

OBSERVATORIO ANTICORRUPCIÓN¹

CASOS EMBLEMÁTICOS > GASODUCTO²

Resumen del caso:

El caso Gasoducto Sur Peruano comprende hechos cometidos desde el Gobierno de Alan García (2006-2011) hasta el periodo presidencial de Ollanta Humala (2011-2016).

Según la tesis de la Fiscalía, durante el 2011 al 2016, se habría enquistado en el Poder Ejecutivo una organización criminal liderada por Ollanta Humala y Nadine Heredia, y que, con ayuda de funcionarios de Proinversión y otros, buscaron otorgar beneficios indebidos a la empresa Kuntur Transportadora en el proyecto “Gasoducto Andino del Sur” e ilícitamente adjudicar la buena pro al Consorcio “Gasoducto Sur peruano” (conformado por las empresas Odebrecht S.A, Enagás Internacional S.L.U y, posteriormente, Graña y Montero S.A.), en el proyecto “Gasoducto Sur Peruano”.

De esta manera, el ex presidente Ollanta Humala, Nadine Heredia y otros funcionarios públicos vinculados a Proinversión habrían concertado ilícitamente con la empresa brasilera Odebrecht a fin de defraudar al Estado peruano en el marco de la licitación por este megaproyecto de infraestructura.

I. Hechos relevantes del caso

- El caso se encuentra en el Expediente N° 03-2017 a cargo del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en delitos de corrupción de funcionarios.
- El 03 de febrero del 2016, la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios - Equipo Especial, mediante disposición N° 01, dispuso el inicio de las diligencias preliminares contra Nadine Heredia Alarcón, David San Frutós Tome, Jorge Danós Ordoñez, Ana Sofía Reyna Palacios, Manlio

¹ El [Observatorio Anticorrupción](#) nace como una iniciativa de la [Línea de Lucha contra la Corrupción](#) del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp) gracias al financiamiento de *The National Endowment for Democracy* (NED). Nuestro Observatorio es una plataforma de acceso libre que tiene como objetivo empoderar a la sociedad civil en su rol fiscalizador de la función pública. La plataforma condensa data relevante y documentos de análisis en materia de delitos de corrupción y lavado de activos, organizada en las siguientes secciones: casos emblemáticos, notas académicas, estadísticas, normativa y jurisprudencia relevante y boletines académicos.

² Reporte actualizado al 27 de mayo del 2020 por los integrantes de la [Línea de Lucha contra la Corrupción](#) del Idehpucp, Ana Janampa y Rafael Chanjan Documet.

- Bassino Pinasco, Uldericó Ossio Seminario, Mariana Demoro Simoes, Gustavo Adolfo Navarro Valdivia, Maria de Rosario Patiño Marca, Luis Peschiera Rúbini, Rodney Rodríguez de Carvalho, Luis César Lindgren Costa, Flavio Bento Defario y Jorge Henrique Simoes Barata, por el delito de colusión agravada y negociación Incompatible, en agravio del Estado.
- El 11 de junio del 2018 mediante disposición N° 12, 35, 36 y 54 se dispuso ampliar la investigación preliminar contra más funcionarios que resulten responsables, incluyendo a los ex ministros Jorge Humberto Merino Tafur, Luis Miguel Castilla Rubio, René Helbert Cornejo Díaz y Carlos Eduardo Paredes Rodríguez, por la presunta comisión del delito de Colusión, en agravio del Estado, investigación realizada en el marco de la Ley de Criminalidad Organizada.
 - El 27 de septiembre del 2019, mediante disposición N° 57, se dispuso archivar la investigación seguida contra los investigados Jorge Henrique Simoes Barata, Mariana Demoro Simoes, Rodney Rodríguez de Carvalho, Luis César Lindgren Costa, Flavio Bento de Faria, Luiz Fernando de Castro Santos y Claudia Hokama Kuwae, hasta que sea homologado el acuerdo de colaboración eficaz en este extremo.
 - El 13 de febrero del 2020, mediante disposición N° 74, se dispuso dar concluida la investigación preliminar.
 - El 27 de febrero del 2020, mediante disposición N° 78, se formaliza y continúa la investigación preparatoria contra Nadine Heredia Alarcón y otros, por los delito de Asociación ilícita para delinquir, Colusión y Lavado de Activos, en agravio del Estado.
 - Actualmente, el caso sigue en la fase de investigación preparatoria y queda pendiente el inicio a la audiencia de prisión preventiva contra Nadine Heredia y otros funcionarios, solicitada por la Fiscalía.

II. Análisis de los problemas jurídicos encontrados en el caso

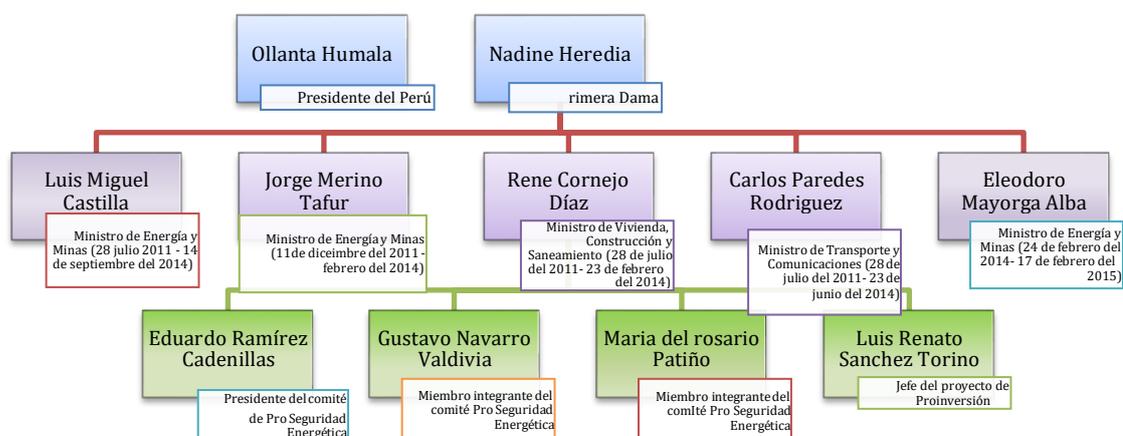
1. Sobre la imputación del delito de asociación ilícita para delinquir

Durante la comisión de los presuntos actos delictivos estuvo en vigencia el artículo 317° del Código Penal que tipificaba el delito de asociación ilícita para delinquir y sancionaba a quien constituía, promovía o integrara una organización de dos o mas personas destinadas a cometer delitos.

Este delito requiere la existencia de un concierto de voluntades permanente de los miembros de la agrupación criminal y se consuma con la sola membresía a la misma, sin necesidad de intervención de alguno de ellos en la comisión de los delitos afines.

Según R.N. N° 2529-2015/Lima Norte, el delito de asociación ilícita requiere estabilidad y permanencia del acuerdo asociativo, cierta consistencia y de cierta organización jerárquica (reparto de funciones y planificación, aunque no exacta o definida de su actividad delictiva). Además, el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 señala que el delito de asociación ilícita sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación, de tal forma que se consuma desde que la organización busca una finalidad delictiva.

A continuación, se plasma la estructura que, según la Fiscalía, se habría enquistado en el Poder Ejecutivo:



Estando ante una estructura piramidal, en el primer nivel se habrían encontrado los encargados de dirigir la agrupación criminal: el ex presidente Ollanta Humala y la ex primera dama Nadine Heredia.

El 28 de julio del 2011, Ollanta Humana inició su periodo presidencial, siendo así la máxima autoridad del Poder Ejecutivo y, según la fiscalía, no solo designó a personas específicas en puestos claves y de confianza que integraron la agrupación criminal, sino que también mantuvo diversas reuniones con los representantes de la empresa Odebrecht en las que se tomaron acuerdos para facilitar el otorgamiento ilegal de la buena pro del proyecto Gasoducto sur peruano.

Respecto a Nadine Heredia, se le imputa el delito de asociación ilícita al haber supuestamente, conjuntamente con su conyuge Ollanta Humala, liderado la agrupación criminal enquistada en el gobierno central durante el periodo presidencial 2011 al 2015, y que en su condición de líder en la organización su rol era establecer los planes delictivos y comunicar los mismos a los demás integrantes de la organización.

Es necesario precisar que, en esta investigación, no se está incluyendo al ex presidente Ollanta Humala, debido a que se debe iniciar el procedimiento de antejuicio político ante el Congreso de la República, para después, pasar a calidad de investigado.

En el segundo nivel, se situarían los ex ministros Luis Castilla, Jorge Merino, Rene Cornejo Díaz, Carlos Paredes Rodríguez y Eleodor Mayorga Alba, quienes desde los ministerios correspondientes y del Consejo Directivo de Proinversión, habrían promovido condiciones favorables para la consecución de los objetivos de la agrupación.

Por último, se encontrarían, en el tercer nivel, los miembros del comité Pro Seguridad Energética, quienes habrían tenido una actuación más directa e inmediata, debido a que por ley estaban encargados de dirigir el procedimiento y de elaborar las bases del concurso, así como de seleccionar al postor y entregar la buena pro. Por ello, según la fiscalía, durante el procedimiento los miembros del comité habrían realizado diversos actos administrativos necesarios para viabilizar los pactos ilícitos determinados por los líderes de la agrupación criminal.

2. Sobre la imputación del delito de colusión

El delito de colusión está regulado en el artículo 384^o del Código Penal y sanciona a cualquier funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de la modalidad de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios concierta con interesados para defraudar o defraudare patrimonialmente al Estado.

El bien jurídico tutelado en el delito de colusión es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este³. Además, el delito de colusión puede cometerse en cualquiera de las etapas de contratación estatal regular: actos preparatorios, fase de selección y fase de ejecución⁴.

Si bien este delito es complicado de probar, debido a que comúnmente no existe medio probatorio único y directo que determine si ocurrió un acto colusorio; sin embargo, se puede probar la comisión del delito mediante el análisis conjunto de diversos elementos de convicción o indicios que demuestren la colusión entre los funcionarios públicos y los interesados.

Respecto de la ex primera dama Nadine Heredia, según la fiscalía, se habría reunido en Palacio de gobierno con ejecutivos de la empresa Odebrecht con quienes habría concertado lo siguiente: a) El término del proceso de concesión del proyecto Gasoducto andino del sur, b) La devolución de la carta fianza por el importe de \$ 66'705,106.20 millones de dólares a la empresa Kuntur Transportadora de Gas S.A. c) Un nuevo proceso de concesión para el proyecto Gasoducto sur peruano, convocado bajo modalidad de APP y d) El favorecimiento fraudulento con la adjudicación de la buena pro del proyecto Gasoducto sur peruano.

³ Montoya, Y. (2016). Manual sobre delitos contra la administración pública. Lima: IDEHPUCP, p. 137.

⁴ Chanjan, R., Torres, D y Gonzales, M (2020). Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Lima: IDEHPUCP, p. 42.

Ello se sostiene en base a las declaraciones de los colaboradores eficaces: 1) Alejandro Graña MiroQuesada⁵ (CE N° 04-2019), 2) Hernando Graña Acuña⁶ (CE N° 005-2019) y 3) Colaborador Eficaz N° 03-2019⁷. Asimismo, también en las declaraciones de otros funcionarios como Luis Sánchez Torino⁸ (jefe del proyecto Gasoducto sur peruano) y Gustavo Navarro Valdivia⁹ (miembro del Comité de Pro Seguridad Energética).

Por otro lado, respecto de los ministros del Poder Ejecutivo y miembros del Consejo Directivo de Proinversión que intervinieron en razón de su cargo, se les imputa presuntamente la comisión del delito de colusión, al haber promovido condiciones favorables para que se adjudique ilícitamente la buena pro al consorcio Gasoducto Sur Peruano.

Siendo así que, según la fiscalía, Jorge Merino Tafur como Ministro de Energía y Minas (período en el cargo del 23/07/12 al 24/02/14), se habría aprovechado de su condición para prolongar indebidamente el plazo de negociación con la empresa Kuntur, con el fin de modificar el contrato de concesión del proyecto Gasoducto andino sur¹⁰ y no emitir pronunciamiento a pesar de que existían documentos emitidos por la Dirección de Hidrocarburos que señalaban que no era posible continuar con negociaciones de modificación del contrato con la empresa Kuntur; asimismo, habría

⁵ En su declaración plasmada en el acta de transcripción del 17 de julio del 2019, Alejandro Graña indicó que tuvo varias conversaciones con Jorge Barata. En junio del 2011, preguntó cómo iban a resolver la garantía de los 67 millones en el proyecto Gasoducto andino sur, a lo Jorge Barata respondió que no se preocupara que tenía una relación buena con Ollanta Humala y Nadine Heredia, al punto que le habían asegurado que no se iba a ejecutar la garantía. En otra reunión en el 2012, indicó que Jorge Barata le dijo que no se iba a ejecutar la garantía pues había tenido reuniones con Ollanta Humala y Nadine Heredia, en las cuales se había decidido hacer una nueva licitación del Gasoducto, y que no se preocupara porque el nuevo proyecto tendría casi la misma ruta que Kuntur. Asimismo, Jorge Barata le indicó que había acordado con la pareja presidencial entregar el estudio de impacto ambiental al postor ganador a cambio de que no se ejecute la garantía, y que, además, Nadie Heredia se comprometió en ayudarlos con la nueva licitación, debido al aporte de campaña que ellos habían hecho.

⁶ En su declaración plasmada en el acta de transcripción del 07 de noviembre del 2019, Hernando Graña indicó que tuvo reuniones con el entonces ministro Jorge Merino para conversar sobre sus observaciones a los proyectos de Ley N° 29970 y el respectivo reglamento, que posteriormente fueron publicados; asimismo, el ministro le dio información privilegiada sobre las decisiones de Proinversión que favorecerían a la empresa Odebrecht.

⁷ En su declaración la persona identificada con el código CE N° 03-2019 manifestó que la iniciativa de crear un comité especial que se encargara del proyecto Gasoducto sur peruano fue realmente a pedido de Ollanta Humala Tasso. Asimismo, señaló que los miembros del comité fueron designados a propuesta de los miembros del Consejo Directivo de Proinversión. Por último, mencionó que muchos de los acuerdos tomados por el Consejo Directivo de Proinversión no fueron tomados en sesiones presenciales, por lo que no una debida exposición, debate y votación, simplemente se les remitía por correo los documentos vinculados a la agenda para que se tenga conocimiento del sustento y contenido de estos.

⁸ En su declaración realizada el 05 de marzo de 2018 y 24 de noviembre del 2016 indicó que Nadine Heredia estuvo presente en varias reuniones que tuvieron con miembros del comité Pro Seguridad Energética, el ministro Jorge Merino y otros funcionarios para conversar sobre los avances y la importancia del proyecto Gasoducto sur peruano.

⁹ En su declaración realizada el 05 de setiembre del 2016, 20 de diciembre del 2017 y 08 de agosto del 2019, indicó que Nadine Heredia estuvo presente y participaba en varias reuniones realizadas en Palacio de Gobierno, junto a autoridades del comité Pro Seguridad Energética, de Proinversión, del Ministerio de Energía y Minas, y de Economía y Finanzas.

¹⁰ Mediante Resolución Ministerial N° 140-2012-MEM/DM del 16 de marzo del 2012.

impulsado la dación de la Ley N° 29852 y la Ley N° 29970, las cuales crearon un nuevo marco normativo para el desarrollo del proceso de la concesión del proyecto Gasoducto sur peruano. Además, habría solicitado al Consejo Directivo de Proinversión incorporar el proyecto Gasoducto sur peruano al proceso de promoción de la inversión privada para que se ejecute en cofinanciación con el Estado peruano¹¹, y, por último, no habría formalizado los acuerdos determinados por la Comisión N° 02, permitiendo que se mantenga el plazo de evaluación del cronograma de ejecución del proyecto Gasoducto andino sur.

Por otro lado, según la fiscalía, como miembros del Consejo Directivo de Proinversión, Jorge Merino y Carlos Paredes Rodríguez habrían participado en diversas sesiones en la que se decidió crear el nuevo comité Pro Seguridad Energética¹², pese a que ya existía uno especializado en hidrocarburos; asimismo, conjuntamente con Miguel Castilla, Ministro de Economía y Finanzas, habrían acordado incorporar el proyecto Gasoducto sur peruano al proceso de promoción de la inversión privada¹³, aun cuando ya existía un proceso de concesión similar vigente (proyecto Gasoducto andino del sur); y, posteriormente, con la participación adicional de Rene Cornejo Díaz, Ministro de Vivienda, habrían acordado modificar el cronograma del proceso de la entrega en la concesión del proyecto Gasoducto sur peruano¹⁴, a fin de que la empresa Odebrecht obtenga financiamiento para el proyecto.

Luego del cambio de ministro de Energía y Minas en febrero del 2014, los ministros Carlos Paredes, Luis Castilla y Eleodoro Mayorga habrían aprobado modificaciones sustanciales a las bases del concurso del proyecto Gasoducto sur peruano¹⁵, con el fin de favorecer ilícitamente a la empresa Odebrecht con la adjudicación de la buena pro; además, habrían designado como presidente del comité de Pro Seguridad Energética a Edgar Ramírez Cabanillas¹⁶, pese a que este último tenía conflicto de intereses al haber asesorado a la empresa Kuntur en el proyecto Gasoducto andino sur; y, finalmente, habrían aprobado la versión final del contrato de concesión del proyecto Gasoducto sur peruano que modificaba la cláusula 9.10.3¹⁷, sin contar con sustento técnico ni legal.

Además, Eleodoro Mayorga Alba, como nuevo ministro de Energía y Minas (periodo en el cargo del 24/02/14 al 17/02/15), habría condicionado la vigencia de la Comisión N° 02 a la entrega de un informe final sobre las posibles modificaciones del contrato de concesión del proyecto Gasoducto andino sur¹⁸, con el fin de mantener el plazo de suspensión del cronograma de ejecución para que la empresa Kuntur presente la solicitud de terminación del contrato invocando causal de fuerza mayor; y, por último,

¹¹ Mediante Oficio N° 003-2013-MEM/CM del 02 de enero del 2013.

¹² Suscrito en el acta de la sesión no presencial N° 506 del 25 de enero del 2013.

¹³ Suscrito en el acta de la sesión N° 503 del 04 de enero del 2013.

¹⁴ Suscrito en el acta de la sesión no presencial N° 577 del 12 de febrero del 2014.

¹⁵ Suscrito en el acta de la sesión no presencial N° 581 del 28 de febrero del 2014.

¹⁶ Suscrito en el acta de la sesión no presencial N° 595 del 07 de mayo del 2014.

¹⁷ Suscrito en el acta de la sesión no presencial N° 605 del 09 de junio del 2014.

¹⁸ Mediante Resolución Ministerial N° N° 339-2014-MEM/DM del 19 de julio del 2014.

habría refrendado la resolución en que el Estado peruano aceptaba la solicitud de terminación del contrato de concesión¹⁹.

Respecto a los miembros del comité de Pro Seguridad Energética, también se les imputa haberse coludido favoreciendo con la adjudicación ilegal de la buena pro del proyecto mencionado al consorcio Gasoducto Sur Peruano, en perjuicio patrimonial del Estado peruano.

Así, luego de la reconfiguración del comité en mayo del 2014, Edgar Bartolo Ramírez Cadenillas, Gustavo Navarro Valdivia y María Raquel Patiño habrían aprobado la versión final del contrato de concesión del proyecto Gasoducto sur peruano, sin adoptar las acciones de mitigación recomendadas, provocando un alto riesgo e incertidumbre respecto a los riesgos de suministro y demanda de gas natural; asimismo, habrían aprobado la última versión de las bases del concurso público para otorgar la concesión del proyecto Gasoducto sur peruano, pese a que no se establecía criterios objetivos de evaluación para elegir al postor más conveniente técnicamente; además, habrían aprobado, sin calificar ni informar como “modificación sustancial” al Consejo Directivo de Proinversión, la última versión del contrato con la modificación de la cláusula establecida en el punto 9.10.3, permitiendo que el operador calificado deje la concesión luego de 10 años contados a partir de la fecha cierre y consintiendo el cambio de operador calificado por otro sin que el nuevo cumpla con los mismos requisitos de precalificación y sin la aceptación del Estado peruano.

Por otro lado, la fiscalía acusa a Gustavo Navarro Valdivia y María Raquel Patiño de haber acordado descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur²⁰, debido a que las bases no establecían que un cambio de participación de los consorciados sea una transgresión insubsanable; también, de haber acordado dejar sin efecto el plazo otorgado al consorcio Gasoducto Peruano del Sur para que subsane la observación advertida²¹; de igual manera, de haber acordado autorizar la contratación directa del estudio Echeconpar a fin de que emita opinión legal sobre la calificación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur²², pese a que dicho estudio tenía relación comercial y empresarial con la empresa Enagás; y, por último, de haber avalado el informe legal emitido por el estudio jurídico Delmar Ugarte²³, en el cual se concluía que correspondía al comité la descalificación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur, sin tener en cuenta que dicho estudio también había mantenido relación comercial y empresarial con la empresa Odebrecht, favoreciendo con la descalificación al consorcio rival.

Respecto a los abogados investigados, la fiscalía imputa a los abogados del estudio jurídico Delmar Ugarte, Luis Peschiera Rubini y Miguel Ronceros Neciosup, por la presunta comisión del delito de colusión agravada, al haberse presuntamente aprovechado de su condición de asesores legales del comité de Pro Seguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del jefe del proyecto Gasoducto sur peruano (en

¹⁹ Mediante Resolución Suprema N° 079-2014-EM del 04 de noviembre del 2014.

²⁰ Mediante sesión extraordinaria del 27 de junio del 2014.

²¹ Mediante sesión extraordinaria del 27 de junio del 2014.

²² Mediante sesión del 27 de junio del 2014.

²³ Mediante sesión extraordinaria del 27 de junio del 2014.

virtud a los contratos N° 42-2013-Proinversión y N° 007-2014-Proinversión), elaborando y coordinando la opinión jurídica del 18 de junio del 2014, con el fin de respaldar la posición de los miembros del comité Pro seguridad Energética de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, ante el comunicado del cambio de porcentaje de participación del consorcio. Así, según la fiscalía, en su condición de funcionarios públicos, se habrían insertado en la estructura de Proinversión para brindar asesoría legal integral, formando parte del acto colusorio e interviniendo directamente, en perjuicio del patrimonial del Estado. De esta manera, habrían dirigido su conducta conforme a lo acordado ilícitamente con Ollanta Humala y Nadine Heredia, y representantes de la empresa Odebrecht.

Asimismo, respecto a los abogados del estudio Ehecopar, la fiscalía imputa a Jorge Danós Ordoñez y Ana Reyna Palacios como autores de la comisión del delito de colusión agravada, al haberse presuntamente aprovechado de sus condiciones de funcionarios públicos²⁴, elaborando el informe legal del 29 de junio del 2014, a efectos de respaldar la posición de los miembros del comité de Pro Seguridad Energética de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur ante el comunicado del cambio de porcentaje de participación del consorcio, formando así parte del acto colusorio acordado por Ollanta Humala y Nadine Heredia, y representantes de la empresa Odebrecht.

3. Sobre la imputación del delito de lavado de activos

El lavado de activos es un proceso complejo que se realiza para dar apariencia de legalidad a los bienes y ganancias que se han originado o derivado de actividades criminales²⁵. En la legislación nacional, el delito de lavado de activos se encuentra regulado en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106 y sus modalidades típicas son las siguientes²⁶:

- a. Actos de conversión y transferencia: la conversión es la colocación o movilización primaria del bien ilícito, y busca que los bienes ilícitos no puedan ser identificados por su origen y procedencia delictiva, haciéndolos ingresar en el tráfico económico para darles legitimidad.
- b. Actos de ocultamiento y tenencia: son varias conductas que se insertan en esta modalidad como el adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, recibir, ocultar, entre otras, que implican la ocultación de bienes o ganancias con la finalidad de evitar su identificación.
- c. Actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito: se refiere al desplazamiento físico de bienes o ganancias de origen ilícito.

En el caso concreto, la fiscalía señala que se habría recibido dinero no contabilizado de la División de Operaciones Estructuradas de la empresa brasilera Odebrecht, a

²⁴ Sesión N° 93 del comité de Pro Seguridad Energética del 27 de junio del 2014.

²⁵ Prado, V. (2017) "Lavado de activos. Derecho penal. Parte especial: los delitos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, p.195.

²⁶ Chanjan, R, Solis, E y Puchuri, F. (2018). Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos. Lima: IDEHPUCP, p. 23-24.

través de transferencia a bancos extranjeros y entrega a mano que no habrían sido declarados ante autoridad competente (SUNAT) y que habrían sido ocultados a efectos de evitar su identificación, lo cual se sostiene en base al Acuerdo de Colaboración Eficaz N° 01-2007²⁷, tramitada ante el primer despacho del Equipo Especial; en dicho proceso se entregó una planilla de cálculo de los pagos efectuados por la División que registraba la entrega de dinero a los codinomes Magali, French, Gazza, Disco, Princesa y Magneto. En ese sentido, dichos personajes habrían recibido y/o ocultado dinero provenientes de fuente ilícita, específicamente del delito de colusión simple y agravada en los que habrían participado los directivos de la empresa Odebrecht.

Es preciso señalar que es no necesario que se determine la existencia concreta o específica del delito precedente, ello en virtud a la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 que estableció como doctrina legal que para la investigación o posible sanción del delito de lavado de activos no se requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas previas, sino que basta con la acreditación de la actividad delictiva de modo genérico.²⁸

A continuación, se indica quiénes serían y bajo qué modalidad se habría realizado el delito de lavado de activos, según la tesis de la fiscalía:

NOMBRE	MODALIDAD
<p>Miguel Ronceros Neciosup (Magaly). Abogado del estudio Delmart y asesor legal en el proyecto Gasoducto Sur Peruano. Emitió informes al comité de Pro Seguridad Energética.</p>	<p>Haber recibido y ocultado la suma de US\$ 150,000 a través de la offshore PEL Proyect Engineering & Logistics y haber ocultado la suma de US\$ 300.000, a través de la offshore Manning Investment Company, durante el mes de octubre y diciembre del 2014.</p>
<p>Emilio Brignardello Vela (French) y Manlio Alessi Remedi. Manlio Alessi era director ejecutivo de Enersur/GDF Suez y Mile Cacic era gerente general de SEMPRA, ambas empresas formaron parte del consorcio Gasoducto Peruano del Sur. Emilio Brignardello, amigo de ambos, era el contacto de Odebrecht para obtener información privilegiada (precio de la oferta y composición del consorcio) del consorcio, incluso antes que se informe a Proinversión.</p>	<p>Ambos al haber ocultado la suma de US\$ 1'000,000 durante el 2014 al 2015, a través de la offshore Chirag Gand Power Corp perteneciente a Emilio Brignardello. Por un lado, Emilio Brignardello al haber transferido de la compañía Garabato Property S.A de propiedad de Emilio Brignardello la suma US\$ 500.000 en el año 2016 y 2017 a la cuenta de Manlio Alessi en el banco Julius Bar, y Manlio Alessi al haber ocultado en su cuenta del banco Julius Bar dicho monto.</p>

²⁷ Enlace de la sentencia emitida por el Poder Judicial que aprueba el Acuerdo de Colaboración eficaz 01-2007: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/397244004a58e809b518fdb1377c37fd/Exp.+35-2018-2_Resol.+20+-+Aprueba+acuerdo+de+colaboración+eficaz.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=397244004a58e809b518fdb1377c37fd

²⁸ Considerando 19 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433.

<p>Constantino Galarza Zaldivar (Gazza) Brindó información privilegiada sobre la ubicación de terroristas y sus campamentos en la región del VRAEM, lugar en donde se construiría parte del proyecto, para dar mayor viabilidad y seguridad para iniciar la ejecución de este.</p>	<p>Haber recibido bajo modalidad de entrega en mano la suma de US\$190,000 y haber ocultado en la cuenta de su empresa CGZ Ingeniería Corp la suma de US\$240,000.</p>
<p>Luis Pizarro Aranguren y Ana Reategui Vela (Disco y Princesa). Elaboró un informe y asesoró a efectos que Proinversión disponga la ejecución del proyecto en un solo tramo, contraviniendo el plan de ejecución del proyecto y el programa de trabajo.</p>	<p>Haber recibido dinero ilícito durante setiembre y octubre de 2014 por la suma de US\$ 1'300,000, a través de Luna Pizarro.</p>
<p>Víctor Ponce Pérez y Arturo Valverde Postor (Magneto). A cambio de defender en los medios de comunicación peruanos el proyecto Gasoducto sur peruano.</p>	<p>Al haber recibido US\$ 40,000 en el mes de octubre del 2014.</p>

4. Colaboración eficaz en el proceso.

Actualmente, las declaraciones de los postulantes a colaboradores eficaces, realizadas en el marco de las investigaciones de casos de corrupción, han coadyuvado a elaborar tesis fiscales más sólidas, precisando y aportando elementos de convicción sobre hechos ilícitos, e incluyendo a nuevas personas involucradas en los mismos.

Es así que, a mediados del año 2019, se aprobó judicialmente el Acuerdo de colaboración de eficaz realizado entre la empresa Odebrecht y el Estado peruano sobre los proyectos Vía evitamiento Cusco, Vía Costa Verde Callao, los tramos 1 y 2 de la línea 1 del Metro de Lima y los tramos 2 y 3 de la carretera Interoceánica Sur; no obstante, también se ha dejado constancia de la información y colaboración que se está aportando para el esclarecimiento de otros hechos no incluidos en el acuerdo, tales como el proyecto Gasoducto sur peruano y los aportes de campaña a partidos políticos²⁹. En razón a dicho acuerdo, la empresa reconoció “la programación de pagos no contabilizados”, aunque aún no ha especificado que se trate de sobornos, aportes de campaña o de otro tipo³⁰. Posteriormente, han declarado varios ex funcionarios de dicha empresa sobre el proyecto Gasoducto sur peruano, por ejemplo, Rodney Rodrigues de Carvalho, ex director ejecutivo del consorcio Gasoducto Sur Peruano, quien confirmó que se realizaron pagos para procurarse la adjudicación de la buena pro del proyecto³¹.

²⁹LA REPÚBLICA. “Odebrecht: este es el acuerdo de colaboración eficaz con la empresa brasileña”. <https://larepublica.pe/politica/2019/07/16/odebrecht-este-es-el-acuerdo-completo-de-colaboracion-eficaz-con-la-empresa-brasilena-jorge-barata-lava-jato-jose-domingo-perez-rafael-vela-poder-judicial/>

³⁰LA REPÚBLICA. “Odebrecht pretende cobrar U\$ 1200 millones”. <https://larepublica.pe/politica/2020/02/06/odebrecht-pretende-cobrar-us-1200-millones-gasoducto-sur-peruano-fiscalia/>

³¹LA REPÚBLICA. “Odebrecht: Rodney Carvalho confirmó pago de sobornos en Gasoducto del Sur”. <https://larepublica.pe/politica/2020/03/11/odebrecht-rodney-carvalho-confirmando-pago-de-sobornos-en-gasoducto-del-sur/>

Sin embargo, el 21 de enero del 2020³², la empresa Odebrecht interpuso una demanda contra el Estado peruano por la resolución del contrato del proyecto Gasoducto sur peruano, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Ante ello, la Procuraduría Ad Hoc solicitó reincorporar a los ex directivos de la empresa Odebrecht como investigados en la investigación del caso Gasoducto sur peruano, ello tiene sentido en tanto el proceso de colaboración eficaz es un mecanismo de la justicia penal negociada del arrepentido y dicha demanda representaría un comportamiento contrario a la naturaleza del proceso.

Por otro lado, a fines del 2018, la empresa Graña y Montero postuló al proceso de colaboración eficaz a nivel corporativo³³, reconociendo la comisión de actos ilícitos por parte de la empresa en diversos proyectos de infraestructura, entre ellos el proyecto Gasoducto sur peruano.

Hasta el momento, la fiscalía ha precisado en sus piezas procesales la participación de algunos postulantes a colaboradores eficaces como Alejandro Graña Miro Quesada, Hernando Graña Acuña³⁴ y CE N° 03-2019, quienes han compartido y corroborado información sobre la presunta concertación del beneficio ilegal referido a la garantía en el proyecto Gasoducto andino sur entre la pareja presidencial y los representantes de la empresa Odebrecht, de la presunta entrega de información privilegiada de las decisiones de Proinversión y de la iniciativa del ex presidente Ollanta Humala en crear un nuevo comité para el proyecto Gasoducto sur peruano, etc. Además, en los últimos meses, los medios de comunicación han revelado la condición de Jorge Merino como postulante a colaborador eficaz en la presente investigación ³⁵.

5. Sobre el concepto de funcionario público en el Derecho Penal

El concepto de funcionario público es autónomo y propio en el Derecho Penal, con el tiempo ha buscado ser más amplio para abarcar sujetos que estarían excluidos, por ejemplo, bajo el ámbito administrativo; por ello, en el Derecho Penal no interesa tanto la calificación jurídica o la condición que desempeña su labor el funcionario público, sino que sea capaz de lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública³⁶.

³² LA REPÚBLICA. “Odebrecht pretende cobrar U\$ 1200 millones”. <https://larepublica.pe/politica/2020/02/06/odebrecht-pretende-cobrar-us-1200-millones-gasoducto-sur-peruano-fiscalia/>

³³ GESTION. “Graña y Montero apunta a firmar acuerdo final de colaboración eficaz con la fiscalía en marzo”. <https://gestion.pe/economia/empresas/grana-y-montero-apunta-a-firmar-acuerdo-final-de-colaboracion-eficaz-con-la-fiscalia-en-marzo-augusto-baertl-nndc-noticia/>

³⁴ GESTION. “Caso Lava Jato: ¿Cómo se convirtieron José y Hernando Graña en colaboradores eficaces de la fiscalía?” <https://gestion.pe/peru/politica/caso-lava-jato-como-se-convirtieron-jose-y-hernando-grana-en-colaboradores-eficaces-de-la-fiscalia-noticia/>

³⁵ GESTION. “Caso Gasoducto: Jorge Merino se acogió a la colaboración eficaz y complica a Nadine y a su abogado”. <https://gestion.pe/peru/politica/nadine-heredia-caso-gasoducto-jorge-merino-se-acogio-a-la-colaboracion-eficaz-y-complica-a-nadine-y-a-su-abogado-noticia/>

³⁶ Montoya, Y. (2016). Manual sobre delitos contra la administración pública. Lima: IDEHPUCP, p. 39.

De esta manera, para ser funcionario público se debe ostentar dos elementos esenciales. El primero es la incorporación heterónoma a la función pública, lo cual significa que adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo. El segundo elemento es la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público, lo cual implica que estando en dicha posición el funcionario pueda poner en peligro efectivo el bien jurídico protegido por los delitos especiales³⁷.

Por otro lado, los Organismos Internacionales han reconocido que el establecimiento de un concepto razonable de funcionario público constituye una medida político-criminal idónea para que los Estados puedan prevenir y controlar los delitos de corrupción, por lo que han intentado establecer una definición lo suficientemente amplia y material para evitar la impunidad³⁸.

Por ello, a nivel de tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, existen dos convenios que definen lo que se entiende por funcionario público, tanto el Convenio Interamericano contra la Corrupción y Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción³⁹. Respecto a estos convenios internacionales Rafael Chanjan señala lo siguiente:

“Ambos convenios parten de un concepto amplio de funcionario público. Por un lado, el Convenio Interamericano contra la Corrupción, desde un enfoque material, fundamenta el elemento “funcionario público” sobre la base de la propia función de naturaleza pública que desempeña, no siendo relevante la forma en la que el funcionario se incorpora a la administración ni su nivel jerárquico, y tampoco si el funcionario ejerce funciones de representación o políticas, su régimen laboral, ni que sea una actividad remunerada o no. Por otro lado, el Convenio de Naciones Unidas establece que lo esencial para identificar a un “funcionario público” es el desempeño de una función pública y aclara que no interesa la naturaleza remunerada o no de la actividad que realiza ni que esta sea temporal o permanente”⁴⁰.

Además, nuestra legislación nacional regula ampliamente dicho concepto al indicar en el último numeral del artículo 425^o del Código Penal que también será funcionario público “los demás indicados por la Constitución y la Ley”; y siendo que el artículo 55^o de la Constitución incorpora a los tratados celebrados y en vigor por el Estado como

³⁷ *Ibíd.* pp. 39.

³⁸ Chanjan, R. (2020). El concepto de “funcionario público” en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. En: *Revista General de Derecho Penal*, N° 33, p.5.

³⁹ Según el Convenio Interamericano contra la Corrupción es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Por otro lado, según el Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción es i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público; y iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

⁴⁰ Chanjan, R. (2020). El concepto de “funcionario público” en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. En: *Revista General de Derecho Penal*, N° 33, p.5-6.

parte de nuestra legislación nacional, se entiende que el derecho penal peruano comparte el concepto de funcionario público comprendido en los tratados mencionados.

En ese sentido, es absolutamente válido que un juez o un fiscal apelen a esta definición en un caso concreto, dado que estas normas internacionales tienen naturaleza autoaplicativa y pertenecen al Derecho interno en virtud del artículo 55° de nuestra Constitución⁴¹.

Asimismo, la sentencia de casación N° 634-2015-Lima también reconoció que, para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora un listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario y servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho Penal respecto al resto de órdenes jurídicos como el administrativo, laboral o constitucional.

- **¿Es Nadine Heredia funcionaria de facto?**

La fiscalía postula que Nadine Heredia fue funcionaria por delegación de funciones de parte de su cónyuge Ollanta Humala, en razón a que, mediante Decreto Supremo N° 082-2011-PCM de fecha 20 de octubre del 2011, se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial (órgano público ejecutor), incluyendo que una de las funciones del Despacho era apoyar las actividades oficiales y/o protocolares, así como las aquellas vinculadas a los fines institucionales en las que participe la Primera Dama, en su calidad de cónyuge del Presidente de la República.

Para determinar si Nadine Heredia fue funcionaria de facto, es decir, si ejerció determinadas funciones públicas sin estar autorizada formalmente para ello en la administración pública⁴², se tendría que evaluar, en primer lugar, si cumple con la condición de ser funcionaria pública, para después analizar si es realmente funcionaria de facto.

Es necesario indicar que la definición de funcionario público debe ser acorde al propuesto por el Derecho Penal, es decir, un concepto amplio que no genere espacios de impunidad; por lo que, si bien la figura de primera dama no es un cargo que se adscriba al régimen del empleo público, la Ley Servir u otro régimen laboral público ni que vincule al Estado de manera contractual, si es un cargo con título administrativo-protocolar reconocido de forma heterónoma y con justo título.

En el año 2016, se emitió el Decreto Supremo N° 077-2016-PCM que derogó el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial que fue aprobado por el DS N° 066-2006-PCM y modificado por el DS N° 082-2011-PCM, y aprobó un nuevo reglamento.

⁴¹ *Ibíd.* p.6.

⁴² Sentencia N° 2758-2004-HC/TC.

Respecto a la figura de primera dama, dicho reglamento estableció lo siguiente:

- Artículo 4.- Funciones Generales
 - j) Brindar apoyo a las actividades en las que participe el cónyuge del Presidente de la República; así como en la gestión de los documentos dirigidos al cónyuge, y la coordinación con las entidades pertinentes;

- Artículo 14.- Unidades Orgánicas de la Secretaría General
La Secretaría General cuenta con las siguientes unidades orgánicas:
 - a) **Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República**
 - b) Oficina de Protocolo

- Artículo 15.- Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República
La Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República es la unidad orgánica encargada de **articular acciones de carácter benéfico y social del cónyuge del Presidente de la República**, que respondan a las solicitudes y necesidades más apremiantes en los diferentes sectores de la sociedad; así como apoyar su participación en actividades protocolares y de carácter oficial a nivel nacional e internacional.

- Artículo 16.- Funciones de la Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República.
Son funciones de la Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República, las siguientes:
 - a) Canalizar a las entidades públicas y privadas la atención de las comunicaciones dirigidas al cónyuge del Presidente de la República, según corresponda;
 - b) Promover la articulación con las entidades públicas, privadas y la sociedad civil, el apoyo a programas, proyectos y actividades destinados a atender las necesidades de la sociedad en un marco de equidad y justicia social;
 - c) Canalizar ante las entidades competentes la cooperación nacional e internacional orientadas a apoyar iniciativas que fomenten la solidaridad hacia las poblaciones más vulnerables;
 - d) Apoyar la participación del cónyuge del Presidente de la República en las actividades protocolares y de carácter oficial a nivel nacional o internacional del Presidente de la República;
 - e) Proponer y promover acciones de carácter benéfico, impulsando causas sociales con la colaboración de entidades públicas, privadas, de la sociedad civil, fundaciones, nacionales o internacionales; y,
 - f) Otras funciones que le sea encargada por el/la Secretario/a General.

De esta manera, se creó una oficina exclusiva de apoyo al cónyuge que en cierta medida contribuye a determinar las funciones que tendría el cargo de Primera Dama. Además, para que dicha oficina pueda llevar a cabo sus funciones necesariamente requiere de personal administrativo encargado del apoyo y de un presupuesto determinado que sería financiado con el presupuesto institucional del pliego del Despacho Presidencia, según lo establece el artículo 2 de dicha resolución suprema.

Así, si bien la figura de primera dama no tiene una relación laboral formal con el Estado, si tiene un vínculo real-material con la función pública. De las normas administrativas infralegales del Poder Ejecutivo, se puede desprender que sí existía

un reconocimiento de las funciones públicas que desempeñaba la Primera Dama. La función de una Primera Dama es de naturaleza pública (y no privada), pues se vincula con la actividad pública del Estado peruano y, en concreto, con el Poder Ejecutivo.

Ahora, respecto a si es funcionaria de facto, durante el gobierno presidencial de su cónyuge, según diversas declaraciones de altos funcionarios que se hicieron mención anteriormente, Nadine Heredia asistió y tuvo un papel protagónico en diversas reuniones realizadas en Palacio de Gobierno con funcionarios que participaron en el proceso de contratación del proyecto Gasoducto andino sur y Gasoducto sur peruano para instruirles las decisiones que debían realizar desde los ministerios, Proinversión y comité Pro Seguridad Energética; y con directivos de las empresas Odebrecht con quienes acordaban conceder beneficios a la empresa Kuntur y otorgar la buena pro al Consorcio Gasoducto Sur Peruano.

Por ello, es posible afirmar que, si bien formalmente Nadine Heredia desempeñó el cargo de Primera Dama, de facto habría sido una funcionaria pública con poder de influencia directa en las decisiones que se tomaban en torno al proyecto Gasoducto sur peruano. Es decir, de facto, habría intervenido por razón de su cargo en la concertación con la empresa Odebrecht para defraudar patrimonialmente al Estado peruano.

- **¿Los abogados externos que prestan servicios al Estado son funcionarios públicos?**

Respecto a los abogados del estudio Delmart Ugarte y Echeconpar, la fiscalía señaló que Luis Peschiera Rubini, Miguel Ronceros Neciosup, Jorge Danós y Ana Reyna son funcionarios públicos debido a los contratos firmados con Proinversión, en los que se asignaron a los abogados mencionados para brindar asesoría jurídica al comité Pro Seguridad Energética y otros, respecto del proyecto Gasoducto sur peruano.

La interrogante recae en si los abogados externos que prestan sus servicios legales al Estado pueden ser considerados funcionarios públicos para el Derecho Penal peruano.

Según nuestra legislación, el numeral 3) del artículo 425º del Código Penal prescribe que es funcionario público todo aquel que, independiente del régimen laboral, mantiene un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades y organismos del Estado.

Asimismo, es preciso indicar que en el R.N N° 4630-2008, la Sala Penal Permanente de la Corte ha interpretado que son funcionarios públicos para efectos penales aquellas personas que presten servicios técnicos y profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales (en sentido amplio) y también quienes mantienen con el estado tan solo vínculos laborales o contractuales, temporales y/o a plazo fijo, sin importar la naturaleza jurídica de derecho privado o público, esto debido a la importancia y gravitación de la actividad que desarrollan.

Además, la Sentencia de Casación N° 634-2015/Lima indicó que el artículo 425 del Código Penal propone el elemento normativo de funcionario público y que dicho sujeto activo lo es por el título, por una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva cifrado en la participación efectiva de la función pública, es decir, en su contribución a la función estatal.

Por lo tanto, los abogados al ser vinculados al Estado mediante contratos civiles de prestación de servicios con el fin de brindar asesoría legal, también se convierten en funcionarios públicos para el Derecho Penal peruano, en tanto ellos contribuyen y participan de la función estatal.

En ese sentido, los abogados del Estudio Delmart Ugarte Luis Peschiera Rubini y Miguel Ronceros Neciosup cumplen con los dos requisitos esenciales para ser funcionarios públicos: (i) los títulos habilitantes fueron los contratos que los vincularon civilmente con el Estado (Contrato N° 42-2013-PROINVERSION y el Contrato N° 007-2014-PROINVERSION) para brindar asesoría legal integral al comité de Pro Seguridad Energética, en las actividades que formen parte del proceso de promoción de la inversión privada del proyecto Gasoducto sur peruano y (ii) la condición de asesores jurídicos del comité los situaron en una posición de cercanía o proximidad continua al bien jurídico del delito de colusión, debido a que sus opiniones legales influían drásticamente en el proceso de adjudicación de la buena pro.

Por otro lado, la participación que tuvieron los abogados del estudio Ehecopar, Jorge Danós y Ana Reyna, fue ligeramente diferente, ya que ellos fueron contratados⁴³ para dar exclusivamente una opinión legal sobre la incidencia de la descalificación del postor Gasoducto Peruano del Sur. Si bien en el caso anterior los abogados del estudio Delmart Ugarte brindaron asesoría jurídica integral y continua mediante diversas opiniones legales, quedando más clara la relación que tenían los abogados con el Estado, no quiere decir que -teóricamente- no se les pueda considerar funcionarios públicos a los abogados del estudio Ehecopar. Todo lo contrario, la incidencia de la opinión legal también situaba a estos abogados en una posición próxima de lesión al bien jurídico del delito de colusión, siendo que sus comportamientos vinculaban al Estado, es decir, la asesoría jurídica que brindaron mediante la opinión legal iba dirigida específicamente a los funcionarios del comité, quienes eran los encargados de definir la descalificación del postor Gasoducto Peruano del Sur, siendo influyente y determinante dicha opinión legal para que se lleve a cabo un adecuado proceso de contratación.

III. Conclusiones

- En el presente caso, se lleva a cabo una investigación de carácter compleja, debido a la gravedad de los tipos penales (delito de colusión, asociación ilícita y lavado de activos) y los sujetos investigados (altos funcionarios públicos) que exigirá un conjunto de medios de investigación necesarios para sustentar la tesis fiscal en las siguientes etapas del proceso.

⁴³ Acordado mediante el Acta de Sesión de Acuerdo N° 93 el autorizar la contratación directa del estudio Ehecopar.

- El Derecho Penal peruano, a la luz de los instrumentos internacional de lucha contra la corrupción, debe mantener un concepto de funcionario público material y amplio con el fin de no perpetuar actos de impunidad, sobre todo en casos emblemáticos que envuelve a altos funcionarios públicos. Este entendimiento material de funcionario público permite teóricamente considerar como tales al cargo de Primera Dama y a los profesionales (terceros) contratados por la administración pública para realizar una actividad importante en favor de una entidad del Estado.
- El aporte probatorio que brinda la colaboración eficaz en este proceso es sumamente importante y necesario para dilucidar los hechos de corrupción realizados en el proyecto Gasoducto sur peruano, en ese sentido, se debe realizar una debida corroboración de la información obtenida.