tenía existencia jurídica entre los años 1999 y 2006 lo cual es inaceptable en un Estado de derecho³³.

19. Debido a que la demandante alega cuestiones de sucesión normativa respecto al artículo 384 del Código Penal, que contempla el delito de colusión, conviene tener presente las modificaciones que presenta dicho artículo en el período que va desde que ocurrieron los hechos supuestamente delictivos y el momento en que se dictaron las resoluciones cuestionadas por el presente hábeas corpus.

20. A este propósito, se tiene el siguiente cuadro:

Delito de colusión (Código Penal)

Ley 26713 (1996)	Ley 29703 (2011)	Ley 29758 (2011)	Ley 30111 (2013)
Artículo 384 El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u	Artículo 384 El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del	Artículo 384 El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta	Artículo 384 El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del

³³ Foja 12



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
 LIMA ESTE
 ALEXANDER MARTÍN KOURI
 BUMACHAR representado por
 CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
 SERVICIÓN Y RENZO PAOLO
 MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
 ABOGADOS

<p>organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."</p>	<p>Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."</p>	<p>con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.</p> <p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.</p>	<p>Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p> <p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."</p>
---	--	--	---

21. Al respecto, la Resolución Suprema de fecha 6 de julio del 2017, cuestionada en el presente caso, en el apartado "Tipo penal aplicable"³⁴ señala lo siguiente:

³⁴ Foja 267 del expediente; fojas 16 y 17 de la sentencia suprema.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

(...) 17. En el caso de autos, según la acusación fiscal, los hechos materia de imputación, tuvieron lugar desde el año 1999, fecha en la que se acordó declarar en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao hasta el año 2006, con la dación de la última adenda. Luego de los hechos se modificó el tipo penal, pero dichas modificatorias no resultan favorables al procesado, por cuanto el extremo mínimo de la modalidad agravada del delito de colusión, que es la aplicable al caso, es de seis años de pena privativa de libertad, a diferencia del tipo penal vigente al momento de los hechos, que es de cinco años [SIC].

18. En consecuencia, **la normativa aplicable es el tipo penal modificado por el Artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996**, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de tres ni mayor de quince años**" [énfasis agregado].

22. Como puede apreciarse, el favorecido fue condenado por el delito de colusión con el texto del artículo 384 del Código Penal vigente desde 1996, esto es, al momento de la comisión de los hechos, 1996-2006, que sancionaba ese delito con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.
23. Así lo reconoce hasta la propia defensa del favorecido, cuando, en el escrito denominado "Exp. N.º 1842-2016. Recurso de Nulidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

Solicito tener presente", que obra en el cuaderno del Tribunal Constitucional, se dice: "finalmente se acaba condenando a nuestro patrocinado mediante la aplicación del texto vigente del art. 384 CP al momento de ocurridos los hechos".

24. Adicionalmente a lo expuesto, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- a) En la sentencia condenatoria de fecha 30 de junio de 2016, en la parte referida a la determinación de la pena³⁵, se señala que el delito de colusión, Art. 384 CP, vigente al momento de la comisión de los hechos delictivos imputados al favorecido), **establecía una pena de entre 3 a 15 años.**

En ese sentido, la sala superior se refiere al delito de colusión modificado por el Artículo 2 de la Ley 26713, publicada el 27 diciembre 1996.

- b) Finalmente, y a solicitud del Ministerio Público, **se le impuso una pena de 5 años privativa de libertad**, dentro del margen de pena establecido para el delito de colusión vigente al momento de la comisión de los hechos.

- c) La pena mínima del delito de colusión en su modalidad agravada, incorporado al Código Penal mediante el Artículo Único de la Ley 29758, publicada el 21 julio 2011, **era de 6 a 15 años**, y al favorecido se le condenó por 5 años, esto es, por debajo de dicho margen. Por tanto, no se le pudo aplicar esta modificación, como sostiene erróneamente la demandante.

25. En consecuencia, no se ha violado la prohibición de retroactividad de la ley, ya que el juzgador ha aplicado la ley penal vigente al momento de la comisión de los hechos y no otra posterior, pues, precisamente, este última resultaba desfavorable al favorecido.

³⁵ Fundamento 11.7, pág. 126 de la sentencia, foja 235



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

26. Por estas consideraciones, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada.

Sobre la prescripción de la acción penal

27. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que la prescripción, "desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella"³⁶.
28. Sobre el control constitucional de la prescripción de la acción penal, el Tribunal Constitucional ha hecho las siguientes precisiones:

[L]a prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido esencial del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es por ello que muchas de las demandas de hábeas corpus en las que se ha alegado prescripción de la acción penal han merecido pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal [...].

Sin embargo, es preciso indicar que no obstante la relevancia constitucional de la prescripción de la acción penal, el cálculo de dicho lapso requiere, en algunas ocasiones, una dilucidación de aspectos que no corresponde a la justicia constitucional. En efecto,

³⁶ STC 616-2008-HC/TC, fundamento 6; también STC 2203-2008-PHC/TC, fundamento 2.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

conforme al artículo 82° del Código Penal el cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa (en los demás casos). Como es de verse, la determinación de la prescripción de la acción penal requerirá previamente dilucidar la fecha en la que cesó la actividad delictiva o el momento de la consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria.

En caso de que la justicia penal hubiera determinado todos estos elementos que permiten el cómputo del plazo de prescripción, podrá cuestionarse ante la justicia constitucional la prosecución de un proceso penal a pesar de que hubiera prescrito la acción penal. En caso contrario, la pretensión deberá ser rechazada (STC 616-2008-HC/TC, fundamentos 10 a 12).

29. La demandante sostiene, a fojas 15, que lo que tocaba, "en el peor de los casos", era que se sentenciara al favorecido por colusión simple, delito que al momento de la condena estaba sancionado con un máximo de seis años de pena privativa de la libertad³⁷. Para la demanda, debido a este monto de pena y la antigüedad de los hechos (2006), es evidente al momento de la sentencia de condena (2016) la acción penal ya había prescrito (2015).
30. Al respecto, la sala superior emplazada señaló lo siguiente al momento de resolver la excepción de prescripción de la acción penal planteada por la defensa del favorecido:

(...) 10. El artículo 80° del Código Penal determina que la prescripción opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito

³⁷ Cfr. primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, según la redacción de la Ley 30111 del 2013.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

que en este caso alcanza los 15 años³⁸ y el último párrafo de dicha norma indica que en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del estado, el plazo se duplica y finalmente el artículo 83 del mismo cuerpo normativo indica que si hubo interrupción del término de prescripción, en todo caso la prescripción funciona cuando a ese máximo de la pena se agrega una mitad, que en este caso sería de 7 años y medio haciendo un total de 22 años y medio como plazo ordinario de prescripción que al dar cumplimiento al plazo duplicado que también establece el artículo 41º de la Constitución Política, estamos ante un prolongado término de prescripción que en este caso no ha operado aún, razones por las que debe declararse infundado el pedido³⁹.

31. Por su parte, la Corte Suprema señala lo siguiente sobre la prescripción de la acción penal en el caso de autos:

Nuestra interpretación de la ley penal aplicable en el tiempo, artículo 384º del Código Penal, modificado por la Ley 26713, que prevé una sanción de 3 a 15 años de pena privativa de libertad [...], coincide con el voto por Mayoría que es de aplicación cuando hubiera perjuicio patrimonial real demostrado como en el presente, siendo subsumible al caso, por cuanto los hechos datan de 1999 a marzo de 2006. c) Posteriormente, se reformó varias veces [...] y en el artículo único de la Ley N.º 30111, del veintiséis de noviembre de dos mil trece, estableciéndose que la Colusión simple es cuando no haya perjuicio con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor

³⁸ La Sala se refiere al artículo 384 del Código Penal según el texto de la Ley 26713 de 1996 (ver cuadro *supra*).

³⁹ Foja 12 de la sentencia de primera instancia; foja 121 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

de seis años, y Colusión agravada, cuando haya perjuicio patrimonial con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor a quince años, que no resulta aplicable por lo expuesto y porque tiene un extremo mínimo mayor que aquella⁴⁰.

32. En mi opinión, aun cuando se aceptara la tesis de la demandante, en el sentido de que, por la retroactividad benigna de la ley penal, debería, "en el peor de los casos", aplicarse al favorecido el delito de colusión simple que, conforme al primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, con la redacción de la Ley 30111 del 2013, tiene una pena máxima de seis años, no habría operado la prescripción de la ley penal.
33. En efecto, conforme al Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad (artículo 80); y, en todo caso, prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción (artículo 83). A ello hay que añadir lo que señala el artículo 41 de la Constitución (y repite el artículo 80 del Código Penal): el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares.
34. Desde esta perspectiva, si la demandante indica que el delito por el que debió ser condenado el favorecido tiene una pena máxima de seis años y los hechos imputados ocurrieron entre 1999 y 2006, tenemos que, sumados el plazo de prescripción ordinaria y extraordinaria, la acción penal habría prescrito el 2015 (nueve años). Sin embargo, ya que por mandato del artículo 80 de la Constitución el plazo de prescripción se duplica (18 años), la acción penal prescribiría recién el 2024 (2006 más 18 años).

⁴⁰ Foja 145 de la sentencia; foja 396 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

35. Por dichas razones, este extremo de la demanda debe declararse infundado.

Sobre el derecho de defensa y el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

Cuestión previa: el delito de colusión como delito de encuentro

36. Para analizar los extremos de la demanda referidos a la vulneración del derecho de defensa y de la debida motivación de las resoluciones judiciales, es necesario previamente realizar ciertos comentarios respecto del delito de colusión, por el que habría sido condenado el recurrente y que es materia de cuestionamiento.
37. En primer lugar, cabe señalar que, de acuerdo a la sentencia recaída en el Expediente 00017-2011-PI/TC, fundamento 20, la persecución penal de los actos de colusión, conforme al artículo 384 del CP, tiene como objeto proteger condiciones de transparencia e imparcialidad en la contratación estatal, así como el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.
38. El tipo penal de colusión vigente al momento de que se cometieron los hechos imputados al recurrente, modificado por el Artículo 2 de la Ley 26713, señalaba lo siguiente:

Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

39. Al respecto, el citado delito presenta como verbo rector el “concertar”, lo que implica la adopción de un acuerdo entre el funcionario público y el particular interesado en la contratación pública, que tenga como efecto defraudar al Estado. Así lo ha señalado la doctrina en los siguientes términos:

(...) Para la configuración del tipo penal de colusión, en referencia al término “concierta con los interesados”, es necesaria la intervención del funcionario o servidor público y del interesado, quienes, a través de un acuerdo ilegal o negocio privado, persiguen defraudar al Estado. La concertación ilegal, por tanto, importa el concurso de dos comportamientos encaminados a un mismo objetivo: se trata, pues, del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado (delito de encuentro). En este marco, la concertación supone que el funcionario y el interesado se pongan de acuerdo con la finalidad de defraudar al Estado (...)

(...) Por esa razón, el acuerdo ilegal requiere del concurso de dos conductas, de lo contrario, el hecho corre el riesgo de quedar fuera del contexto típico del delito⁴¹.

(...) un elemento del delito de colusión que merece un análisis es el referido a las características que debe tener el acuerdo colusorio. El delito de colusión implica una relación bilateral que se ve reflejada en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Siendo esto así, en primer lugar, el sujeto activo y el particular interesado deben celebrar un acuerdo colusorio, que, se entiende, debe ser fraudulento dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado. Así también lo ha entendido la jurisprudencia.

⁴¹ PARIONA ARANA, Raúl. El delito de colusión. Instituto Pacífico. Lima, 2017. pp. 42-43



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

En segundo lugar, la concertación debe darse de manera dolosa, en vista de que el funcionario público privatiza dolosamente o con conocimiento su actividad funcional, representando más los intereses particulares que los del Estado. En tercer lugar, puesto que la conducta típica “concertar”, según el tipo penal, debe darse “para defraudar al Estado”, el acuerdo colusorio debe ser idóneo para defraudar dichos intereses⁴².

40. En similar sentido, García Caveró, afirma que “el delito de colusión desleal es un delito de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro, lo que significa que, para que se pueda configurar el delito, resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico”⁴³ (énfasis añadido).
41. Dicha característica del tipo penal también ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Corte Suprema:

Cuarto (...) El delito de colusión es de participación necesaria (concretamente de encuentro) que requiere de la intervención de un particular, esto es, exige que el agente público se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto (los interesados) que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la administración pública; ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside pues en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la administración pública y no,

⁴² MONTOYA VIVANCO, Yván (Coordinador). Manual sobre delitos contra la administración pública. Open Society Foundations-IDEHPUCP. Lima, 2015. p. 139.

⁴³ “El delito de colusión desleal” en *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Ideas, 2020, p. 181. Reafirma esta interpretación ALVAREZ DÁVILA, Francisco, “El Injusto Típico en el Delito de Negociación Incompatible” en *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Ideas, 2020, p. 132.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

por el contrario, a beneficiar a los particulares; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación” consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública.⁴⁴

42. A partir del artículo 384 del Código Penal y de lo dicho por la doctrina y jurisprudencia citadas, considero que, en el delito de colusión, la concertación entre el funcionario y el particular interesado es el sustento del injusto penal. Es decir, de no haberse probado la concertación (con qué particular se concertó el funcionario), no se configuraría el delito de colusión.
43. En la demanda se alega la violación del derecho de defensa en los términos siguientes⁴⁵:

El delito de colusión desleal, al ser un delito de encuentro obliga a la existencia de una imputación conjunta, la cual vincula –indiscutiblemente– al funcionario público y al tercero (*extraneus*) interesado. Dicha imputación tiene una parte fáctica y una jurídica, la primera –que implica la necesaria identidad entre el autor y el tercero interesado– es inamovible, porque forma parte del objeto procesal. Al haber alterado la imputación conjunta, el Ministerio Público, lo que fue avalado por la Sala Penal Superior, ha alterado la parte fáctica, lo que afecta directamente el objeto procesal y, consiguientemente, el derecho a la defensa del beneficiario.

⁴⁴ Recurso de Nulidad 5-2015 JUNÍN

⁴⁵ Foja 22.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

En este caso, se afectó el derecho de defensa, al incorporarse, concluido el juicio oral, otros sujetos particulares (*extraneus*), para arbitrariamente construir una nueva colusión y de esta forma concluir con el proceso penal y condenar a nuestro beneficiario, solicitando remitir copias al Ministerio Público para que inicien el proceso judicial contra los nuevos terceros particulares incorporados –Augusto Dall’Orto Falconi y Roberto Dall’Orto– éstos [sic] últimos también responsables bajo título de partícipe, sin ser acusados y juzgados.

44. A partir de lo señalado en la demanda, que ha sido reiterado posteriormente en el transcurso del presente proceso constitucional, analizaré las sentencias que han sido materia de cuestionamiento.

Sentencia condenatoria de fecha 30 de junio de 2016, emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima

45. Al favorecido se le ha atribuido que, en su otrora condición de alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, intervino en todo el procedimiento previo, en el otorgamiento de la concesión y en la ejecución de la obra referida a la Vía Expresa del Callao, para presuntamente favorecer a la empresa CONVIAL CALLAO SA. Entre los diversos delitos presuntamente cometidos se le atribuyó el delito de colusión desleal, previsto en el artículo 384 del Código Penal que, justamente, es materia de análisis en el presente caso.
46. Sin embargo, la sala penal superior demandada, en el texto de la sentencia cuestionada, identifica de manera inicial un problema en la imputación de los hechos realizada al favorecido: la falta de terceros particulares con los que se habría presuntamente coludido el favorecido Kouri Buchamar para concertar en perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao. La sentencia en mención



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

señala que este defecto se produjo desde que la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal solicitó que se acusara al favorecido por el delito de colusión⁴⁶, desaprobando el dictamen de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, que inicialmente consideró que no procedía dicha acusación⁴⁷.

47. En efecto, tal como se señala en la sentencia de la sala superior cuestionada:

1.4 (...) con el dictamen Acusatorio N° 56-2012 formulando en un extremo acusación contra Alexander Martín Kouri Buchamar como presunto autor y contra Javier Roberto Lowry Gazzini como cómplice del delito contra la administración pública, corrupción de funcionarios en la modalidad de Negociación Incompatible en agravio del Estado (...) y en otro extremo opina que no hay mérito para pasar juicio oral contra Alexander Martín Kouri Buchamar y Fernando Enrique Gordillo Tordoya en calidad de autores; Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini en calidad de cómplices primarios, por la presunta comisión del delito contra la Administración pública-Colusión Desleal en agravio del Estado (Municipalidad Distrital del Callao); **posteriormente el Colegiado de la Cuarta Sala Penal Liquidadora resuelve elevar en consulta al Fiscal Supremo a fin de que emita el Dictamen correspondiente en el extremo que no hay mérito a pasar juicio oral contra Martín Alexander Kouri Buchamar por el delito contra la administración pública-Colusión, estando al pronunciamiento de la Fiscalía Suprema en lo Penal la Cuarta Fiscalía Superior emite el Dictamen acusatorio ampliatorio N° 003-2015 de fecha 13 de febrero del 2015, mediante el cual formula acusación sustancial contra Alexander Martín Kouri Buchamar por el delito de**

⁴⁶ Dictamen 1857-2014 del 9 de diciembre de 2014.

⁴⁷ Dictamen 056-2012-4ta.FSEDCF-MP del 18 de diciembre de 2012



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

Colusión y otro en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital del Callao (...) ⁴⁸ [énfasis agregado].

48. Como se advierte, no existía acuerdo en acusar al favorecido por el delito de colusión desleal, lo que determinó que sea la Fiscalía Suprema la que ordene la acusación por dicho delito.
49. Ahora bien, tal como lo refiere la propia sentencia condenatoria, los cargos acusatorios no fueron claros desde un inicio. De hecho, la acusación que dio inicio al juicio oral en ningún momento determinó o identificó al particular que habría concertado presuntamente con el favorecido, que exige el tipo penal de colusión, reconociendo inclusive que dicha situación vulnera el derecho de defensa.
50. Tal como se señala en la sentencia condenatoria de primera instancia o grado:

(...) 1.9. Es fundamental señalar que la acusación por delito de colusión desleal contra Kouri Buchamar se origina de la desaprobación por parte de la Fiscalía Suprema, de la inicial acusación, donde se considera que no hay lugar para acusar por el citado delito, por tanto esta opinión fiscal debió ser puntual en establecer los hechos y las personas involucradas, sin embargo no se ha precisado, teniendo en cuenta solo las referencias de la denuncia fiscal y auto cabeza de proceso. **Puntualmente debemos advertir que esta imputación de cargos no precisa ni determina con quienes o quienes [sic] se habría concertado con el Alcalde acusado**, condiciones que es preciso definir para la adecuada determinación del hecho⁴⁹[énfasis agregado].

⁴⁸ Fojas 2 y 3 de la sentencia; fojas 111 y 112 de autos.

⁴⁹ Foja 16 de la sentencia; foja 125 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

(...) 1.14. En esta descripción de los hechos planteados por el titular de la acción penal, reiteramos, **no se delimita con quien o quienes se habría concertado el acusado Kouri Buchamar y quienes serían los funcionarios y terceros con los que en cada etapa del proceso se habría vinculado y concertado, sino que se hace referencia genérica de funcionarios, terceros y hechos, condiciones procesales que no satisfacen las exigencias de una imputación de hechos clara y precisa, lo que deriva también en una primera acusación imprecisa, originando distorsión en el debate y por cierto afectando el derecho de defensa, hasta ese momento**⁵⁰ [énfasis agregado].

51. Posteriormente, a partir de lo señalado en la acusación fiscal superior, de fecha 13 de febrero de 2015, que da inicio al juicio oral, la sala superior demandada indicó que la presunta concertación imputada al favorecido habría sido con don Mario Ernesto Ángel Guasco, quien habría actuado como representante del Consorcio CC Concesiones Perú, que luego devino en la empresa CONVIAL CALLAO SA⁵¹.
52. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Recurso de Nulidad 1109-2014 LIMA, confirmó la Resolución de fecha 16 de enero de 2014, que determinó, entre otras cosas, que no había mérito para pasar a juicio oral, entre otros, al imputado Mario Ernesto Ángel Guasco como cómplice primario del delito de colusión desleal en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao. En esa medida, la acusación fiscal respecto del favorecido se vio modificada, en tanto ya no se le podía imputar la concertación defraudatoria contra el Estado, a partir del acuerdo colusorio con Mario Ángel Guasco, dado que este último ya había sido excluido del proceso penal.

⁵⁰ Foja 18 de la sentencia; foja 127 de autos.

⁵¹ Fundamento 1.15 de la sentencia, a foja 19 (foja 128 de autos); fundamento 6.3 a foja 53 (foja 162 de autos); fundamento 7.16 a fojas 65-66 (fojas 174-175).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

53. Dicho esto, la sala superior demandada señala que existiría, por parte del beneficiario Kouri Buchamar, indicios suficientes de que habría favorecido al consorcio CCCSA (después CONVIAL CALLAO SA) para que obtenga la concesión del proyecto, aunque no se habría identificado a los terceros con quienes habría realizado el acuerdo defraudatorio. En ese sentido, la sala indica lo siguiente:

(...) 7.97. Estas consideraciones nos derivan en la existencia de abundante evidencia referencial sobre el acuerdo colusivo que se habría producido entre Kouri Buchamar y el representante del Consorcio CCCSA, para beneficiar a dicha empresa, lo que en realidad no personaliza al beneficiario, aun cuando están identificados los representantes de la empresa, en efecto se mencionó inicialmente a Ángel Guasco y Lowry Gazzini (ambos gerentes), los mismos que fueron excluidos del proceso pero tampoco son los beneficiados directos con la concesión, por tanto **es esencial determinar quien o quienes serían los directos beneficiados de esos actos de concertación defraudatoria, lo que deriva en las conclusiones a las que arriba el Ministerio Público en su requisitoria oral, concluido el debate judicial. Lo que queda claro es que se benefició al CCCSA, hecho denunciado y reiterado a través de todo el proceso penal**⁵² [énfasis agregado].

54. Esta falta de identificación en los terceros con los que presuntamente se habría coludido el recurrente genera, a decir de la propia sala superior demandada, una situación de incertidumbre legal, lo que además implica que no se haya configurado normativamente el tipo penal de colusión. Así, dice la sala superior:

(...) 8.3. Lo que ha ocurrido en este caso es que inicialmente se dijo de manera genérica que el acusado Kouri Bumachar se habría concertado con los

⁵² Foja 109 de la sentencia; foja 218 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

representantes legales del Consorcio CCCSA, al igual que otros funcionarios municipales, pero al haberse resuelto favorablemente la situación de esas [sic] terceros involucrados en condición de extraneus y haber quedado Kouri Bumachar como único acusado de colusión, sin que existan terceros interesados (extraneus), procesado, origina evidentemente una situación de incertidumbre legal, debido a que como bien reclama la defensa, con quien [sic] se ha coludido su patrocinado, situación de hecho que **no satisface formalmente el requerimiento normativo del tipo penal de colusión desleal**, pero por otro lado está la evidente actuación del funcionario público para beneficiar al consorcio⁵³ [énfasis agregado].

55. Ante dicha situación, la fiscalía superior, en sus conclusiones del juicio oral, varió su tesis persecutoria y determinó que el acuerdo colusorio se habría realizado presuntamente entre el favorecido y los señores Augusto Dall'Orto Falconi y Roberto Dall'Orto Lizárraga, en tanto: i) tendrían participación en la empresa CCSSA; y ii) tendrían relación de parentesco con el favorecido y serían los directamente beneficiarios.
56. Así lo recoge la sala superior en la sentencia de primera instancia objeto de análisis:

(...) 9.1. Conforme hemos descrito el Ministerio Público en la acusación oral a la conclusión del debate, ha sostenido una variación trascendental en la imputación fáctica, en efecto dice que los actos de concertación habrían sido con Augusto Dall'Orto Falconi y Roberto Dall'Orto Lizárraga, debido a que **serían ellos** los directamente beneficiados con la concesión y teniendo en cuenta la vinculación de parentesco que existe entre estas personas y Kouri Buchamar. Esta sustancial variación origina que el presupuesto fáctico acusatorio inicial haya sido dejado de

⁵³ Foja 111 de la sentencia; foja 220 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

lado y se plantee uno nuevo a la conclusión del debate oral, no obstante dicha variación no modifica la conducta atribuida al acusado Kouri Buchamar desde el inicio del proceso, esto es haber concertado con los interesados particulares, para otorgar la buena pro en el concurso público de concesión convocado por su representada, situación que debe ser evaluado procesal y sustancialmente⁵⁴ [énfasis agregado].

57. Lo que más llama la atención en este punto es que la propia sala superior advirtió que el cambio en la participación de nuevos terceros no incorporados antes al proceso, para configurar el delito de colusión, tenía directas implicancias en el ejercicio del derecho de defensa del favorecido, y así lo hacer saber expresamente en su sentencia:

(...) 8.2. Evidentemente **esta variación tiene efecto inmediato en el derecho de defensa, debido a que el procesado que planteó su defensa en función de determinadas condiciones materiales, se ve sorprendido por una variación en el planteamiento del caso por parte del titular de la acción penal**, por tanto tenemos tres opciones: i) concluir el caso como estaba inicialmente planteado e ignorar lo que señala la Fiscalía, situación que eventualmente puede derivar en impunidad; ii) admitir esas nuevas condiciones fácticas, retroceder el proceso y luego de un debate en las nuevas condiciones planteadas, y decidir el caso; iii) concluir el proceso penal respecto del acusado Kouri Bumachar y remitir copias al Ministerio Público para que inicien el proceso judicial contra los terceros particulares mencionados⁵⁵ [énfasis agregado].

58. A pesar de dicho análisis, la sala superior demandada optó por la última de las alternativas planteadas, condenando al favorecido y señalando lo siguiente:

⁵⁴ Fojas 113 y 114; fojas 222-223 de autos.

⁵⁵ Fojas 110 y 111 de la sentencia; fojas 219-220 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

(...) 9.24. En el presente caso se ha establecido de manera probada y razonable que hubo favorecimiento reiterado, evidente y recurrente al Consorcio CCCSA por parte del ex Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, sin embargo la determinación del operador particular del concierto ilegal, inicialmente fue errado, pues los intervinientes en la acción no fueron los representantes legales del consorcio en mención, como se señaló en la denuncia y la acusación antes del juicio oral, sino **serían los accionistas de dicho consorcio**, personas que deben ser investigadas y procesadas como corresponde, debiendo expedirse copias de las piezas pertinentes a fin de que el Ministerio Público actúe según sus atribuciones⁵⁶ [énfasis agregado].

59. En esa línea, a criterio de la sala superior, no se habría vulnerado el derecho de defensa del favorecido, en tanto considera que su conducta típica, consistente en favorecer a la empresa CONVIAL CALLAO SA durante el proceso de concesión convocado por la Municipalidad Provincial del Callao habría sido constante y uniforme y “(...) *en todo caso la variación de las personas intermedias en esos actos colusorios no trasciende más allá de una precisión de personas, cuando el hecho es el mismo*”⁵⁷ (cursivas añadidas).

Recurso de Nulidad 1842-2016 LIMA, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (en mayoría)⁵⁸

60. Posteriormente, luego que la defensa del favorecido interpuso recurso de nulidad, la mayoría de los magistrados de la Segunda

⁵⁶ Foja 122; foja 231 de autos

⁵⁷ Fundamento 9.5, foja 115; foja 224 de autos

⁵⁸ La mayoría fue conformada por los magistrados Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas. Posteriormente, a este bloque se sumó el magistrado Neyra Flores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema confirmó la condena impuesta.

61. Respecto a los cuestionamientos referidos a la incorporación de los señores Augusto Dall'Orto Falconi y Roberto Dall'Orto Lizárraga al finalizar el juicio oral, como terceros con quienes habría concertado el favorecido y por lo que habría cometido el delito de colusión desleal, la sala suprema en mayoría señaló lo siguiente:

(...)

137. En dicho orden de ideas, la Sala no se atribuyó competencias exclusivas del Ministerio Público, como el acusar de forma repentina y vulnerar el derecho de defensa del procesado, sino que individualizó a los interesados Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga **a partir de la imputación que sí realizó el Fiscal y que se derivan de las sesiones anteriores del juicio oral**, por ello, se aprecia del examen del procesado Kouri Bumachar y la defensa pudo ejercer el contradictorio respecto a este punto, y así lo hicieron (...) ⁵⁹ [énfasis agregado].

138. Entonces, no se vulneró el principio acusatorio, pues existe una acusación formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional, siendo el imputado condenado por los mismos hechos a los acusados, **pues en lo esencial (que se coludió para defraudar el Estado) no varió** ⁶⁰ [énfasis agregado].

(...)

141. En este sentido, primero, no existe afectación al principio acusatorio que a la vez vulnere el derecho de defensa, pues, están delimitados la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, definidos detalladamente en la acusación y que no han variado; segundo, no se alteró la identidad de los actos de ejecución

⁵⁹ Foja 69 de la sentencia; foja 320 de autos

⁶⁰ Foja 69 de la sentencia; foja 320 de autos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

delictiva investigados y la homogeneidad del bien jurídico tutelado, pues la participación del procesado Kouri Bumachar se ha mantenido así como la lesión al correcto funcionamiento de la Administración Pública que ocasionó con su actuar ilícito se encuentran debidamente especificados **y sobre los extraneus Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga se conoció su participación desde incluso antes de la acusación y la defensa técnica y material tuvo la oportunidad de contradecir su participación, como lo hizo efectivamente en el juicio oral, lo cual permite concluir que no se generó indefensión y por el contrario se cumplió con los requerimientos del principio de imputación necesaria;** por ende, devienen en inatendibles los argumentos de la defensa [énfasis agregado].

142. De igual forma, este Supremo Tribunal valoró los elementos de prueba existentes que han permitido establecer de forma categórica la existencia del acto colusorio, por lo que, **aceptar los argumentos de la defensa sobre su inexistencia, significaría desconocer la realidad de los hechos y establecer por encima de ellos formalismos que a todas luces son contrarios a una libre valoración de la prueba**⁶¹ [énfasis agregado].

62. En ese sentido, a criterio de la mayoría de magistrados de la sala suprema demandada: i) no se vulneró el derecho de defensa del beneficiario, en la medida que los terceros recién incorporados en la acusación oral realizada por la fiscalía, al concluir el juicio oral, ya habían sido mencionados en sesiones anteriores del juicio oral, respecto de los cuales el favorecido habría indicado su relación; ii) se ha acreditado el acto colusorio; y iii) la variación de personas con quienes se habría cometido el acto colusorio constituye un mero formalismo, en tanto la conducta evidenciada por el favorecido se encuentra corroborada.

⁶¹ Foja 70 de la sentencia; foja 321 de autos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

63. Por último, hay que señalar que esta posición no fue unánime. En ese sentido, los jueces supremos Chávez Mella⁶² y Ventura Cueva⁶³ optaron más bien por declarar nula la sentencia condenatoria de primera instancia o grado, al advertir que no se había configurado el delito de colusión, en tanto no se llegó a demostrar el acuerdo colusorio entre el beneficiario y Ángel Guasco, propuesto inicialmente por la fiscalía.

⁶² En el voto en discordia emitido por la magistrada Chávez Mella, se indica lo siguiente:

“DECIMO CUARTO.- Así las cosas, no es posible fundar una sentencia de condena contra el acusado Alexander Martín Kouri Bumachar por cuanto no está acreditado el encuentro colusorio del acusado y los supuestos terceros interesados quienes por su condición actual es la de sospecha, los que serían investigados después de once años desde la última adenda suscrita (marzo del 2006), y sí bien procesalmente el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales de 1940 faculta al juzgador la remisión de copias al Fiscal para el inicio de otro proceso cuando fluya objetivamente responsabilidad de terceras personas, tal circunstancia no se da porque en estos autos no se ha probado el concierto colusorio defraudatorio del antes mencionado con las personas de Augusto Dall’orto Falconí y Roberto Da’llorto Lizárraga y el ordenar el pago solidario de una reparación civil vulnera el principio fundamental de la presunción de inocencia” (foja 89 de la sentencia; foja 340 de autos).

⁶³ En el voto en discordia emitido por el magistrado Ventura Cueva, se precisa lo siguiente:

DECIMOCUARTO: En consecuencia, la omisión realizada por la Fiscalía no puede subsanarse mediante la decisión del Juez, porque de ser así, se vulneraría los Principios y Garantías Constitucionales como de Defensa, de Imputación Necesaria, las cuales se manifiestan en consonancia con el principio acusatorio. En este sentido, corresponde que se realice una descripción fáctica de los hechos, e imputación concreta a cada uno de los acusados por el delito de colusión desleal, así como lo correspondiente a las demás actuaciones que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal. Por estas consideraciones resulta aplicable el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales que establece: “La Corte Suprema declarará nulidad: 1. Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal” (foja 98 de la sentencia; foja 349 de autos).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

Consideraciones del Tribunal Constitucional

Sobre el derecho de defensa

64. El derecho de defensa reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (Expediente 1230-2002-HC/TC).
65. El Tribunal Constitucional ha señalado que la vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: 1) no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; 2) no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; 3) no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad (Expediente 2005-2006-PHC/TC). Conforme a lo expuesto, de conformidad con el segundo aspecto del principio acusatorio, sería indebido que se condene al procesado por hechos distintos a los acusados.
66. En cuanto al principio de congruencia entre la acusación y sentencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatoria) sea respetada al momento de emitirse sentencia. Entonces, resultaría vulneratorio del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

derecho de defensa si el procesado, ejerciendo su defensa respecto de determinados cargos, termina condenado por otros no discutidos y que no pudieron ser objeto del contradictorio dentro del proceso penal.

67. Los principios acusatorio y contradictorio se integran y complementan, toda vez que el primero identifica los elementos necesarios para individualizar la pretensión penal e individualizar al procesado, mientras que el segundo custodia que el acusado pueda alegar o presentar todas las pruebas que estime necesarias para su interés.
68. Una calificación distinta al momento de sentenciar puede eventualmente afectar el derecho de defensa, ya que puede introducir temas jurídicos y elementos fácticos no discutidos en el proceso. No obstante, cabe advertir que la falta de concordancia entre los términos de la acusación y de la sentencia no siempre resulta vulneratoria del derecho de defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha identificado ciertos supuestos en los que, si bien no hubo correlación entre acusación y sentencia, tal desvinculación no resultaba vulneratoria del derecho de defensa⁶⁴.
69. Cabe precisar que el juzgador penal se encuentra premunido de la facultad para apartarse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos que son objeto de acusación, sin que cambie el bien jurídico tutelado por el delito acusado, así como que respete el derecho de defensa y el principio contradictorio⁶⁵. De ahí que el juzgador penal puede dar al hecho imputado una distinta definición jurídica sin que ello comporte *per se* la tutela de diferente bien jurídico protegido por el ilícito imputado, pues la definición jurídica al hecho imputado por un tipo penal que tutele otro bien jurídico, *en principio*, implicaría la variación de la estrategia de la defensa que en ciertos casos podría causar indefensión al procesado.

⁶⁴ Expedientes 05596-2007-PHC/TC, 0402-2006-PHC/TC y 2179-2006-PHC/TC.

⁶⁵ Expedientes 2179-2006-PHC/TC, 0402-2006-PHC/TC y 02901-2007-PHC/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

70. En el presente caso, soy de la opinión que ha existido una variación de los sujetos intervinientes con el favorecido (*extraneus*), para la configuración del delito de colusión (Art. 384 C.P.). En efecto, de lo expuesto *supra* se advierte que la acusación fiscal contra el recurrente inicialmente planteaba que existió el acuerdo colusorio entre el favorecido y la persona de don Mario Ernesto Ángel Guasco. Sin embargo, al concluir el juicio oral, la fiscalía a cargo del caso desestimó su tesis inicial y planteó, esta vez, que el acuerdo colusorio se llevó a cabo con las personas de Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga, lo que finalmente fue acogido por la sala superior demandada.
71. Esto no solo implica una variación sustancial en la configuración del injusto penal, sino también un cambio en la tesis acusatoria que incide directamente en el ejercicio del derecho de defensa. Y es que, si la defensa del favorecido se centró durante todo el proceso en negar la concertación defraudatoria sostenida con la persona de Mario Ernesto Ángel Guasco, incorporar a otros terceros y sostener que es con ellos con quienes se habría producido la relación colusoria exigía, mínimamente, que el beneficiario pudiese tomar conocimiento de estos nuevos cargos y tener el tiempo y el espacio prudencial para sustentar una nueva estrategia de defensa.
72. Lo que llama la atención además es que la propia sala reconozca, en el texto de la sentencia, que el presunto acuerdo colusorio con los señores Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto tampoco se encuentra plenamente acreditado y solo existe una causa probable⁶⁶ del mismo. En ese sentido, señala lo siguiente:

(...) 7.26. Al haberse excluido a los representantes del consorcio (gerentes) como presuntos cómplices de colusión y advirtiendo la forma y circunstancias en que se maneja el asunto de la concesión por parte del Alcalde Municipal, evidentemente continúa la sospecha de colusión, por tanto

⁶⁶ Fundamento 7.22, foja 69



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

no se descarta la imputación al servidor público por delito de colusión, en tanto Kouri Buchamar actúa como Alcalde siempre suscribiendo documentos que favorecen al consorcio, **de ahí la sospecha de que se habría coludido con algunos accionistas de las empresas que forman el consorcio (por sus vínculos, cercanía e inclusive posterior grado de parentesco), hecho que ha sido propuesto por la Fiscalía, recién en su acusación oral, y que Ángel Guasco únicamente habría sido el intermediario o partícipe formal de la contratación, sujeto a las disposiciones de quienes tienen capacidad de decisión en dichas empresas, sin embargo esta opción no ha sido precisada, ni muchos menos establecida lo que evidentemente contribuye en beneficio del principal funcionario de la Municipalidad, puesto que a pesar de haberse incidido en el grado de parentesco político con uno de los principales accionistas no se menciona como hecho sometido a debate y mucho menos probado, que haya existido concertación colusoria entre Kouri Buchamar y dichos empresarios, circunscribiéndose únicamente a los gerentes de la corporación, Ángel Guasco y Lowri Gazzini, ambos excluidos del caso por la Corte Suprema⁶⁷ [énfasis agregado].**

7.35 (...) lo que deriva en una legítima sospecha que la concertación de Kouri Buchamar sería con otras personas, dentro de las que se encuentra Roberto Dallorto Lizarraga, accionista de una de las empresas del consorcio, **sospecha que no ha sido formalizada ni mencionada inicialmente por el Ministerio Público, que en todo caso solo ha concentrado su atención en los representantes formales de la corporación y recién al concluir el debate oral, termina señalando los nombres de otros responsables extraneus⁶⁸ [énfasis agregado].**

⁶⁷ Foja 71; foja 180 de autos.

⁶⁸ Foja 77; foja 186 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

73. Asimismo, en el punto resolutivo 5 de la sentencia condenatoria de primera instancia se dispuso recién *“Remitir copias certificadas al Ministerio Público a fin de que la Fiscalía respectiva inicie las acciones correspondientes según sus atribuciones, respecto de las personas señaladas por la Fiscalía Superior como terceros interesados”* (cursivas agregadas).
74. De allí que se concluya que se vulneró el derecho de defensa y también el principio de presunción de inocencia del favorecido, al haberse determinado su responsabilidad penal por un acuerdo colusorio que no ha sido demostrado.
75. Asimismo, no puede ser de recibo el argumento de la sala suprema demandada, referido a que, como los señores Augusto Dall’orto Falconí y Roberto Dall’orto han sido mencionados en varias audiencias del juicio oral, el favorecido tuvo conocimiento de dicha situación y pudo ejercer su derecho de defensa.
76. Al respecto, lo que no precisa la sala es que ellos no tenían la calidad formal de acusados al inicio del juicio oral, y recién cuando concluyó el debate oral es que la fiscalía superior decide incorporarlos como los particulares con los que el favorecido habría configurado el delito de colusión (*extraneus*), sin que haya existido margen de tiempo para que el beneficiario pudiera adecuar su estrategia de defensa.
77. Pero el derecho de defensa no solo se ha vulnerado por la modificación fáctica realizada por la fiscalía y convalidada por el Poder Judicial respecto a los terceros interesados-*extraneus*. Al respecto, la sentencia de la sala demandada, en varios de sus fundamentos, reconoce expresamente que los actos imputados al favorecido son genéricos, en tanto no se precisa no solo a los terceros con los que habría concertado de manera defraudatoria en contra del Estado, sino también en qué momento del proceso para la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

adjudicación de la concesión a CONVIAL CALLAO SA se habrían realizado los presuntos actos colusorios.

78. En ese sentido, se señala lo siguiente:

(...) 1.20. Así descritas las cosas por quien tiene la titularidad de la acción penal, la carga de la prueba y sobre todo siguiendo el principio acusatorio, tan privilegiado y necesario para la satisfacción de estándares mínimos del debido proceso, **estamos ante una acusación sustentada respecto de la responsabilidad penal del servidor público por el delito de colusión, pero imprecisa, en la referencia del tercero particular involucrado puesto que el Ministerio Público por un lado afirma actos de concertación entre Kouri Buchamar y Ángel Guasco, basado en que ambos suscribieron el denominado contrato preparatorio, luego el contrato definitivo y finalmente las cláusulas adicionales, pero también se hace referencia a actos de concertación durante el proceso de ejecución, lo que desconcierta debido a que no se determina con qué persona o personas se habría concertado en esta etapa y solo se afirma genéricamente que habrían intervenido funcionarios y representantes de la empresa como terceros, esta genérica apreciación fiscal no puede servir de argumento de acusación para considerar que los actos de concertación habría sido con todos los demás involucrados en la denuncia fiscal y auto que abre el proceso penal**⁶⁹ [énfasis agregado].

(...) 7.83. Por tanto resulta válido considerar que **los actos de colusión para tanto favorecimiento pudo haberse realizado antes, durante o después de la suscripción del contrato (aun cuando parece que fuera antes por eso se admite a la empresa a pesar de las deficiencias y**

⁶⁹ Fojas 22 y 23 de la sentencia; fojas 131 y 132 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

limitaciones que no le permiten cumplir con lo que las bases exigen)⁷⁰ [énfasis agregado].

79. En otros términos, las sentencias no precisan en qué momento del otorgamiento de la concesión a la empresa CONVIAL CALLAO SA, el favorecido, en su calidad de alcalde de la Provincia del Callao, habría concertado defraudatoriamente en contra del Estado.
80. Por lo expuesto, concluyo que los jueces demandados vulneraron el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia del favorecido, pues: i) al convalidar la variación que hizo el Ministerio Público de los presuntos *extraneus* "en la última etapa del juicio oral", han impedido, injustificadamente, que este ejercitara su defensa de la forma más amplia y eficaz que por derecho le corresponde; ii) no se ha acreditado la participación de los señores Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto como *extraneus* del delito de colusión y, a pesar de ello, el favorecido fue condenado; y iii) no se ha precisado en qué etapa del proceso de concesión a CONVIAL CALLAO el favorecido intervino con el presunto acuerdo ilícito.
81. Esta transgresión al derecho de defensa se agrava por el hecho de que, frente a la situación creada por el Ministerio Público por el cambio de los supuestos particulares interesados, la Sala Superior demandada (convalidada por la Corte Suprema) escogió la alternativa más gravosa a la libertad personal del favorecido: concluir el proceso penal respecto de él, condenándolo.
82. Por lo tanto, este extremo de la demanda debe ser declarado fundado.

Sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

⁷⁰ Foja 102; foja 211 de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

83. El artículo 139, inciso 3, de la Constitución establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. En consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Fundamental establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas.
84. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.
85. En esa línea de razonamiento, en la sentencia recaída en el Expediente 00728-2008-PHC/TC⁷¹, el Tribunal Constitucional desarrolló el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, precisando diversos supuestos que citamos a continuación, entre los que destaca la *motivación aparente*. Esta se produce cuando la motivación no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
86. Un vicio que también puede darse es la *falta de motivación interna del razonamiento*, que "se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de

⁷¹ Fundamento 7



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa".

87. Otro caso de vulneración de este derecho ocurre cuando las resoluciones presentan *deficiencias en la motivación externa o en la justificación de las premisas*. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho lo siguiente:

El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general [...] en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

88. Por último, es también una violación de la debida motivación de las resoluciones judiciales, la ausencia de una *motivación cualificada* en los casos que corresponda, esto es cuando resulta indispensable una especial justificación pues, por ejemplo, producto de la decisión jurisdiccional se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. "En estos casos, la motivación de sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal".
89. Al respecto, tanto la sentencia del 30 de junio del 2016 de la Cuarta Sala Penal Liquidadora, que condenó al favorecido, como la sentencia del 06 de julio del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que declaró no haber nulidad en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

recurrida⁷², vulneran el derecho del favorecido a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

90. Ambas resoluciones incurrir en *falta de motivación interna del razonamiento*, por presentar incorrección lógica, ya que se condena al favorecido no obstante reconocerse que existe "una situación de incertidumbre legal"⁷³ respecto de los terceros "interesados"⁷⁴ con quienes supuestamente se habría coludido, con lo cual, según la propia judicatura penal, "no [se] satisface formalmente el requerimiento normativo del tipo penal de colusión desleal"⁷⁵, a foja 220.
91. En efecto, como se advierte de la transcripción realizada *supra*, la sentencia de primera instancia en gran parte de sus fundamentos hace notar la deficiencia en la acusación fiscal sustentada contra el favorecido e, inclusive, advierte que la incorporación de nuevos partícipes en el delito de colusión, al finalizar el juicio oral, tiene directa repercusión en el derecho de defensa. No obstante dicha situación, finalmente la sala superior demandada emite sentencia condenatoria, lo que evidencia una manifiesta incorrección lógica.
92. Asimismo, dichas resoluciones caen en *deficiencias en la motivación externa o en la justificación de las premisas*, pues declaran la existencia de un delito (colusión) cometido por el favorecido, pero sin determinar los particulares interesados (*extraneus*) con quienes el favorecido se habría coludido, derivando tal determinación a una futura investigación del Ministerio Público. Es decir, estas resoluciones no han dado razones sobre la vinculación del favorecido con el delito, al estar ausente la figura del *extraneus*, requisito normativo para la configuración del tipo penal por el que ha sido condenado.

⁷² R.N. 1842-2016 LIMA

⁷³ Fundamento 8.3 de la sentencia de primera instancia, a fojas 111.

⁷⁴ Artículo 384 del Código Penal

⁷⁵ Fundamento 8.3 de la sentencia de primera instancia, a fojas 111.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

93. En este punto, llama la atención la argumentación esgrimida por la sala suprema demandada, en cuanto afirma que la incorporación de los señores Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto como terceros *extraneus* en el delito de colusión se entiende justificada por cuanto habrían sido mencionados en varias audiencias del juicio oral.
94. En efecto, la sala suprema da este argumento sin atender a que no se ha acreditado la participación de estos con el recurrente en el acuerdo colusorio y que recién al final el juicio oral se les otorgó la calidad de imputados, sin que antes tuvieran dicha condición, lo que evidentemente repercutió en la estrategia de defensa del favorecido.
95. Asimismo, la sentencia emitida por la sala superior demandada incurre en un vicio de motivación aparente, al alegar que no importa la incorporación de nuevos *extraneus* en los actos colusorios, cuando el hecho imputado al favorecido es el mismo⁷⁶, lo que además también fue acogido por la Corte Suprema, al indicar que lo importante es que la conducta del favorecido fue la que no varió⁷⁷. Y es que el artículo 384 del CP exige, para que se configure el delito de colusión, del acuerdo defraudatorio al Estado entre el funcionario público y el particular, por lo que sí es relevante la identidad de ambas partes.
96. También, los demandados (jueces de la Corte Suprema) caen en otro vicio de motivación, cuando dicen:

117. En conclusión, **la prueba en el delito de colusión implica la acreditación de los elementos del tipo penal, lo que en el caso concreto se ha producido.** Las acciones del procesado Kouri Bumachar han configurado el tipo penal de colusión, demostrándose que: fue funcionario

⁷⁶ Fundamento 9.5 de la sentencia de primera instancia, a fojas 115.

⁷⁷ Fundamento 138 de la sentencia suprema, a fojas 69.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

público, Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao quien, **interviniendo por razón de su cargo se coludió con los interesados para defraudar al Estado**⁷⁸ [énfasis agregado].

97. No es cierto que se hayan acreditado "los elementos del tipo penal" de colusión, pues no se ha probado en el proceso quién es el particular interesado con el que el favorecido hizo el acuerdo para defraudar al Estado, no obstante que esta concertación es el núcleo central de delito de colusión (delito de encuentro). Por esto, los demandados incurrir en *motivación aparente*; lo que resulta aún más evidente cuando dicen que el favorecido "se coludió con los interesados para defraudar al Estado" sin demostrar fehacientemente quiénes son dichos interesados.
98. Estos defectos resultan aún más graves si se considera que las citadas resoluciones debieron contar con una *motivación cualificada*, es decir una especial justificación por afectar la libertad, lo cual no se cumple al presentar los vicios de motivación advertidos.
99. Por estas razones, corresponde declarar fundada la demanda en el extremo en que se alega la violación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Sobre la necesidad de determinar al particular interesado en el delito de colusión

100. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00017-2011-PI/TC, señaló lo siguiente:
25. Como se sabe, una misma disposición legal puede ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y

⁷⁸ Foja 61 de la sentencia suprema.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

norma siendo la primera el enunciado legal y la segunda el sentido interpretativo (...) No corresponde a este Tribunal en principio, determinar cuál es la mejor forma de interpretación de la norma legal, siendo ello competencia de la justicia ordinaria y de la doctrina penal. **Sin embargo, sí le es posible advertir cuándo estamos ante la interpretación de la norma penal que resulta inconstitucional.** En el ámbito de la aplicación de las normas penales -como ya ha sido referido- será la protección de un bien constitucional lo que autoriza la restricción de la libertad personal a través de la persecución penal. De este modo, resultará contrario a la Constitución poner en funcionamiento la persecución penal sin que ello se vea reflejado en la protección de bienes constitucionales.

101. A propósito del caso, la sala superior demandada alega que es posible condenar al imputado por delito de colusión, a pesar de que no se identificó a su cómplice *extraneus* con quien realizó el acuerdo defraudatorio para el Estado y que ello se determine posteriormente en otro proceso penal. Sobre el particular, refiere que esta es una interpretación válida del artículo 384 del Código Penal, que ya ha tenido recibo en la jurisprudencia penal. Cita, a modo de ejemplo, el Recurso de Nulidad 1153-2008 que confirma la condena impuesta a un servidor público sin que se haya procesado a los particulares que, conjuntamente con él, intervinieron en el acto colusorio⁷⁹.
102. Igualmente, la Segunda Sala Penal Transitoria, en el Recurso de Nulidad 1842-2016 LIMA, ha confirmado la condena impuesta al recurrente, afirmando que es posible condenar a un funcionario público por colusión sin necesidad de procesar a los particulares interesados. Para tal efecto, cita el fundamento quincuagésimo del Recurso de Nulidad 1318-2012 LIMA, de fecha 29 de agosto de 2012, que indica lo siguiente:

⁷⁹ Fundamento 9.17 de la sentencia de primera instancia, a fojas 120.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

103. El citado fundamento quincuagésimo dice lo siguiente:

QUINCUAGÉSIMO.- “El delito de colusión ilegal constituye un tipo penal de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro por la participación de un tercero interesado en la contratación, pero el representante del Ministerio Público omitió considerar a la empresa ganadora de la buena pro (...) como *extraneus*. No obstante, del análisis efectuado (...) se determinó irrefutable e indiscutiblemente la concertación entre los funcionarios públicos y el interesado para defraudar al Estado. Dentro de ese contexto, **la negligencia del Fiscal carece de relevancia típica en el caso concreto y no ocasiona vicio a la sentencia, pues esta consideración no fue decisiva y relevante para resolver el caso judicial a favor de los inculpados y enervar las pruebas de cargo en su contra – esto no significa que el *extraneus* no exista sino que preexistiendo no fue considerado formalmente en el proceso como sujeto procesal-**. Por tanto, no existe interés jurídico para declarar la nulidad de la sentencia por dos motivos: i) No se afectó el derecho de defensa de los acusados. ii) La omisión no es de tal entidad que prive el fallo de motivo suficiente para justificar la condena de los imputados (...) por el delito de colusión ilegal” [énfasis agregado].

104. A decir de los jueces emplazados, entonces, sí es posible condenar a un funcionario público por delito de colusión, aunque no se hayan identificado a los terceros interesados con los que se habría coludido o no hayan sido incorporados al proceso penal, lo que tendría sustento en alguna jurisprudencia.

105. Sin embargo, dicha posición jurisprudencial no es la única. En efecto, existe otra postura que considera que la participación del *extraneus* en el proceso penal, plenamente identificado, es indispensable. Así, el Recurso de Nulidad 533-2015/PASCO señala expresamente lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

Décimo tercero: Por último, el elemento típico de este delito, el acuerdo colusorio, determina que estemos frente a un delito de encuentro, por lo tanto, de ser cierta la connivencia entre los funcionarios públicos y el extraneus, **este también debió ser procesado y obrar en el expediente prueba de cargo contra él**, que no es el caso. De ahí que no se haya acreditado este element [énfasis agregado].

106. En ese sentido, si bien el Tribunal Constitucional no es competente para establecer cuál es la mejor interpretación que debe tener un tipo penal, sí puede precisar en qué casos una interpretación puede vulnerar derechos fundamentales y ser inconstitucional.
107. En este caso, advirtiendo las deficiencias que se han identificado en el presente caso, considero que la posibilidad de condenar a un funcionario público sin haberse identificado plenamente a los terceros *extraneus* y sin que estos sean investigados en el mismo proceso penal, conlleva irremediamente una vulneración del derecho de defensa y del principio de presunción de inocencia. Y es que se restringe la libertad personal: i) sin que exista la posibilidad de acreditar plenamente la concertación defraudatoria contra el Estado, justamente por la ausencia de una de las partes; y ii) sin que se haya demostrado además la vulneración a las condiciones de transparencia e imparcialidad en la contratación estatal, así como el trato igualitario entre proveedores, en tanto bien jurídico protegido por este delito.

Efectos de la presente decisión

108. Reponiendo las cosas al estado anterior de los derechos fundamentales vulnerados y de conformidad con el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, debe declararse nula la sentencia del 30 de junio del 2016 de la Cuarta Sala Penal Liquidadora, que condenó al favorecido, y nula la sentencia del 06



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

de julio del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que declaró no haber nulidad en la recurrida.

109. Ahora bien, queda claro que las citadas sentencias, en el extremo referido a la pena privativa de libertad, han surtido sus efectos plenamente. Así, se aprecia de la búsqueda del Servicio de Información Vía Web de la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario (Ubicación de Internos 417511), que Alexander Martín Kouri Bumachar no se encuentra recluido en ningún Establecimiento Penitenciario. Igualmente, de los Antecedentes Judiciales de Internos 417514, se tiene que el favorecido egresó del Establecimiento Penitenciario Ancón II en fecha 29 de junio del 2021 por cumplimiento de la pena.
110. Respecto a este punto, considero necesario conminar a los jueces emplazados a no volver a incurrir en las vulneraciones a los derechos fundamentales identificadas en el presente caso.
111. Sin embargo, no se han cumplido todos los extremos de la sentencia, como es el punto referido a la reparación civil ordenada. Al respecto, en tanto se ha determinado la nulidad de las sentencias cuestionadas, corresponde también declarar la nulidad de los extremos que se mantienen vigentes, como es el caso de la reparación civil.
112. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

105. Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta por un tribunal de alzada, violó el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico [...]. Por lo tanto, el Tribunal dispone, de conformidad con su jurisprudencia, que **el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos,**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC

LIMA ESTE

ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno, y c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia⁸⁰ [énfasis agregado].

113. Debe quedar claro que únicamente me he pronunciado sobre la vulneración de derechos fundamentales alegados en la demanda, sin que ello implique en modo alguno la determinación de la responsabilidad penal del recurrente, lo cual es competencia de la justicia ordinaria. A la vez, se ha de tener en cuenta que es un derecho fundamental que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”⁸¹.

Por todo lo expuesto, mi voto es en el siguiente sentido:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a lo expuesto en los fundamentos 11 a 15 *supra*.
2. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y de defensa; en consecuencia, nula la sentencia del 30 de junio del 2016 de la Cuarta Sala Penal Liquidadora, que condenó al favorecido, y nula la sentencia del 06

⁸⁰ Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

⁸¹ Artículo 2, inciso 24.e), de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04149-2022-PHC/TC
LIMA ESTE
ALEXANDER MARTÍN KOURI
BUMACHAR representado por
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI
SERVIGÓN Y RENZO PAOLO
MIRANDA LEÓN SEVILLANO-
ABOGADOS

de julio del 2017 de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en mayoría, declaró no haber nulidad en la recurrida.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

PACHECO ZERGA