



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

La excepción de improcedencia de acción como medio de defensa en la etapa de investigación preparatoria, en especial referencia al rol neutral del abogado

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogada

AUTOR

Dayanne Luz ESPINOZA MUCHA

ASESOR

Dr. Robinson Octavio GONZALES CAMPOS

Lima, Perú

2025



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Espinoza, D. (2025). *La excepción de improcedencia de acción como medio de defensa en la etapa de investigación preparatoria, en especial referencia al rol neutral del abogado*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Dayanne Luz Espinoza Mucha
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	75400112
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0002-3700-5633
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Robinson Octavio Gonzales Campos
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07168272
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-1520-0024
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Jaime Víctor Zelada Bartra
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08654115
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Julio Hernan Figueroa Bustamante
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08248540
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08162135
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica.

Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distritos de Lima Metropolitana Latitud: -12.04318 Longitud: -77.02824
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2023-2024
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADA CON SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N°002

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTE: Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA
- 2.- Mg. JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE
- 3.- Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ
- 4.- Dr. ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS (Asesor)

La bachiller postulante al Título Profesional de Abogada, doña:

DAYANNE LUZ ESPINOZA MUCHA

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

La excepción de improcedencia de acción como medio de defensa en la etapa de investigación preparatoria, en especial referencia al rol neutral del abogado

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, la graduanda fue aprobada con la nota de

DIECISEIS (16)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando la candidata:

**APROBADA POR UNANIMIDAD Y CON MENCIÓN HONROSA
CON LA NOTA 18 (DIECIOCHO)**
Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los CATORCE días del mes de ABRIL del año 2025

Presidente del Jurado

Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA

Mg. JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE

Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

Dr. ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS
(Asesor)



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, **ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS**, en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral N°000149-2024-EPD-FDCP/UNMSM de fecha 25 de abril del 2024, de la Tesis, cuyo título es **La excepción de improcedencia de acción como medio de defensa en la etapa de investigación preparatoria, en especial referencia al rol neutral del abogado**, por el bachiller Dayanne Luz Espinoza Mucha, para optar el Título Profesional de Abogado(a).

CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de **20%** de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título correspondiente.

Lima, 05 de marzo de 2025.

Firma del Asesor: _____

Nombres y apellidos del asesor: ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS

DNI: 07168272

ÍNDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTOS.....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO	8
1.1. Planteamiento del problema.....	8
1.1.1. Presentación de la problemática	8
1.2. Formulación del problema.....	11
1.2.1. Problema principal	11
1.2.2. Problema específico.....	11
1.3. Objetivos de la investigación.....	11
1.3.1. Objetivo General	11
1.3.2. Objetivo Específico	11
1.4. Importancia y alcance de la investigación.....	12
1.4.1. Justificación de la investigación	12
1.5. Límites de la investigación	12
1.5.1. Límite espacial.....	12
1.5.2. Límite poblacional	12
1.5.3. Límite teórico	13

CAPÍTULO II: REVISIÓN DE LA LITERATURA	13
2.1. Marco Teórico	13
2.1.1. Sobre el rol neutral del abogado	13
2.1.2. Sobre la excepción de improcedencia de acción	38
2.1.3. Sobre la investigación preparatoria	48
2.2. Antecedentes del estudio	49
2.2.1. Antecedentes nacionales	49
2.3. Definición de términos	50
2.3.1. Rol neutral del abogado	50
2.3.2. Excepción de improcedencia de acción	50
2.3.3. Investigación preparatoria	51
CAPÍTULO III: HIPÓTESIS	51
3.1. Hipótesis principal	51
3.2. Hipótesis secundaria	52
CAPÍTULO IV: MATERIALES Y METODOS	52
4.1. Método de investigación	52
4.2. Tipo de investigación	52
4.3. Nivel de investigación	53
4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	53
4.4.1. Técnicas de recolección de datos	53
4.4.2. Instrumentos de recolección de datos	53

4.5. Procedimientos de recolección de datos	53
4.6. Aspectos éticos de la investigación.....	54
CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	54
5.1. RESULTADOS.....	54
5.1.1. EL CRITERIO JUDICIAL DESNATURALIZA EL OBJETO DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN AL EVITAR DETERMINAR EL ROL NEUTRAL DEL ABOGADO MEDIANTE LA INSTITUCIÓN DE PROHIBICIÓN DE REGRESO COMO CRITERIO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	57
5.1.2. NECESIDAD DE ESTABECER CRITERIOS PARA UNA MEJOR DETERMINACIÓN DEL ROL NEUTRAL DEL ABOGADO MEDIANTE LA FIGURA PROCESAL DE EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN.....	65
5.1.3. EL CRITERIO JUDICIAL VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS PROCESALES DEL IMPUTADO.	75
5.2. DISCUSIÓN	78
CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	80
6.1. CONCLUSIONES.....	80
6.2. RECOMENDACIONES.....	81
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82
ANEXOS:.....	84

DEDICATORIA

A mis queridos padres, quien a lo largo de su vida me han inculcado la cultura del estudio y trabajo, su dedicación y esfuerzo para asegurarme una educación son un regalo que valoro más allá que cualquier bien material, gracias por ser los faros en mi vida, por iluminarme el camino hacia el conocimiento, los amo profundamente.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, por su incondicional y constante apoyo, sin ti jamás lo hubiera logrado; a mis hermanos, por sus alegrías; a mi novio Rodrigo Salcedo Bellota, por su apoyo emocional durante todo este proceso; al Dr. Rafael Vega Llapasca y al Dr. David Vela Orihuela por sus enseñanzas que han sido fundamentales para mi crecimiento profesional y a Lynda Fernández Olivas cuyas perspicaces observaciones y constructivos comentarios han sido cruciales para la consolidación de este trabajo.

RESUMEN

El artículo 6 numeral 1 literal b del CPP'04 regula y establece la excepción de improcedencia de acción, esta figura procesal cuestiona la validez de una pretensión penal atribuida por el fiscal dado que presenta una carencia material, es decir, se pone en duda el juicio de subsunción normativa realizado, de puro derecho, que determinará si la conducta es típica y antijurídica.

La presente tesis tiene como contexto problemático el criterio judicial cuando se trata de determinar el rol neutral del abogado, mediante la institución de prohibición de regreso como criterio de exclusión de la imputación objetiva, ello a través de la excepción de improcedencia de acción que es deducida contra la disposición de formalización de la investigación, puesto que se ha podido advertir diversos problemas jurídicos en la praxis judicial.

Considerar que la viabilidad de la determinación del rol neutral del abogado mediante este medio de defensa pueda ser únicamente realizado con una imputación jurídica acabada o con la valoración de los medios de prueba, lesionan derechos de la parte imputada y desnaturalizan la causa por la que fue creada esta figura procesal.

Por ello, determinamos abordar este criterio judicial negativo estableciendo y definiendo criterios que permitan una mejor determinación del rol neutral del abogado en procesos complejos, con la finalidad de evitar procesos formalizados con una pretensión jurídica inválida que generan mayor carga procesal.

PALABRAS CLAVE: prohibición de regreso, rol neutral del abogado, excepción de improcedencia de acción, procesos complejos, formalización de la investigación.

ABSTRACT

Article 6, paragraph 1, letter b of the CPP'04 regulates and establishes the exception of inadmissibility of action. This procedural resource questions the validity of a criminal claim attributed by the prosecutor given that it presents a material deficiency, that is, the judgment of normative subsumption made, of pure law, which will determine if the conduct is typical and unlawful, is called into question.

The present thesis has as its problematic context the judicial criterion when it comes to determining the neutral role of the lawyer, through the prohibition of return as a criterion for excluding the objective imputation, this through the exception of inadmissibility of action that is deduced against the provision of formalization of the preparatory investigation, since various legal problems have been noted in judicial practice.

Considering that the viability of determining the neutral role of the lawyer through this means of defense can only be done with a completed legal charge or with the assessment of the evidence, violates the rights of the accused party and distorts the cause for which the exception of inadmissibility of action was created.

Therefore, we decided to address this negative judicial criterion by establishing and defining criteria that allow a better determination of the neutral role of the lawyer in complex processes, with the purpose of avoiding processes formalized with an invalid legal claim that generate greater procedural burden.

KEY WORDS: prohibition of return, neutral role of the lawyer, exception of inadmissibility of action, complex processes, formalization of the investigation.

INTRODUCCIÓN

La teoría del delito ha tenido un gran desarrollo a nivel histórico, ya que ha buscado adaptarse a los nuevos retos de la realidad social, desempeñando un papel crucial actualmente la imputación objetiva como criterio delimitador ya que permite evaluar si una conducta ha generado un riesgo típico y que este se encuentra materializado en un resultado; esta teoría emergió como respuesta a las limitaciones de los modelos tradicionales y a la necesidad de restringir una imputación penal desproporcionada, dado que una mera relación de causa y efecto resultaba insuficiente para establecer la responsabilidad penal.

Una de las instituciones dogmáticas para limitar la responsabilidad hacia atrás en la cadena de eventos en la imputación objetiva es la prohibición de regreso, que mediante un juicio normativo basado en la teoría de los roles sociales va a restringir la imputación penal dado que la conducta evaluada no es típica ni antijurídica.

En la praxis judicial se ha podido advertir diversos problemas jurídicos cuando se pretende determinar el rol neutral del abogado a través de un criterio de exclusión de la imputación objetiva refiriendo que el hecho no constituye delito mediante la excepción de improcedencia de acción como cuestionamiento a la disposición de formalización de la investigación en procesos complejos. A partir de la evaluación de trabajos nacionales e internacionales, se ha podido observar que este medio de defensa es originario en nuestro país, importado del código procesal civil, razón por la cual ha dificultado el mapeo de trabajos con nuestras variables: rol neutral del abogado y excepción de improcedencia de acción.

Por ello, a partir de una evaluación jurídica dogmática y jurisprudencial se ha desarrollado cada variable, centrándonos en evaluar la vinculación de ambas variables, lo cual se ha realizado a partir de los casos (1) Monroy Gálvez y (2) Dános Ordoñez y Reyna Palacios, a propósito de los casos de corrupción en nuestro país en el que se encuentra implicada la Constructora Odebrecht, advirtiéndose problemas jurídicos que generan la necesidad de establecer criterios para una mejor determinación del rol neutral del abogado en procesos complejos.

CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del problema

1.1.1. Presentación de la problemática

Con la instauración del Nuevo Código Procesal Penal en nuestro país se establece un nuevo proceso penal diferente al vigente con el antiguo código, este nuevo proceso trajo consigo nuevas funciones a los actores procesales y nuevas etapas en el proceso penal peruano, siendo tres sus etapas: la etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia y etapa de juzgamiento o juicio oral.

La característica principal de la investigación preparatoria es que existe una etapa preliminar (etapa pre jurídica) y una etapa formalizada (etapa jurídica), generándose como consecuencia de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria formulada por el representante del Ministerio Público debido a que existe una sospecha reveladora por parte del fiscal como consecuencia de los indicios reveladores recabados, respecto a la existencia del delito denunciado, así como identifican al presunto autor y su presunta vinculación al delito perpetrado, es decir, el autor habría de ser responsable del hecho ilícito acaecido.

Durante el proceso de investigación preparatoria, el procesado tiene diferentes derechos y garantías procesales, siendo uno de ellos el derecho de defensa, el cual se materializa a través de la excepción de improcedencia de acción que cuestiona la falta de una condición en la acción penal planteada por el fiscal en su pretensión atribuida en la disposición de Formalización bajo los siguientes presupuestos que el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

No obstante, durante los últimos años se ha observado una cultura judicial entre nuestros operadores de justicia que se muestra reacia a concluir el proceso en la etapa de investigación preparatoria, especialmente cuando se intenta determinar la conducta neutral del abogado en el ejercicio de su profesión mediante la excepción de improcedencia de acción. En sus decisiones, prevalece la cultura de promover la progresividad y la continuidad de la investigación preparatoria, lo que contraviene y desnaturaliza la función de este medio de defensa en esta fase del proceso,

generándose como resultado, que este recurso defensivo se vuelva ineficaz en la investigación formalizada.

Estas deficiencias procesales se hacen evidentes en el Caso Danos Ordoñez y Reyna Palacios puesto que el Fiscal Supremo de forma antiética modificó la imputación penal realizada en su disposición de formalización, variando sus participaciones a través de una ampliación de la primigenia formalización, con la finalidad de ampararse en el principio de progresividad y solicitar la sustracción de la materia en la audiencia de vista de la causa programada para unos días después ante la Corte Suprema, en la cual se iba a debatir la determinación del rol neutral de los abogados procesados.

Estos criterios negativos se hacen evidentes en los pronunciamientos de los jueces de investigación preparatoria y los jueces de las Salas Penales de Apelaciones, lo cual genera que el procesado, luego de varios años que dura el trámite de haber sido deducido este medio de defensa ante el juez de primera instancia, logre resolver su situación en la Corte Suprema. Esta situación se hace evidente en el antedicho caso y en el Caso Monroy Gálvez. Por ello, en el presente trabajo nos centraremos en analizar ambos casos, los cuales versan en los tantos casos de corrupción en nuestro país en el que se encuentra implicada la Constructora Odebrecht.

En el primer caso, analizaremos las situaciones procesales de Jorge Elías Danós Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios, cuya participación en los hechos atribuidos se debió a su competencia como Asesores Legales del Comité de Pro Seguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del Jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, ya que fueron contratados para que brinden asesoría como abogados del Estudio Ehecopar.

En la Disposición de Formalización primigenia de la Investigación Preparatoria a los investigados Jorge Elías Danós Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios se les imputó ser autores del delito de colusión agravada, toda vez que se habrían aprovechado de su condición de asesores, por lo que habrían formado parte del pacto colusorio que fue acordado de forma ilícita entre el grupo empresarial Odebrecht y la ex pareja presidencial, conformada por el ex presidente Ollanta Humala y su cónyuge Nadine Heredia, por dicha razón fueron contratados por Proinversión mediante

Contratación Directa y en su calidad de servidores públicos, como asesores intervinieron de forma directa en la redacción del informe legal que fue entregado el 29 de junio de 2014, siendo este el documento que se usó para favorecer a la empresa Odebrecht al descalificar a su competidor.

Por otro lado, en el segundo caso, analizaremos específicamente la situación procesal de Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, a quien se le atribuye ser cómplice primario en el delito de colusión agravada dado que habría favorecido en la Concesión realizada para el Proyecto Corredor Vial Interoceánica. El fiscal sostiene en su disposición de formalización que su participación como cómplice primario, en su condición de asesor legal, habría sido el emitir informes legales que invalidaron las preocupaciones expresadas por la Contraloría General sobre la regularidad del concurso de Proinversión, siendo su opinión la que facilitó la firma del contrato, beneficiando a Odebrecht ya que esta empresa formaba parte del Consorcio ganador que fueron favorecidos y se adjudicaron los tramos del proyecto.

Ante ello, las defensas técnicas de los investigados dedujeron Excepción de improcedencia de Acción bajo el presupuesto de que el hecho imputado no constituye delito, puesto que los procesados en su condición de abogados consultores realizaron informes legales que fueron desarrollados dentro de su rol permitido, por lo que surge el siguiente cuestionamiento ¿Es válido y viable determinar el rol neutral de los procesados mediante este medio de defensa que cuestiona la imputación penal atribuida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria? O es válido como ampliamente señala el criterio judicial que para su determinación se debe preferir el principio de progresividad de la investigación a fin de que la imputación penal se encuentre delimitada conforme al desarrollo de la investigación.

En ese sentido, a través de los casos analizados, se busca evidenciar que el criterio judicial al evaluar este medio de defensa, cuyo objetivo es determinar si la conducta desplegada por el abogado consultor fue desarrollada dentro de la neutralidad, posee una cultura que carece el favorecer la conclusión del proceso penal sin un fallo o sentencia. Estos actos han coadyuvado con la desnaturalización de la excepción de improcedencia de acción como medio de defensa en la etapa de investigación preparatoria, puesto que limitan su actuar a la espera de que se finalice la

investigación preparatoria y que solo sea válido y viable como cuestionamiento al Requerimiento Acusatorio, lo cual viene lesionando el derecho de defensa del imputado y garantías procesales.

(Palabras clave: actos neutrales del abogado, progresividad de la investigación, investigación formalizada, excepción de improcedencia de acción, criterio judicial)

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema principal

- ❖ ¿De qué manera se valora el rol neutral del abogado en la imputación objetiva al deducir una excepción de improcedencia de acción como cuestionamiento a la disposición de formalización de la investigación?

1.2.2. Problema específico

- ❖ ¿Es válido y viable determinar el rol neutral del abogado a través de la excepción de improcedencia de acción como medio de defensa ante la Disposición de Formalización en etapa de investigación preparatoria?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo General

- ✓ Identificar el criterio judicial en las diferentes instancias al analizar el rol neutral del abogado a través de la excepción de improcedencia de acción como cuestionamiento a pretensión penal de la disposición de formalización de la investigación.

1.3.2. Objetivo Específico

- ✓ Identificar si es válido y viable determinar el rol neutral del abogado a través de la excepción de improcedencia de acción que cuestiona la imputación penal atribuida en la disposición de formalización de la investigación.

1.4. Importancia y alcance de la investigación

1.4.1. Justificación de la investigación

La presente investigación pretende analizar la excepción de improcedencia de acción en etapa de investigación preparatoria, con una especial atención al rol neutral del abogado, puesto que se ha identificado un problema procesal-dogmático en la praxis judicial de nuestro sistema jurídico, específicamente en la primera etapa del proceso penal, puesto que el criterio judicial al abordar esta figura procesal a efectos de determinar el rol neutral de abogado, lo aborda de forma sesgada y contraria a la finalidad de brindar un proceso penal célere, actos que han generado la desnaturalización de la excepción de improcedencia de acción cuando se pretende determinar el rol neutral del abogado en esta primera fase del proceso penal, siendo este criterio judicial el que afecta negativa y directamente las garantías procesales del investigado, como la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, restringiendo, de igual forma, el derecho de defensa; generando de tal manera que la aplicación del artículo 6 inc. 1 literal b del Código Procesal Penal se vuelva ineficiente al cuestionar la disposición de formalización de la investigación preparatoria, por lo que con el presente trabajo se busca establecer criterios que permitan determinar el rol neutral del abogado en una etapa temprana del proceso a partir de una teoría objetiva de los conocimientos especiales.

1.5. Límites de la investigación

1.5.1. Límite espacial

Se tiene como delimitación espacial que la presente tesis se llevará a cabo analizando los alcances del criterio judicial expresado en las sentencias de Casación N° 526-2022 y N° 1095-2021, emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1.5.2. Límite poblacional

La muestra para analizar se encuentra delimitada a los jueces que han generado diversos pronunciamientos relacionados a la determinación del rol neutral del abogado, como criterio de exclusión de la imputación objetiva, a través de la excepción de improcedencia de acción como cuestionamiento a la disposición de formalización.

1.5.3. Límite teórico

La construcción del marco teórico se llevará a cabo a partir de una revisión de las normas penales, doctrina dogmática y la diversa jurisprudencia dada por nuestros jueces penales, siendo estas fuentes formales las que servirán para definir y señalar los alcances del rol neutral de abogado y la excepción de improcedencia

CAPÍTULO II: REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. Marco Teórico

2.1.1. Sobre el rol neutral del abogado

La globalización trajo consigo un mundo más complejo: países intercomunicados, grandes organizaciones empresariales, la era de la digitalización, entre otros; en el ámbito penal trajo consigo una criminalidad más organizada, lo cual sigue siendo todo un reto para la dogmática penal adaptarse, a fin de abordar eficazmente nuevos comportamientos delictivos con el objetivo de evitar hechos impunes.

La imputación objetiva producto de una normativización del tipo ha tomado dominio superando estos problemas, dejando en desuso las teorías causalistas por los múltiples problemas que generaron en su aplicación, como evidencia Rojas Vargas (2009, p.46) al señalar que la imputación objetiva ha establecido criterios útiles que han generado gran eficacia, lo cual ha puesto en evidencia las insuficiencias de la relación causal, constituyéndose, como refiere Alcocer (2014, p.77), en una herramienta necesaria que ayuda con el objetivo de una adecuada evaluación de la determinación normativa de la responsabilidad penal.

➤ Antecedentes de la imputación objetiva

Es necesario, antes de analizar y describir esta teoría, explicar su surgimiento de forma concreta a efectos de fines prácticos y una mejor valoración de su importancia en la dogmática penal.

❖ Evolución a partir de las Teorías Primigenias

La imputación objetiva desde el enfoque causalista recurría a las ciencias extrajurídicas para explicar si la conducta tenía una relevancia penal, siendo las teorías causalistas una corriente doctrinaria que se centra en el análisis de la acción que causa el resultado como la estructura del delito, bajo una visión objetiva fundamentada en las ciencias naturales, analizando los hechos partiendo de la premisa de que la acción realizada por el agente es un “acto voluntario”, sin tomar en cuenta si existió alguna intención, generándose con esta acción una modificación del mundo exterior de manera voluntaria.

Las teorías causalistas tuvieron gran predominancia hasta mediados del siglo XX, considerando a la conducta humana (acción) como el primer elemento a analizar en el delito, esta conducta humana puede consumir el delito a través de una acción comisiva, es decir, el agente hace algo; o por una acción omisiva, el agente no hace algo que debería hacer. Para ello, la teoría causal determina que hablaríamos de la existencia de un delito siempre y cuando el resultado es causado por la acción del agente, por ello, la tipicidad en la teoría causalista tiene como enfoque principal el nexo causal que se da como vínculo entre la acción y el resultado dañoso, debiendo dicha relación subsumirse en la norma penal, ya que los causalistas consideraban al resultado causal como un resultado típico.

En aquellos tiempos, predominaba la teoría causalista propuesta por el jurista Julius Glaser, la cual se fundamentaba en la **TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES**, también conocida como la teoría de la *conditio sine qua non*, esta teoría fue desarrollada por el magistrado alemán Maximilian von Buri, la cual se fundamenta al sostener que la causa de un resultado es una acción exteriorizada por el agente, por lo que al eliminar la acción si el resultado desaparece es que dicha acción lo causo, caso contrario, el resultado seguiría existiendo, se toma como regla jurídica para su análisis no realizar una distinción jerárquica entre las diferentes acciones que concurren y contribuyen a la materialización del resultado, estableciéndose cada acción como una acción necesaria y de igual equivalencia, sin la cual el resultado no se hubiera reproducido, así como también la acción y el resultado son equivalentes.

Esta teoría analiza toda cadena de eventos que llevan al resultado, por ejemplo: el homicidio con arma de fuego, si mentalmente suprimimos el disparo del arma de fuego realizado por A y

desaparece la muerte de B, se tiene que la acción realizada por A que fue el disparar ha generado el resultado que es la muerte de B.

A pesar de la utilidad en la determinación del causante del resultado dañoso por parte de esta teoría en su momento, se presentaron problemas en su aplicación como la causalidad cumulativa, alternativa, irrelevancia de los cursos causales hipotéticos, entre otros; lo cual ha sido objeto de diversas críticas, centrándose estas críticas en realzar sus limitaciones, una crítica a esta teoría lo señala Villavicencio Terreros (2006, p.318) ya que refiere que los postulados de la teoría causalista recurren a la ciencia extra penal, dado que solo puede ser verificado el nexo causal si es que existe una comprobación científica que haya permitido determinar la ley causal, si la ley causal de las ciencias naturales no podía confirmarse resultada muy controvertido como en el caso Contergan que se dio a principios de los años sesenta, en el que se debatía si el compuesto del somnífero, la talidomida, había generado consecuencias negativas en las madres gestantes que lo consumían, ya que se habrían causado problemas en la anatomía y desarrollo del feto como lesiones cerebrales, respecto a ello, el citado autor señala que para las teorías causalistas es relevante verificar el nexo causal, sin embargo, si la ciencia extrapenal como las ciencias naturales no puede identificar la causa no es posible advertir cuál sería el nexo causal.

Otra de las críticas más frecuentes contra esta teoría es su *causalidad infinita* puesto que puede llevar a una cadena infinita de causas, llegando a ser estas causas o condiciones triviales para que sean consideradas relevantes de un punto de vista jurídico penal. De igual forma, esta teoría *no realiza una distinción entre condiciones relevantes e irrelevantes*, lo que puede llevar a resultados injustos, estas limitaciones se pueden evidenciar en la jurisprudencia alemana en el pronunciamiento del 14 de junio de 1906 expedido por el Tribunal alemán, citado en el Material Autoinstructivo de la Academia de la Magistratura (2016), en el que se emite sentencia condenatoria contra un vendedor de vino como cómplice por el delito de proxenetismo, ya que era proveedor de vinos a un burdel clandestino, el argumento señalado por el citado tribunal es que esta persona favorecía el actuar ilícito del dueño del burdel, puesto que al tener dicho burdel bebidas alcohólicas como el vino habría generado un mayor ingreso de clientes. En ese sentido, se observa que el punto de vista del tribunal alemán es que el vino causaba el delito de proxenetismo,

al ser una causa de la *conditio sine qua non* del resultado, refiriendo que el vendedor de vino tenía responsabilidad penal ya que tenía conocimiento y favorecía el actuar ilícito. (p.18)

Podemos advertir que el tribunal alemán, desde una perspectiva de la teoría de la *conditio sine qua non*, se limitó solo a comprobar el comportamiento del vendedor de vino, sentenciándolo bajo el argumento que su aporte como proveedor de vinos al burdel favorecía el ingreso de diversos clientes y que la actividad ilícita se siga generando, por tener su aporte una causa directa al resultado que es el proxenetismo se le atribuyó responsabilidad penal como cómplice, evidenciándose una atribución de responsabilidad penal injusta basada en la causalidad infinita del hecho, que podría llegar al absurdo de atribuirle responsabilidad penal al fabricante del vino, al que lo transporta, etc.

❖ Evolución a partir de la Teoría del Finalismo

La teoría finalista formulada por Welzel buscó limitar esta imputación objetiva excesiva, siendo innegable sus aportes respecto a la evaluación de la acción causal, partiendo como principal planteamiento a “la acción final”, acogido posteriormente por el derecho penal.

El finalismo busca explicar y establecer que toda conducta humana está dirigida hacia un fin, no es un acontecer causal natural, como refiere Welzel (2004, p.42) toda actividad va dirigida por una finalidad, cuyo fundamento de esta finalidad es la voluntad de prever las posibles consecuencias que pueda causar la conducta, por ello, la conducta va dirigida por un plan que tiene insertado el logro de un fin, siendo la voluntad (intención finalista del autor) el eje central de esta acción final, por lo que el sujeto está consciente del fin de su conducta.

Un ejemplo que ilustra lo propuesto es en el caso de un robo, X busca robar a Y, para ello, X piensa en los posibles medios con los que va a disminuir los esfuerzos de Y que realizará para evitar que le roben, tomando en cuenta que de acuerdo con el medio que use se podría desencadenar una posible muerte de Y, si el único fin es robar, X evitará en todo momento usar un objeto que pueda producir la muerte de Y ya que su conducta se encuentra dirigida por un fin económico, el cual es apropiarse del bien que se va a robar.

En ese sentido, el resultado típico es considerado como consecuencia de la finalidad del autor, centrándose el finalismo en la intención y el fin de la acción. Ante ello, surge la “adecuación social” como un complemento de esta teoría, propuesta por Edmund Mezger y también desarrollada por Welzel, originándose a causa de las limitaciones que presentaba la teoría finalista, ofreciendo un contexto para entender la intención del agente, ya que si bien algunas conductas eran típicas no eran consideradas socialmente reprochables.

Asimismo, Welzel en 1939 plantea como determinación del actuar ilícito, la teoría de la “adecuación social”, a partir de observar las conductas criminales detalladas en el tipo penal, las cuales son contrarias y nocivas a una vida social ordenada, por ello, postula que las sanciones se fundamentan en el carácter social e histórico que tienen como fin limitar dichas infracciones para generar una mejor convivencia social, siendo dicho carácter histórico que fundamenta el tipo de acuerdo a la teoría predominante, por ejemplo, el tipo penal fundamentado en una teoría causalista, la acción de engendrar era entendida como asesinar ya que la causalidad infinita generaba que se llegue ha dicho absurdo.

Por ello, Welzel en sus últimas ediciones de sus manuales refiere un ejemplo que ilustra mejor su teoría, al referir que un sujeto manda a pasear a alguien por el bosque en el momento en el que está empezando una tormenta, con la intención de que le caiga un rayo y se genere la muerte de dicha persona, al analizar este ejemplo, el autor afirma con bien señala Cancio (2004, p.706) que la acción citada no tiene ninguna relación con la teoría causal, ni vinculación con el dolo, ya que su análisis debe ser desde una perspectiva social a lo cual Welzel lo denomina “adecuación social”.

Podemos entender que esta acción denominada “socialmente adecuada” es un comportamiento que debe ser desarrollado en el ejercicio de su libertad, siendo determinada como acción social ya que se desarrolla dentro de lo socialmente permitido, quedando exentas de dicha concepción las conductas que generan lesiones corporales, por más que sean insignificantes, o conductas que lesionan el valor de la honestidad, sin embargo, brindan un límite en la imputación penal a diferencia de las teorías causalistas, puesto que Welzel refiere (2004) como ejemplo que el barman que se encarga de servir bebidas alcohólicas, su comportamiento se encuentra dentro del parámetro de lo socialmente adecuado, ya que si bien el consumir alcohol puede poner en una situación de

riesgos al consumidor como manejar ebrio en el tráfico rodado con la probabilidad de causar un accidente y sufrir graves consecuencias, el citado autor sostiene que el barman no tiene un deber de garante ni de tutor con sus consumidores, por lo que no se le puede atribuir responsabilidad penal si es que existiese una consecuencia negativa como un atropello causado por el consumidor que ha bebido de forma excesiva y pese a ello ha conducido. Por dicha razón, si se lesiona un bien jurídico causado por un consumidor ebrio, se encuentra prohibido en los delitos de lesión atribuir responsabilidad penal al barman que se encargó de servirle bebidas alcohólicas. (p.87-88)

En ese sentido, la adecuación social, desarrollada por Welzel parte de una realidad social del Derecho, conforme lo ha citado Caro (2023, p.46) para este autor toda persona se encuentra en constante riesgo de sufrir daños o poner en constante riesgo sus bienes jurídicos, ante ello, nuestro sistema penal no actúa como un protector de esos bienes de forma continua, dado que su análisis se direcciona al ámbito del significado y sentido, mas no al de la naturaleza.

A pesar de los postulados dados por la teoría finalista no se logró superar las limitaciones que presentaban las teorías causalistas, ya que su desarrollo se centró más en el elemento subjetivo, sin desarrollar objetivamente limitaciones a la imputación penal excesiva, ya que para atribuir responsabilidad penal se debía basar en el elemento subjetivo, si dicha conducta había sido voluntaria y con conocimiento, lo cual hacía más compleja la imputación ya que resultaba problemático en casos donde la intención no era clara.

❖ Evolución a partir de las Teorías Individualizadoras

Las **TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS** surgen con la pretensión de identificar la causa determinante que ha producido dicho resultado, buscando superar las limitaciones de las teorías causalistas primigenias, siendo las más conocidas las siguientes teorías:

a) De la causalidad adecuada

Esta construcción teórica fue formulada por el fisiólogo Friburgo J. von Kries sobre la base de estudios de von Bar, introduce un análisis más cualitativo y normativo, intentando establecer

criterios a partir de los cuales sea posible determinar cuándo una acción puede ser considerada como causa del resultado de un delito.

La causalidad adecuada se aplica después de haber establecido la causalidad fáctica, es decir, primero se identifica si la acción del agente es una causa sine qua non del resultado, después se analiza, si la acción es adecuada para generar ese resultado, a través de las reglas de la lógica y experiencia.

Esta teoría diverge de la teoría sine qua non ya que excluye positivamente aquellas condiciones que no son adecuadas para producir el resultado, generando de esa manera límites en la causalidad, para lo cual se elimina las condiciones irrelevantes.

La crítica principal a esta teoría es que existirían problemas en su aplicación en situaciones complejas con múltiples factores que influían en el resultado final, así como en casos donde la acción no era típicamente adecuada para causar un resultado si lo era en el contexto específico, como casos de autoría mediata.

b) De la relevancia típica

Esta construcción teórica fue formulada por E. Mezger enfocándose en individualizar las circunstancias concretas y las características específicas de cada situación, evitando generalizaciones excesivas como la teoría de las condiciones, caracterizándose esta teoría no por solo buscar limitar la causalidad, sino que analiza también si dicha relación entre la conducta y el resultado tiene relevancia desde el punto de vista del tipo penal, constituyéndose como requisito imprescindible la verificación respecto a si el resultado es típico.

Las teorías reseñadas son importantes en la evolución de la teoría actual de la imputación objetiva ya que como señala Velásquez (2022, p. 266) constituyen un vínculo entre las teorías primigenias de rasgo causal y las teorías contemporáneas de la imputación objetiva, generándose con ello diferentes fases de análisis, una primera fase de análisis causal y otra fase de análisis normativa. Sin embargo, estas teorías fueron insuficientes para superar las limitaciones que se evidenciaba al

determinar una imputación penal, así lo refiere también Jakobs (1997, p.19) al señalar que en un homicidio, ¿por qué se le imputa la muerte a quién disparó?, ante dicha interrogante las respuestas habituales dadas por los causalistas serían porque el agente causó la muerte o lo causó de modo adecuado, por su parte, los finalistas responderían, el agente causó la muerte dolosamente; estas teorías si bien disminuyen los destinatarios idóneos para atribuir responsabilidad penal, aún resultan insuficientes para fundamentar la imputación penal.

❖ Superación de las teorías causalistas hacia una dogmática normativista

Esta teoría moderna del derecho penal origina que se impute una responsabilidad penal al presunto autor del delito sin tener que recurrir a las ciencias extrajurídicas, en ese sentido, la imputación objetiva se fundamenta en un concepto jurídico penal, o como bien señala Hurtado Pozo (2005, p.431) la imputación objetiva es el primer paso para establecer la responsabilidad del autor examinando si la conducta del autor fue ilícita, seguido de la atribución de su comportamiento típico, antijurídico y culpable. Por ello, esta teoría dogmático-normativa busca complementar el análisis subjetivo de la culpabilidad (intención, negligencia) con un análisis objetivo de la relación causal y del riesgo creado por la conducta, debiéndose encontrar dicho riesgo materializado en el resultado.

Asimismo, se debe precisar que la imputación objetiva no excluye el análisis causal, dado que son categorías independientes y sucesivas. En el derecho comparado internacional, la jurisprudencia penal española ha realizado una clara distinción entre el análisis causal y la imputación objetiva como categorías independiente en la sentencia emitida por el Tribunal Supremo expedida el 05 de abril de 1983 citado por Infante (2002, p. 248) en López (2016, p.122), de la siguiente forma:

“La sentencia del TS (Tribunal Supremo) 2ª de 20 de mayo. 1981, ya ha distinguido, con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constatación de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones— sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene

adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir, que, mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que el resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuentes) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o reducción del riesgo, o el del fin de protección de la norma”.

La diferencia de esta teoría con las formulaciones anteriores, como refiere Polaino (2015, p.384) es que fue la primera doctrina en abandonar la ontología (la ciencia del ser) y de resolver problemas legales a través de estándares normativos (la ciencia del debe ser). El análisis normativo insertado en la imputación objetiva ha sido desarrollado en gran parte por los juristas alemanes en las teorías del funcionalismo cuyo enfoque es dogmático-normativista. Sus máximos representantes de esta teoría son los juristas Claus Roxin, quien expresa una teoría de rasgo moderado, y Günter Jakobs, de rasgo radical de la normativización, cuya finalidad de ambas teorías se fundamenta en un fin preventivo.

Como bien explica Cancio (2004, p.40), Roxin es el máximo exponente de la teoría de la imputación objetiva que fundamenta su análisis a partir del principio del riesgo, quien define que el resultado se subsume en el tipo penal cumpliendo el tipo objetivo cuando la conducta desplegada por el agente ha creado un riesgo el cual se encuentra fuera de lo permitido o supera lo permitido, siendo ello el fundamento de su acción. Asimismo, expresa que este riesgo no permitido debe encontrarse materializado en el resultado, debiendo este resultado dañoso encuadrarse dentro del alcance del tipo penal.

En la teoría del funcionalismo moderado de Roxin, que trata de limitar lo ilimitadamente objetivo, se identifican como elementos principales los siguientes criterios:

1. **Creación de un Riesgo No permitido.** – La teoría analiza si el comportamiento del agente ha creado un riesgo que se encuentra fuera de lo permitido o ha superado lo permitido, encontrándose dicha conducta dentro de los parámetros de lo no permitido para ser considerado relevante penalmente, es decir, exceden los límites permitidos.
2. **Realización de un riesgo en el Resultado.** – En el resultado se debe observar la concreción o materialización del riesgo creado por la conducta del agente, encontrándose este riesgo dentro del parámetro de lo no permitido. Es decir, debe existir un vínculo directo entre la conducta que crea el riesgo no permitido y el daño ocasionado.
3. **Ámbito de protección de la norma.** – Si el resultado se subsume en el tipo penal señalado en el ordenamiento jurídico, se ha lesionado la finalidad preventiva que tenía la norma infringida, caso contrario, si el resultado es ajeno al tipo legal no se puede imputar objetivamente la conducta supuestamente dañosa.

En ese sentido, la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Roxin, para atribuir a la conducta del autor un resultado, primero se deberá verificar el nexo causal entre la acción y el resultado, segundo, se requiere comprobar si la acción realizada ha generado un riesgo que se encuentre en el parámetro de lo no permitido (primer elemento), así como también si el resultado fue producido de este peligro creado por el agente (segundo elemento), es decir, *“el derecho penal requiere para que una conducta humana sea reprochable, que el ataque al bien jurídico sea objetivamente imputable al autor del comportamiento típico, es decir, no basta con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal, para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario, además, que dicho resultado pueda ser atribuible objetivamente a él”* (Ejecutoria de 24 de noviembre de 1998, Exp. 4034-98, citado por Villavicencio Terreros, p.43)

La imputación objetiva es una herramienta que limita atribuir responsabilidad al autor solo por la competencia de sus actos, un ejemplo de su aplicación, es el caso del conductor que atropella a un

transeúnte de forma imprudente, como consecuencia de esta imprudencia el transeúnte fallece, por lo que al identificarlo llaman a su familiar, respondiendo el teléfono su madre de 67 años que sufre de hipertensión, quien al escuchar la impactante noticia fallece por un paro cardíaco, ante tales decesos, al conductor solo se le puede ser atribuido la muerte del transeúnte, mas no la muerte de la madre del transeúnte puesto que no existe una causalidad entre la acción desplegada por el conductor y el deceso de la mujer de 67 años.

Por su parte, Jakobs fundamenta su teoría radical de la normativización en el rol social y en determinar si la conducta del agente objetivamente tiene carácter delictivo, para su determinación se analiza la imputación en dos fases, como refiere Hurtado Pozo (2005, p.440.441) ex ante la existencia del riesgo considerando toda circunstancia conocida al momento en que se desarrolla el comportamiento y se determina ex post cuando se concreta el peligro en el resultado, ésta debe ser comprobada teniendo en cuenta toda circunstancia conocida una vez que este se ha producido, clasificándose su análisis por I) la calificación de la conducta del agente como típico (Imputación objetiva del comportamiento) y II) la verificación si el resultado es imputable objetivamente (Imputación objetiva del resultado), siendo importante señalar que la teoría funcionalista de Jakobs se fundamenta en un enfoque normativista del riesgo.

Es menester precisar las distinciones entre la teoría funcionalista moderada de Roxin y normativista de Jakobs:

- a) **Enfoque Normativo:** Por su parte Roxin se centra en la expectativa social y normativa sobre los sujetos que poseen conocimientos especiales, mientras que Jakobs le da una mayor importancia en el análisis de la imputación objetiva a los roles sociales y su responsabilidad inherente al rol de los profesionales.
- b) **Imputación Específica:** Roxin centra su análisis en la creación e incremento del riesgo no permitido que afecta bienes jurídicos, mientras que Jakobs se centra en el funcionamiento de las normas, que se ajusten específicamente en los roles profesionales o de oficios a efectos de brindar mayor seguridad en la expectativa social.

❖ Punto de partida: La teoría de los roles sociales

Los seres humanos por naturaleza somos seres sociales, en un país globalizado como el nuestro, se puede observar en nuestra convivencia social que cada persona dentro de su esfera desarrolla un rol en su desenvolvimiento de un oficio o cargo profesional, por ejemplo: el taxista, abogado, médico, madre de familia, etc.

El rol presenta un doble aspecto uniforme conforme lo clasifica Polaino (2015, p.384-385):

- a) Aspecto externo o formal. – Es el etiquetamiento que expresa el rol ya que se identifica socialmente como una percepción generalizada, indicando su posición en la sociedad. Por ejemplo, Juan conduce su carro y lo detiene una persona vestida con uniforme de policía, sin conocer a la persona que porta el uniforme, Juan lo identifica como policía por su etiqueta que es la vestimenta.
- b) Aspecto interno o material. – El rol le otorga ciertos derechos y lo faculta de ciertas obligaciones inherente que la sociedad asume como tal, por ejemplo, el magistrado que sentencia a una persona, la sociedad asume que dicha sentencia es justa, porque dictar sentencias justas está dentro de su obligación.

La determinación de la imputación objetiva a partir de los roles, expresa al rol como un criterio delimitador de reprochabilidad penal, ya que su análisis se enfoca a partir de la percepción que cada ciudadano debe actuar bajo el cumplimiento de su rol, caso contrario, se defrauda esta expectativa social, lo cual sucede muchas veces en nuestra realidad social, generándose el quebrantamiento del rol, que, como refiere Polaino (2015, p.388) ello implica que no solo ha manejado de forma inadecuada su área de responsabilidad, desviándose de sus competencias, sino que además ha incumplido sus expectativas sociales, que se confiaban en su persona, conforme a los estándares de las relaciones interpersonales.

Ante ello, las normas penales sancionan este quebrantamiento del rol ya que generan inseguridad en las expectativas e imposibilita la convivencia social, siendo estos roles necesarios para el desarrollo del país y son los que fundamentan el riesgo permitido como refiere Jakobs (1997, p.243) lo que fundamenta el riesgo permitido se encuentra relacionado con lo que se considera

necesario a partir de los diversos intereses que existen en nuestra sociedad. De forma paralela, ello será aplicable cuando, al igual que en el estado de necesidad, se pueda evaluar tanto la utilidad que expresa ese riesgo que se va a permitir y las posibles consecuencias dañosas que puede generar según criterios jurídicos; es decir, si dichos intereses pueden calificarse como legalmente reconocidos o no reconocidos.

El rol posibilita los contactos sociales y el desarrollo del país, un ejemplo de ello es el tráfico rodado, ello está permitido a pesar de los altos riesgos que genera su funcionamiento contra la vida del ser humano, pero a efectos de limitar dicho riesgo y que éste sea permitido o menos nocivo, se encuentra regularizado toda conducta prohibida durante su funcionamiento en el reglamento especial de tránsito. Así también sucede con los otros roles o actividades, que en su desarrollo generan un grave peligro, pero son necesarios para el desarrollo de la sociedad.

✓ Análisis de la imputación objetiva de la conducta

Este análisis no se va a aplicar de manera automática en todos los casos que se ha verificado la existencia de un nexo causal entre la conducta y el hecho, sino que se debe verificar que esta conducta sea relevante para el derecho penal. Asimismo, como refiere Jakobs para determinar un juicio normativo se debe realizar bajo las siguientes instituciones dogmáticas: i) El riesgo permitido, ii) Principio de confianza, iii) Actuación a riesgo propio de la víctima y iv) Prohibición de regreso (citado por Cancio Meliá, 2004, p.52), estas instituciones *restringen* la imputación penal, en otras palabras, la causa del resultado típico puede ser atribuido jurídicamente a la conducta desarrollada por el agente a partir de la superación de los criterios señalados puesto que sirven como herramientas para una fácil identificación. Para un mejor desarrollo de la presente tesis, nos vamos a centrar en la institución dogmática de prohibición de regreso.

❖ Prohibición de regreso.

A efectos de limitar la imputación penal a través de esta institución dogmática se han establecido diversos criterios, siendo uno de ellos la prohibición de regreso, como expresa Villavicencio Terreros (2006, p.328) esta figura dogmática es un criterio que limita la determinación respecto a si una acción es delictuosa, determinando que la acción desplegada califica a la conducta como

inocua o estereotipada, puesto que la acción exteriorizada no puede ser determinada como una participación en la comisión de un delito realizado por un tercero.

En la misma línea, Medina Frisancho (2016, p.77) refiere que esta institución dogmática se basa en el sustrato social, a efectos de posibilitar los contactos sociales que se dan en la actualidad, debido a que amenazar sancionar penalmente a una persona que se desempeña en su rol socialmente cotidiano por actos ilícitos de un tercero, implicaría imponerle como obligación conocer la intención de cada destinatario de su servicio, es decir, si en un contrato social, las partes debieran considerar todas las consecuencias posibles, la interacción social se vería paralizada desde un punto cognitivo puesto que se quedaría asfixiada por actos de supervisión.

La prohibición de regreso se aplica para evitar que la imputación típica se extienda de manera ilimitada a personas que están más allá del círculo de los riesgos específicamente creados por la conducta del agente. Por ello, como regla se establece que se atribuye un resultado a la persona que ha creado un riesgo no permitido (principio de autodeterminación), por lo que si el riesgo materializado en el resultado ha salido del ámbito de riesgo creado originalmente por A y ha entrado en un ámbito de control de un tercero no se puede reprochar penalmente a A por acciones que ha salido de su ámbito de competencia.

Al participar dos o más personas en el suceso que causo el resultado dañoso, se debe analizar la prohibición de regreso a partir de los siguientes parámetros:

1. **Autonomía de la Decisión del Tercero.** – La responsabilidad penal no debe atribuirse al agente A que ha creado un primer riesgo (riesgo permitido), por actos de un tercero (B) que se ha beneficiado de este primer riesgo y su acción se ha desarrollado creando un riesgo que se ubica dentro de los parámetros de lo no permitido, actuando este tercero de manera autónoma y libre, tomando una decisión que ha causado finalmente el resultado dañoso. En esta situación, se puede observar que los actos realizados por el tercero han generado la ruptura de la cadena de la imputación objetiva.
2. **Corte de la Cadena Causal.** – Ello implica que la acción del agente A que ha creado un riesgo permitido (primer riesgo) en el desarrollo de las competencias de su rol, ha sido

transferido a la esfera de control del tercero (B), todo ello genera un corte de la cadena causal original, es decir, toda imputación penal al agente A es imposible debido a que el resultado dañoso es consecuencia del riesgo no permitido generado por la acción autónoma desarrollada por B.

3. **Ámbito de Protección de la Norma.** – El resultado debe subsumirse en el alcance del tipo penal, siendo posible atribuir dicho resultado dañoso a la persona imputada si su acción ha infringido el ámbito de protección de la norma, si dicho resultado fue generado por la acción de un tercero, no se le puede imputar responsabilidad penal al primer agente.

✓ **Los conocimientos especiales en la Prohibición de Regreso**

El Dr. García Caveró (2019, p.442) siguiendo la teoría objetiva de los conocimientos especiales planteada por el jurista alemán Jakobs refiere que socialmente se puede concebir dos clases de roles, un rol general que rige en todo ciudadano y determinados roles especiales. En el primer caso, el ciudadano en el desarrollo libre de su propia actividad tiene como deber negativo general el de no lesionar a terceros, en el segundo caso, se refiere a aquellas personas que realizan actividades riesgosas permitidas por ser necesarias para la sociedad para su propio desarrollo, siendo estos conocimientos especiales importantes para el manejo de estos riesgos especiales. En ese sentido, respecto a lo que cierto sector refiere a que una conducta dejará de ser neutral si de forma objetiva es desarrollada en un contexto marcadamente delictivo, se debe precisar que respecto a las personas con conocimientos especiales se debe determinar su competencia penal vinculando su aporte a un plano estrictamente objetivo.

Un claro ejemplo de la aplicación de esta teoría objetiva de los conocimientos especiales lo da Villavicencio al detallar que las formaciones especiales, también llamados conocimientos especiales, no deberán considerarse al momento de atribuirle responsabilidad penal al agente, señalando el ejemplo del estudiante con conocimientos avanzados en biología, quien también trabaja en un restaurante como mozo en sus ratos libres, suponiendo que al servir el menú observa que contiene presencia de una sustancia venenosa y aun así lo sirve al comensal, no es responsable de las posibles consecuencias que pueda haber, pese a que tenga un conocimiento especial (citado por Pérez, 2021, p.248). Ante tales hechos, el estudiante con conocimientos especiales en biología no se le puede imputar penalmente las posibles consecuencias del hecho por su rol especial, solo

sería posible imputarle en su rol de ciudadano el delito de omisión al socorro por una falta de solidaridad con el comensal.

Por su parte Roxin (2006), respecto a los conocimientos especiales, plantea que cualquier persona que actúe dentro del alcance de sus competencias que le otorga su profesión u oficio, requiriendo para ello de sus conocimientos especiales debe anticipar y evitar riesgos que una persona promedio no puede reconocer o controlar, por ello, Roxin no hace ajustes al abordar el problema de los conocimientos especiales ya que parte de un baremo bajo fundamentando en el conocimiento del sujeto de una persona inteligente promedio, que como explica Von Bernath (2010, p.164) Roxin a diferencia de Jakobs, no realiza construcciones estrictas y abstractas para abordar el tema de los conocimientos especiales, lo toma como “resuelto” y llega a una conclusión casi igual a la de Jakobs, dado que parte de un estándar de conducta “inteligente” diferenciándose de Jakobs que parte del rol, que es un estándar sin valoraciones, lo cual si bien funciona en delitos dolosos, podría traer una anomalía en los delitos imprudentes que puede generar una falla en su aplicación.

La teoría normativista de Jakobs excluye los conocimientos especiales de su teoría, sin embargo, trata de explicar en qué momento se vinculan estos “conocimientos especiales” con el rol, es decir, cuando le compete al autor la materialización del tipo, por lo que divide dicha competencia en dos tipos:

✓ Competencia por Organización

Toda persona en nuestra sociedad tiene una esfera de organización, en el desenvolvimiento de sus competencias puede ser un garante de un estándar habitual de seguridad como en el caso que brinda un servicio de alquiler de su carro y debe brindar el vehículo en buenas condiciones, para lo cual debe mitigar toda desviación negativa respecto a ese estándar, siendo distinto este estándar a la de un cliente que adquiere el servicio y es contador, quien se da cuenta de que el vehículo tiene suelto los frenos y lo devuelve sin mencionarlo, este sujeto al no ser garante no tiene el deber de mantener dicho estándar por lo que no se le puede atribuir responsabilidad si a consecuencia de ello pasa un accidente con el próximo contratante.

Esta teoría trata de vincular el conocimiento con el rol fundamentando en el deber del agente en mantener ciertos estándares, por ello refiere Jakobs (1997, p.66) que los conocimientos especiales pierden la cualidad “especial” al adaptar el comportamiento propio del rol a este conocimiento, lo cual sucederá cuando el autor que administra un riesgo que haya reconocido en función de sus conocimientos especiales, desvía dicho riesgo a efecto de afectar a un tercero, por ejemplo, tomando como referencia el ejemplo del mozo con conocimientos en biología que advierte una sustancia venenosa en el plato, se le podría imputar responsabilidad penal si retiene dicho plato manipulando su destino, el cual se convertiría en su objeto de organización.

✓ Competencia Institucional

Esta competencia es dada cuando el ciudadano participa en una situación de garante y favorecido, para lo cual los límites de estos conocimientos especiales incluyen todo conocimiento dentro de su posición de garante, un ejemplo de esta posición de garante es la condición que tienen los padres con sus hijos, quienes se encuentran dentro de su tutela, es decir tienen la obligación de que todo conocimiento especial desde ser utilizado a favor del favorecido y no negativamente. Por ello, Jakobs limita dicha obligación (1997, p.67) estableciendo que lo que determina el contenido de los deberes es el rol, no las peculiares individuales, por ello, el esperar que un prestigioso médico deba prestar un servicio más de lo habitual es incorrecto, ya que a pesar de que es un prestigioso médico con cualidades especiales y a pesar de que sea el mejor en su especialización u otro profesional, no se le puede obligar a que brinde un servicio con mayor asistencia que otros profesionales de su especialización, ya que para la imputación objetiva se debe partir de la asistencia habitual prestada por el profesional competente en dicho país.

Ante ello, la opinión dominante hace una delimitada distinción entre el tipo objetivo y tipo subjetivo, siendo parte del primero la imputación objetiva, que toman en cuenta los datos “subjetivos”, que vendrían a ser los conocimientos especiales para poder determinarse imputación objetiva, los críticos de esta teoría la cuestionan por su supuesta “categoría objetiva” ya que señalan que esta teoría no es del todo objetiva y cuestionan si existe una delimitación respecto hasta qué momento se ubica esta figura dentro de la tipicidad objetiva.

Se debe entender que la imputación objetiva se ubica exclusivamente en la determinación de la tipicidad. Esto significa que, una vez verificado que la acción ha sido la causa del resultado y que posee relevancia penal, se deberá establecer si dicha conducta ha generado un riesgo típico prohibido por el derecho penal. Una vez superado el análisis de tipicidad se evaluará si la conducta es antijurídica o culpable (evaluación del dolo recién en esta etapa).

En ese sentido, ante las críticas señaladas líneas arriba, coincidimos con Cancio Meliá (2004, p.70) cuando precisa que un elemento subjetivo, como el tener conocimiento de un hecho determinado, puede ser analizado dentro del tipo objetivo sin que ello implique eliminar la distinción entre la tipicidad objetiva y subjetiva. Esto se debe a que la valoración de dicho elemento en el tipo objetivo es distinta de la realizada en el tipo subjetivo ya que lo esencial del elemento subjetivo en la tipicidad objetiva es su significado intersubjetivo que le otorga un nuevo enfoque en el análisis de la conducta, como menciona Mir Puig, cuyo significado puede ser modificado de acuerdo a los datos conocidos del sujeto que actúa.

En ese sentido, los datos subjetivos en la imputación objetiva vendrían a ser los conocimientos especiales del agente, cuya evaluación se realizará a partir de la conducta objetiva del agente, como en el caso del agente que tiene un rol, este puede usar sus conocimientos especiales con el fin de adecuar su conducta para favorecer los fines delictivos del tercero, por ejemplo, en el caso de un vendedor de armas en un establecimiento permitido, si una persona va a dicho establecimiento y expresa que tiene la intención de matar a alguien, razón por la que desea un buen arma, el vendedor dentro de su competencia puede decidir no venderle o recomendarle que arma de fuego le convendría, por lo que se puede advertir que el vendedor al hacerle una recomendación está excediendo sus deberes dentro de su competencia y está aportando a la estrategia criminal del tercero, es decir, está favoreciendo la creación de un riesgo típicamente desaprobado por el derecho penal.

❖ **Rol Neutral del Abogado**

El rol neutral es una figura jurídica que se analiza dentro del marco de la institución de prohibición de regreso cuyo propósito es excluir la imputación jurídica que se le pretende atribuir al presunto partícipe por el resultado típico, estableciendo que se debe partir primero en identificar si la

conducta desplegada por el agente se encuentra circunscrita en su rol como profesional u oficio diario, cuyas funciones o facultades se encuentran adheridas de acuerdo al desarrollo de su rol social, el cual no es inherentemente delictivo pero puede favorecer indirectamente en la comisión de delitos por otros.

Así lo señala también Reyna (2016, p.270) que las conductas neutrales son comportamientos inocuos que adquieren relevancia jurídica en el resultado típico como consecuencia del comportamiento de un tercero, lo que en un primer momento permitiría sostener desde una perspectiva causal, la responsabilidad penal del sujeto como cómplice en la intervención delictiva. Sin embargo, la aplicación de criterios de índole normativos es posible racionalizar la determinación de qué conductas deben ser consideradas penalmente relevantes.

En ese sentido, si el presunto partícipe actúa dentro de su rol socialmente permitido se aplicaría la condición “rol neutral” dentro de la prohibición de regreso, ya que objetivamente se puede evidenciar que no excedió ni infringió sus deberes positivos o negativos dentro de sus competencias, por ello, para identificar este rol permitido debemos analizar como refiere Alcócer (2014, p. 79) “*los reglamentos, las leyes artis de las profesiones y las máximas estandarizadas de la experiencia que delimitan y fijan los alcances del riesgo permitido*”. Por ejemplo, si Carlos realiza una conducta adecuada socialmente pero aparentemente relevante para el derecho penal, si su conducta se ha desarrollado dentro de los límites que establecen las normativas especiales o sus reglamentos, se debe excluir la imputación penal atribuida ya que no se le puede atribuir objetivamente la conducta dañosa.

Por otro lado, Sosa (2009, p.107) señala consideraciones que se deben tomar en cuenta al momento del análisis de exclusión de la imputación penal:

- a) Conforme al principio de autorresponsabilidad, solo se es responsable por sus acciones, no por las de otro.
- b) Se trata de una conducta neutral si sirve como punto de partida para que otros cometan un delito, donde la lesividad surge de un acto ajeno originado por un tercero.

- c) Para el garante no es posible excluir la imputación penal a través de la prohibición de regreso ya que tiene la obligación de prevenir un resultado típico siempre que este pueda ser evitado.
- d) Se establece en qué momento una conducta neutral pasará a convertirse en una amenaza al bien jurídico, ya que estas acciones pueden facilitar la comisión del hecho típico.
- e) El contexto puede modificar la valoración jurídica de una conducta, que en principio puede ser legítima, pero podría ser utilizada con un fin delictivo.

En ese sentido, el rol neutral del abogado se encuentra en el orden del ciudadano con conocimientos especiales y para analizar si su conducta se encuentra desaprobada por el derecho penal por haber causado un resultado típico, desde una perspectiva objetiva, se tendría que determinar objetivamente si sus actos realizados en un contexto penalmente relevante para el derecho penal, con la participación de dos o más personas, coadyuvan con la creación del riesgo típico desaprobado, generando un resultado al sobrepasar sus competencias, o, ha realizado una conducta estereotipada conforme a las funciones de sus competencias, conforme al principio de autorresponsabilidad del sujeto.

Ante ello, para una mejor determinación de la competencia de la conducta cuestionada si esta ha ocasionado el resultado típico, compartimos que las normas que delinean el riesgo se dividen en cuatro grupos como refiere Caro (2023, p.56): 1) Se encuentra delimitado por una norma general como el Código Penal, 2) Mediante leyes o reglamentos especiales, aplicándolas a través de la remisión a normas extrapenales como la ley de tránsito ante delitos de homicidio culposo por un atropello vehicular o el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) que expresan las obligaciones positivas y negativas dentro de la competencia funcional, 3) la normativa que regula la *lex artis* y expresa los alcances del ejercicio profesional que son generalmente referidos en protocolos o las normas de los colegios profesionales y 4) Normas que refieren el estándar que debe tener una conducta, lo que se constituye por costumbre del uso reiterado por los oficios.

Por su parte, el juez supremo Villa Stein (2014, p.428) ha señalado que el conducta desplegada por el agente que presuntamente ha causado el resultado típico no será penalmente relevante si este

es realizado dentro del ejercicio de la profesión, para ello, se debe identificar, primero, si la profesión u oficio que se realiza es lícito; segundo, que la actuación dentro de su rol no rebase la *lex artis* y tercero, la razón de su intervención se refiera a una de sus funciones dentro de su profesión.

Por ello, un abogado defensor que proporciona asesoramiento legal a un cliente investigado o acusado de un delito actuaría dentro de la expectativa social si brinda asesoría jurídica adherido a su rol, por lo que, por ejemplo, en el ejercicio de la defensa formal en el proceso no se le puede atribuir imputación penal por los delitos supuestamente perpetrados por su cliente, teniendo en cuenta que la actuación del abogado se limitará a proporcionar defensa legal dentro del marco legal.

Ante una posible criminalización del ejercicio de la defensa por parte del abogado, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990, p.138) se ha establecido “*que las asociaciones profesionales de abogados tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesional, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios jurídicos a todos los que lo necesiten, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público*”.

Esta es una medida cuyo objetivo busca evitar la criminalización de la actividad del abogado, por lo que se ha establecido obligaciones a los gobiernos a efectos de garantizar que “*los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas, b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión*”. (citado por el 8° Congreso de las Naciones Unidas, 1990, p.130)

Nuestro país no es ajeno a lo establecido en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, por ello, nuestra carta magna en su artículo

20° establece que sería el Colegio de Abogados el encargado de determinar si el abogado transgrede el Código de Ética Profesional. Por dicha razón, los Colegios de Abogados de cada provincia son los que tienen el deber de asegurar el libre desarrollo en el ejercicio de esta profesión. En ese sentido, la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú promulgó a través de la Resolución de Presidencia de Junta de Decanos N°001-2012-JDCAP-P el 14 de abril de 2012 el Código de Ética del Abogado que garantiza el libre desarrollo de esta profesión en su artículo 18°:

“El abogado tiene el derecho de aceptar o rechazar un patrocinio, sin tener que justificar su decisión.

El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable”

Se debe entender que la actividad del abogado, conforme lo señalado en la lista del código de ética, que el ejercicio de la abogacía se manifiesta de formas diversas, el abogado puede ocupar diversos cargos como el de conciliador, asesor legal, árbitro jurídico, abogado litigante, gerente legal, funcionario público, fiscal, juez, comentarista en asuntos jurídicos y todo aquella ocupación en la que aplique sus conocimientos jurídicos. En el ejercicio de la actividad se puede también brindar servicios de forma particular de tres formas:

- a) Actividades de transacción, en el que se brinda servicios para la constitución de una empresa, o en el que se le delegue como gerente general para asumir su dirección, actuar en conciliaciones o en negociaciones.
- b) Asesoría Jurídica, el abogado explica a sus clientes sobre las implicancias legales en la que se encuentra el caso en consulta, las consecuencias de la continuación del proceso y la estrategia jurídica a emplear antes de asumir su defensa.
- c) Ejercicio de defensa durante el proceso.

El ejercicio profesional del abogado es amplio y se ve muchas veces cuestionado en estas “situaciones límites” que desde una perspectiva causal su conducta sería dada a título de cómplice, sin tener en consideración que los abogados no pueden ser identificados con sus clientes ni con sus causas como consecuencia del desempeño de sus funciones, ya que puede darse las circunstancias en que el cliente se beneficia de forma ilícita de los servicios que brinda el abogado, es decir, si el ejercicio del rol del abogado se da en un contexto marcadamente delictivo, en el que se observa que aparentemente ha suscitado un quebrantamiento del rol a efectos de la determinación objetiva de la conducta será necesario determinarlo mediante la imputación objetiva, recurriendo a la institución de prohibición de regreso con el objeto de establecer si dicho rol ha sido desarrollado de acuerdo a las funciones y obligaciones inherentes a su “lex artis”.

Nuestra jurisprudencia peruana, por su parte, ha establecido qué es una conducta neutral, así como criterios delimitadores para diferenciar cuando una conducta es relevante penalmente, un comportamiento es desarrollado dentro de las competencias del agente puede ser catalogado como neutral, sin embargo, este puede crear condiciones que favorezcan la materialización de un delito, siendo estas situaciones límites las que han llevado a nuestra jurisprudencia peruana establecer criterios delimitadores a lo largo del tiempo para establecer en qué situaciones dicho comportamiento es inocuo, es así que mediante el Recurso de Nulidad Nro. 214-2019 Lima, emitido por la Sala Penal Permanente, en su fundamento cuarto señala que los criterios para diferenciar una conducta neutral de una delictiva radica en que la acción del agente debe estar dentro del marco del riesgo permitido y del principio de confianza. Esto implica que solo se le exige al agente una **conducta adecuada**, sin la necesidad de prevenir si su acción puede facilitar un resultado típico como consecuencia de conductas de terceros que se encuentran fuera de su esfera de responsabilidad:

“4.5. Las conductas neutras son acciones que crean riesgos permitidos o jurídicamente tolerados y, aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcanzan a constituir participación delictual. Asimismo, se mantienen alejadas del delito por ser acciones inocuas de contenido social dentro del rol que le corresponde a cada persona en la sociedad; por tanto, no representan ningún aporte al hecho punible.

4.6. Sin embargo, los límites de tales conductas se encuentran en el riesgo permitido y en el principio de confianza. Si el individuo rebasa el riesgo socialmente permitido, el resultado debe ser imputado al tipo objetivo; asimismo, por el principio de confianza –que actúa como un filtro de la imputación objetiva–, solo se le exige una conducta adecuada a derecho sin que tenga que prever que aquella pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otros. No está, pues, obligado a revisar minuciosamente la actuación de los terceros, ya que este principio permite que en la sociedad se confíe en que aquellos actuarán correctamente. Empero, si el aporte se prestó en un contexto claramente delictivo, no se puede amparar en este principio.”

Otro de los problemas que tuvo nuestra judicatura peruana es que la conducta neutral del agente que favorece la materialización de un resultado típico podría ser interpretada como un acto de complicidad, sin embargo, mediante Recurso de Nulidad Nro. 529-2014 Lima, expedido por la Sala Suprema, ha establecido cuando una acción no representa ningún aporte a algún hecho delictivo, considerándose esta acción inocua desarrollada dentro de su rol social ya que ha sido realizado dentro de su riesgo permitido, por lo que refirió:

“Si bien no todas las conductas son relevantes para el Derecho Penal, frente al juicio de imputación, en un suceso típico donde existe la concurrencia de varias personas; es la figura dogmática de la prohibición de regreso, la cual diferencia las conductas relevantes y punibles y las cuales se mantienen al margen de ello, se materializa en las llamadas conductas neutrales, -inocuas o estereotipadas, adecuadas, a determinada profesión u oficio, etc- entiende que algunas acciones creen ciertos riesgos permitidos, o jurídicamente tolerados y que favorezcan en forma causal un delito, no alcancen a constituir un acto de complicidad, pues éstas se mantienen alejadas de un hecho delictivo, por ser acciones inocuas de contenido social dentro del rol que le corresponde a cada persona en la sociedad, no representando por tanto ningún aporte al hecho punible.”

La aplicación de estos criterios delimitadores se torna compleja cuando dichos actos son vinculados a una organización criminal. Por ello, a través de la ejecutoria suprema de Nulidad Nro. 2208-2012 Lima, la Sala Suprema estableció en su fundamento tercero lo siguiente:

“3.5. El Estado Constitucional de Derecho garantiza al ciudadano que mientras adecue su comportamiento al rol que le corresponde desarrollar en la sociedad, no podrá ser vinculado normativamente a una organización, aun cuando terceros, de manera dolosa, utilicen tal comportamiento en dicha organización. “Una conducta es neutral cuando expresa el cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social. Si otra persona, con una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está obligado a informarse sobre los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco evitarlo; no es garante de lo que el autor haga con su aportación. Lo que el autor lleve a cabo con la aportación adecuada a un rol no es asunto del titular del rol: “no todo es asunto de todos” – José Antonio Caro John, Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales, en Revista Peruana e Doctrina y Jurisprudencia Penales número cinco, Editora Jurídica GRILEY, Lima Perú 2004, pág. Ciento cinco”.

Es así que, la conducta o rol neutral es una figura jurídica importante al momento del análisis de la intervención delictiva en el hecho ilícito, ya que no se le puede atribuir responsabilidad penal por un resultado típico que causó o favoreció mediante un comportamiento desarrollado dentro de su rol social, así lo ha establecido la Sala Penal Transitoria mediante el Recurso de Nulidad Nro. 1645-2018 Santa, en su fundamento tercero:

“3.5. Entre estas encontramos a la prohibición de regreso, la cual implica que no se puede responsabilizar a una persona por un ilícito que causó o favoreció en su comisión mediante un comportamiento gestado como parte de su rol social (vínculo estereotipado-inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo; en otras palabras, la prohibición de regreso es “una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación. Con esto se desprende que la prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social”.

Para determinar si una acción presuntamente ilícita ha sido desarrollada dentro del alcance de su rol, se debe tener en cuenta que un comportamiento neutral no puede ser valorado de manera aislada, más aún si se han dado en un contexto marcadamente delictivo. Así se ha expresado la Sala Suprema mediante ejecutoria de Nulidad Nro. 425,2019 Lima, se ha establecido en sus párrafos cuadragésimo primero y segundo lo siguiente:

“41. Estas conductas son denominadas actos neutrales – también conocidos como actos ambivalentes, cotidianos, socialmente adecuados o comportamientos estereotipados – dado que se permiten ciertos riesgos en el marco del funcionamiento de las sociedades modernas. Este límite normativo a la participación delictiva es conocido en la doctrina como la prohibición de regreso.

42. Sin embargo, los comportamientos neutros, cotidiano o socialmente adecuados no pueden valorarse aisladamente y constituir tesis de absolución per se. Los roles permitidos deben ser objeto de ponderación acorde con el contexto en el que se desenvuelve la conducta, dado que si su función se realizó en un marco histórico que permitió al sujeto determinar que su conducta puede quebrantar las expectativas sociales y, consiguientemente, la norma; este puede ser acusado y probablemente sentenciado como interviniente en el evento delictivo”.

Nuestra jurisprudencia peruana, se ha decantado por la teoría de los roles sociales, sin embargo, aún se encuentra en desarrollo en nuestro país cuando se la determina mediante la excepción de improcedencia de acción, en atención a ello es que se ha identificado diversos problemas procesales que terminan finalmente afectando al investigado y sus garantías procesales.

2.1.2. Sobre la excepción de improcedencia de acción

❖ Alcance y Definición

Esta figura procesal tiene su origen en el código procesal civil (art.446°inc.1 CPC), del cual fue importado mediante el Decreto Legislativo N° 126, su introducción en el proceso penal como mecanismo de defensa procesal se realizó con el objetivo de eliminar la carga procesal en los juzgados respecto a aquellos casos donde el hecho no tenía elementos del delito, es decir, era

manifiestamente atípico, teniendo mucha aceptación en sus inicios por diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

Su origen se debe a la excesiva aplicación de la excepción de naturaleza de juicio cuyas solicitudes de este medio procesal generaba su desbordamiento conceptual dado que se solicitaba finalizar los procesos penales debido a que no eran penalmente relevante. Por ello, mediante el Decreto Legislativo N° 126 se modifica el código de procedimientos penales de 1940 y se introduce la institución jurídica procesal denominada “excepción de naturaleza de acción”, siendo luego denominado “excepción de improcedencia de acción” ya que la acción incoada era improcedente debido a que el hecho no constituía delito o no era justiciable penalmente.

Este recurso es un juicio de puro derecho que analiza la subsunción normativa del hecho fáctico relatado en la descripción fáctica con la calificación jurídica atribuida, respetando la descripción detallada de los hechos atribuidos, sin negarlos, aumentarlos o reducirlos; tomándolos como ciertos y acreditados ya que no se tratará de un debate de fondo. Asimismo, se encuentra totalmente prohibido cuestionar una imputación clara o precisa del hecho mediante este recurso, ya que correspondería una observación formal con el objetivo de pedir una imputación necesaria como se encuentra detallado en el art.349°.1. b. del CPP'04.

No obstante, en la praxis jurídica este medio procesal muchas veces es deducido cuestionando la responsabilidad penal que se ha atribuido, por lo que no puede ser amparado, ya que este medio de defensa faculta a la defensa del procesado cuestionar la viabilidad y legitimidad de la acción penal imputada, con el objetivo de evitar que se siga un proceso penal cuando existen razones jurídicas que impiden su procedencia, teniendo como finalidad la conclusión del proceso de la investigación preparatoria, dado su naturaleza perentoria. Catacora (p.164-165) en Rosas (2015, p.534) refiere que esta figura procesal actúa en contra de la pretensión punitiva incoada, cuyo objetivo de evitar que se forme una relación jurídico-procesal debido a que existe una causa capaz de producir el fenecimiento del proceso penal.

La oportunidad procesal para postular este recurso es en la **etapa de investigación preparatoria formalizada**, cuya solicitud en el que se deduce este medio procesal se realiza ante el juez que ha

recibido la comunicación de la Disposición Fiscal de formalización formulada por el representante del Ministerio Público, el juez competente debe resolver dicho recurso de forma necesaria antes de que se culmine la etapa intermedia, como lo establece nuestro artículo 7° del CPP'04. Asimismo, puede ser solicitado en la **etapa intermedia**, en el plazo de 10 días hábiles contados a partir de la notificación del Requerimiento Acusatorio, conforme se encuentra previsto en el art. 350° inc.1 literal b del CPP'04, cuestionando la pretensión jurídica atribuida a su persona por parte del Ministerio Público.

Desde una perspectiva político criminal, Reyna Alfaro (2022, p.276) refiere que la existencia de esta figura procesal se ampara en la celeridad procesal dado que esta figura procesal tiene naturaleza perentoria y cuyo fin es la culminación previa del proceso previa, garantizando que el imputado sea procesado en un tiempo razonable, siendo que la incertidumbre de su situación jurídica puede ser finalizada con una decisión jurisdiccional pronta.

Es sin duda, esta figura jurídica procesal un medio de defensa que previene un proceso penal abusivo contra el procesado, evitando así que el caso se prolongue innecesariamente hasta la emisión de una sentencia por parte del juzgado, su razón de ser de la excepción se fundamenta en el derecho de defensa (art.139° inc.14 de la Constitución), siendo constitucionalmente reconocido a efectos de asegurar que el procesado no sea privado de este derecho durante el desarrollo del proceso. Por ello, en primera instancia se garantiza que el procesado sea informado las razones de su detención, resguardando su derecho a comunicarse directamente y de forma personal con su abogado, elegido por libre elección, a efectos de recibir asesoría legal por este desde su detención o citación por cualquier autoridad.

Es así que, el derecho de defensa le es garantizado a cualquier ciudadano que afronta un proceso, este derecho se origina desde el momento en que se inicia una investigación contra una persona considerada “investigada”, puesto que le garantiza procesalmente en resguardo de su derecho de defensa a poder revisar las actuaciones en su contra y a ser escuchado por las autoridades en cualquier etapa del proceso.

El máximo intérprete de la Constitución ha establecido en su fundamento octavo de la sentencia recaída en el Expediente Nro. 07094-2013-PA/TC que el derecho de defensa posee una doble dimensión: i) **una material**, que refiere que el imputado tiene derecho a defenderse por si mismo desde que toma conocimiento de los hechos delictivos que se le imputan, y, ii) **otra formal**, que implica el derecho a recibir asesoramiento y representación legal por parte de un abogado durante todo el proceso. Ambas dimensiones son parte integral del derecho constitucionalmente protegido, garantizando que el imputado no quede en una situación de indefensión.

Esta figura procesal es una manifestación directa de la dimensión formal del derecho de defensa, como ya lo ha establecido el máximo tribunal refiere la asistencia técnica y representación legal como derecho de todo investigado a recibir a lo largo de todo el proceso, siendo crucial este mecanismo de defensa ya que cuestiona la viabilidad y legalidad de la acción penal. garantizando una defensa técnica adecuada y un debido proceso.

Plantear este medio de defensa en el desarrollo del proceso penal se da con fines de asegurar el principio de legalidad y debido proceso lo cual fortalece el derecho de defensa, evidenciándose que producto de la relación de esta figura procesal con la defensa formal se garantiza lo siguiente:

- ✓ **Asesoramiento técnico y estratégico:** Este recurso procesal es postulado por la defensa técnica para proteger los derechos de su cliente, ya que se tiene por identificado que la acción penal en su contra no cumple con los requisitos legales necesarios, por lo que la defensa tiene la responsabilidad de postularlo como parte de su estrategia de defensa, fundamentado en la importancia del asesoramiento legal con el fin de garantizar un proceso justo.
- ✓ **Garantía de un proceso justo:** Postular este medio de defensa, se realiza con fines de asegurar que el investigado no sea sometido a un proceso penal injustificado, lo cual refuerza la protección contra un proceso arbitrario y de abuso de poder, elementos fundamentales de la dimensión formal.
- ✓ **Protección contra la indefensión:** Este medio de defensa evita que el imputado quede en un estado de indefensión al cuestionar al tribunal la validez de la acción penal antes de avanzar el proceso, siendo esta protección esencial en la dimensión formal ya que busca asegurar que el investigado no enfrente un proceso penal que no debería haberse iniciado.

- ✓ **Derecho a la Representación Legal:** El ejercicio del derecho de defensa mediante esta figura procesal refleja que el imputado tiene derecho a una representación legal, este recurso es un componente central de la defensa formal, que busca asegurar que el proceso se desarrolle conforme al debido proceso y que los derechos del imputado sean plenamente respetados.

❖ Presupuestos

En nuestro código procesal penal se han delimitado dos presupuestos en el que procede el planteamiento de la excepción de improcedencia de acción, lo cual se da cuando: i) el hecho no constituye delito o ii) el hecho no es justiciable penalmente, previsto en el art.6° inc.1. b del CPP'04. Podemos advertir como señala San Martín (2024, p. 399) que la excepción de improcedencia de acción se centra en analizar el hecho prohibido tomando en cuenta la ley penal supuestamente infringida, por lo que no basa su análisis en la culpabilidad del autor. Además, refiere que el primer presupuesto abarca la antijuricidad del hecho, es decir, la tipicidad y la antijuricidad del acto. Por otro lado, el segundo presupuesto, evalúa si el hecho desvalorado es punible, considerando la ausencia de una condición objetiva de punibilidad, la existencia de una causa personal que excluya la imposición de pena, como una excusa absolutoria, o aquellas condiciones que hagan innecesaria la aplicación de la pena.

❖ Cuando el hecho no constituye delito

El análisis de este presupuesto se va a centrar si la conducta descrita se ajusta en los elementos normativos del delito, por lo que se va a recurrir a la teoría del delito, ya que nos permitirá determinar si el hecho puede ser considerado como delito fundamentándose en el dogma penal, cuya fuente obligatoria conforme al principio de legalidad es la ley penal, este principio se fundamenta en el imperativo “nullum crimen, sine lege”, es decir, no puede existir un hecho delictuoso sin una ley previa que especifique la conducta prohibida.

▪ Respecto a la tipicidad del hecho atribuido

El primer filtro en la teoría del delito es la tipicidad, en su fundamento octavo, de la Apelación N°99-2022, Cañete, la Corte Suprema ha señalado que existe amplia jurisprudencia que ha establecido que la tipicidad es un juicio de composición o descomposición (subsunción normativa) que debe abarcar a los siguientes componentes del tipo penal:

*“8.4. La excepción de improcedencia de acción abarca el texto del tipo penal en todos sus componentes, siempre que no se invoque o cuestione actividad probatoria o suficiencia de elementos de convicción, para deducirla; luego, comprende: a) **tipicidad objetiva**, b) **tipicidad subjetiva** —si bien, esta es resultado de una inferencia, debe brotar de la redacción de la disposición o acusación fiscal, por lo que será el caso concreto (casuística) el que nos permitirá saber si estamos ante una realización atípica por subjetividad o exige actividad probatoria para alcanzar esa convicción—, c) **antijuricidad**”.*

- Respecto a la atipicidad del hecho atribuido (tipología)

- Atipicidad Absoluta

La atipicidad absoluta se fundamenta en el principio de legalidad y el imperativo “nullum crimen, sine lege”, ya que no se puede pretender atribuir actividad criminal a una conducta que no se encuentra prevista como delito en nuestro ordenamiento legal. Asimismo, nuestra carta magna en su artículo 2° inciso 24 literal d ya ha precisado que no se puede procesar ni condenar por la comisión u omisión de un presunto hecho ilícito, si al momento de los hechos no se encontraba previamente tipificado en la ley penal, de forma expresa e inequívoca, así también, no puede ser sancionado por una pena que no se encuentra prevista en la ley.

Se debe entender que la atipicidad absoluta no constituye una imposibilidad de subsunción al tipo penal, al contrario, no existe ley penal que la prevé.

- Atipicidad Relativa

La atipicidad relativa se fundamenta también en el principio de legalidad, pero por su parte, el hecho atribuido en la disposición fiscal de formalización o el requerimiento acusatorio no se subsume en lo descrito en la ley penal infringida, es decir, dicha descripción fáctica carece de algún elemento del tipo penal imputado, como por ejemplo cuando se pretende atribuir el delito de peculado sin advertir que dicho ciudadano no tenía la calidad de funcionario público, o teniendo dicha condición, no tenía el vínculo de responsabilidad directa respecto a los bienes.

- Ausencia de acción

En este tipo de sucesos se puede advertir que el resultado es producto de una conducta que carece de una intención y voluntad, por lo que es imposible sostener la existencia de una acción por parte del agente que lo exime de responsabilidad como lo describe el artículo 20° CP como por ejemplo cuando se presenten conductas como consecuencia de la fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de inconsciencia.

- Concurrencias de causas de justificación

Así como nuestro código penal establece normativamente diferentes prohibiciones, también existen tipos penales permisivos que autorizan un hecho, que, en principio, era prohibido, debido a razones sociales, políticas o jurídicas. Estas causas de justificación se encuentran expresamente reguladas en el artículo 20° CP como la legítima defensa (inc.3), estado de necesidad justificante (inciso 4), el miedo insuperable (inciso 7), el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (inciso 8) y el consentimiento (inciso 10).

- Concurrencia de causas de exculpación

La concurrencia de causas de exculpación implica la inexistencia de responsabilidad personal por parte del autor respecto al hecho dañoso, dado que el sujeto infractor del delito sufre de demencia, es víctima de coacción o ha realizado el hecho bajo un error de prohibición, un ejemplo de ello se da en el caso de mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas, que deciden ya no ser víctimas de futuros maltratos y asesinan a sus parejas en un contexto donde no hay enfrentamiento, dado que el estado mental de dicha mujer, víctima de maltrato, padece del “síndrome de la mujer maltratada”, lo cual, según Muñoz (2009, p.32) es posible una exculpación, ya sea total o parcial, fundamentando este recurso en la demencia, la coacción o capacidad disminuida de culpabilidad.

- Imputación objetiva

La aplicación de la imputación objetiva es enfocada en el juicio de tipicidad, su vinculación con la excepción de improcedencia de acción determina la procedencia de la acción si los hechos atribuidos por el representante del Ministerio Público superan los criterios de esta figura jurídica, cuyas instituciones son el principio de confianza, principio del rol, prohibición de regreso y

competencia de la víctima. Por ello, es procedente y viable esta excepción si la imputación penal es atribuida en función a que el resultado dañoso es producto de la materialización de un riesgo prohibido, subsumiéndose dicho hecho en el tipo penal.

Por ello, esta tesis se invoca bajo la teoría del rol social, que procesalmente no debe fundamentarse en un juicio de valor probatorio como ya lo ha expresado la Corte Suprema en la Apelación Nro.99-2022 en su fundamento octavo:

*“8.7. Cuando se invoque la tesis de imputación objetiva en cualquier ángulo del espectro (principio de confianza, prohibición de regreso, riesgo socialmente permitido, competencia de la víctima, conducta convencional, rol neutral, rol socialmente permitido), en principio, no se pueden modificar, negar, aumentar, agregar, atribuir o reducir los hechos postulados por el Ministerio Público; en segundo lugar, la hipótesis del excepcionante o del juez que la imposta de oficio no debe afincarse en juicio de valor probatorio o suficiencia de los elementos de convicción, el espacio probatorio está vedado. Lo que supone que **la posibilidad de ser analizado se circunscribe al juicio de composición o descomposición —subsunción típica—, siempre que no tenga que acudir al esfuerzo de comprobación probatoria, es decir, si el constructo fiscal contraviene la sana crítica razonada, vale decir, contrario a los principios y reglas de la lógica, al conocimiento científico contrastable, a las máximas de la experiencia, a los principios y reglas del ordenamiento jurídico vigente o a lo notorio**”.* (el resaltado de nuestro)

❖ Cuando no es justiciable penalmente

Estas circunstancias se presentan cuando a pesar de que el comportamiento delictuoso, es típico, antijurídico y culpable, nuestro ordenamiento legal le niega la aplicación de la pena debido a que no existe condición objetiva de punibilidad señalada en el dispositivo legal para el delito que se está imputando, es decir, existe un defecto en la acción penal incoada, por lo que no puede ser perseguible procesalmente.

Nuestro código penal ha establecido *excusas absolutorias* en su dispositivo normativo diversos casos en relación al tipo penal, como por ejemplo he podido hallar en los siguientes tipos:

- Por **causas personales** expresamente referidos en el artículo 208° CP, salvo que dichos actos se hayan realizado en un contexto de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar. Se expresa que los hechos dañosos exentos de pena son aquellos delitos como el hurto, apropiaciones, defraudaciones o daños que sean causados por (i) los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; (ii) el consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero; y (iii) Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos; sin perjuicio del pago de la reparación civil.
- En el artículo 406° CP se ha dispuesto como no punibles, aquellos delitos (encubrimiento personal y real) si en la materialización del delito, se acredita que la relación del autor con la persona favorecida es tan estrecha que permite excusar su conducta.
- El artículo 368°, incluye también una exención de punibilidad, en el tipo penal que describe el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad se señala la posibilidad de desobedecer y resistir una orden legalmente impartida cuando se trate de la *propia detención*.

Por otro lado, por *condiciones objetivas de punibilidad* otros actos ilícitos no requieren intervención del sistema penal ya que al ser de ultima ratio, por motivos de poca relevancia penal deben ser vistos en otra vía o en palabras de Rosas (2015, p.545) la conducta que genera el hecho dañoso puede ser objeto de juicio, pero no dentro del ámbito penal, como, por ejemplo, el despojar de un bien ajeno sin violencia puede ser considerado como delito de hurto si el bien apoderado se valoriza a un monto superior de 10% de una UIT.

❖ Desarrollo jurisprudencial

Como ya hemos señalado, esta figura procesal es un medio de defensa que ha nacido como “improcedencia de naturaleza de acción”, cuya denominación ha cambiado hasta la fecha. No obstante, normativamente ha mantenido su contenido de forma concreta, encontrándose el desarrollo de diversos criterios respecto a este recurso en la praxis judicial para lo cual es necesario

mencionar algunas jurisprudencias importantes, nuestra Corte Suprema ha establecido que el análisis de este recurso se debe limitar al fundamento fáctico descrito por el fiscal, en su fundamento quinto de la ejecutoria suprema casatoria N°407-2015, Tacna, que ha establecido lo siguiente:

“QUINTO. Que, ahora bien, es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente”.

Si bien, queda claro que mediante este recurso está prohibido la comprobación probatoria como lo ha establecido la Apelación Nro.99-2022 de la Corte Suprema, líneas arribas citada, ello no restringe que este medio de defensa no sea viable en la investigación preparatoria, al ser un juicio de puro de derecho, y así lo ha referido nuestra Sala Suprema mediante Casación N°1307-2019/Nacional como un gran aporte en la praxis judicial, en su fundamento octavo: (el resaltado en negrita es nuestro)

*“OCTAVO. Que no es de recibo argumentar que el examen de la imputación del comportamiento –y, obviamente, también de la imputación del resultado– requiera de la culminación de la investigación preparatoria. La ejecución de un comportamiento riesgoso, el carácter penalmente relevante del mismo y la determinación de si su creación puede imputarse penalmente al que lo ha producido o pudo evitarlo, está en función (juicio de subsunción normativa) a la descripción fáctica que contiene el acto de imputación fiscal. Es obvio que **el examen de la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos jurídico-penales, siempre necesarios por mandato legal, del acto de postulación de la Fiscalía; no está en función al avance de las investigaciones y, menos, a la culminación del procedimiento de investigación preparatoria.** Es cierto que conforme avancen las averiguaciones la acción penal puede modificarse, ampliarse o precisarse con la incorporación de datos nuevos, pero esta situación, contingente y aleatoria, no puede ser determinante para que el imputado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional y de defensa procesal, pueda*

formular un medio de defensa o excepción –esta última, por lo demás, no está condicionada a que el procedimiento de investigación culmine y se dé curso al procedimiento intermedio–“.

2.1.3. Sobre la investigación preparatoria

La investigación preparatoria, como ya lo ha establecido nuestro código procesal penal, posee un plazo de acuerdo a la complejidad del caso en investigación, como lo ha referido nuestro artículo 342°, estableciendo un plazo de ciento veinte días (prorrogables sesenta días), si dicha investigación es declarada compleja será llevada a cabo en un plazo máximo de ocho meses (prorrogables ocho meses) y si la investigación es llevada a cabo por delitos ocasionados por miembros de una organización criminal, personas vinculadas o aquellas que actúan por encargo de estas, el plazo de duración es de treinta y seis meses (prorrogables por treinta y seis meses), con concesión previa del juez competente.

Así también, podemos advertir, que expresamente nuestra legislación procesal penal permite interponer la excepción de improcedencia de acción en dos oportunidades delimitadas, primero, a partir de la notificación fiscal de la Disposición de Formalización prevista en nuestro artículo 7° inc.1, y segundo, a partir de la notificación del Requerimiento Acusatorio. Si bien la investigación preparatoria es la primera fase del proceso penal dentro de nuestro sistema procesal mixto, su objetivo es recopilar los elementos de prueba necesarios para determinar si existen razones suficientes para acusar o sobreseer al investigado, sin embargo, dentro de la estructura de la investigación se realizan una fase indagatoria inicial (diligencias preliminares), etapa en la que el fiscal evalúa si existen indicios reveladores de la existencia de un delito y su vinculación al presunta autor que justifiquen formalizar la investigación.

Se debe entender, que una investigación formalizada ya existe una sospecha reveladora de la existencia del delito y la vinculación del hecho delictuoso con el autor plenamente identificado, por ello, esta disposición de formalización de la acción penal como señala San Martín (2024, p.444) implica una acusación o imputación formal, por lo que amerita la existencia de una acción penal que atribuye formalmente a un ciudadano la presunta participación en el delito imputado.

En ese sentido, al ser una imputación formal de la atribución de un delito es cuestionable que en la praxis judicial se pretenda limitar la valoración de la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del procesado solo a la segunda oportunidad procesal otorgada por nuestra legislación procesal, ya que la progresividad de la investigación permitirá una imputación formal acabada, contradiciendo a todas luces nuestra normativa procesal.

2.2. Antecedentes del estudio

2.2.1. Antecedentes nacionales

Chavez (2022). En su tesis de maestría en Ciencias Penales, titulada “Las presuntas conductas neutrales y el forzamiento de la excepción de improcedencia de acción en procesos complejos”, concluye que la determinación de una conducta neutral mediante esta figura procesal en casos que son considerados complejos es inviable en cualquier etapa del proceso anterior al de juicio oral, que al ser la conducta neutral, una figura procesal oscura, su determinación se debe realizar únicamente en la etapa de juicio oral ya que esta etapa procesal amerita que la prueba sea actuada y valorada. Este estudio resulta importante porque analiza la excepción de improcedencia de acción y la conducta neutral como variables. No obstante, difiere significativamente del presente trabajo, ya que adopta un enfoque general sobre el rol neutral y plantea una hipótesis contraria al del presente trabajo.

Pimentel (2023). En su Trabajo de Suficiencia Profesional, titulada “Informe Jurídico sobre la Sentencia de Casación N°526-2022/CS (Caso Juan Doroteo Monroy Gálvez)”, en el que concluye que el juicio de subsunción en el tipo penal es un elemento esencial de la excepción de improcedencia de acción, garantizando una debida tipicidad en la imputación jurídica. No obstante, de acuerdo al caso específico, podría ser viable la incorporación de elementos de convicción. A partir del análisis del caso señala que el procesado Monroy Gálvez cumplió sus funciones bajo su competencia de asesor legal, este trabajo es importante porque realiza un análisis jurídico del caso que se analizará, sin embargo, dista del presente trabajo ya que solo se centra en hacer un análisis del cumplimiento procesal y jurídico en la ejecutoria suprema casatoria N°526-2022/Corte Suprema.

2.3. Definición de términos

2.3.1. Rol neutral del abogado

El rol neutral como criterio delimitador en la determinación de la prohibición de regreso, permite identificar de una mejor forma si el comportamiento desarrollado por el presunto autor se ha dado dentro de las competencias de su rol, por lo que restringe atribuir una imputación penal respecto a la conducta inocua o estereotipada del ciudadano en el ejercicio de su profesión u oficio, si es un abogado, por la naturaleza de la carrera profesional posee conocimientos especiales vinculados a su profesión, por lo que dentro de la sociedad cumple un rol social correspondiente a la competencia en la que se desarrolla. Sin embargo, si dichos actos son dados en contextos marcadamente delictivos, que pueden ser reprochables penalmente, es necesario hacer un análisis respecto si su participación coadyuvo en la creación del riesgo típico desaprobado por el derecho penal, ya que se analizará, conforme al principio de autorresponsabilidad, si su conducta fue realizada dentro de las funciones y obligaciones de su competencia, es decir, el presunto autor ha actuado dentro del alcance de su rol de abogado dentro de los límites de su competencia, cuya actuación sería considera como una conducta estereotipada o inocua.

2.3.2. Excepción de improcedencia de acción

Esta figura procesal es un medio de defensa a favor del procesado que se deduce a efectos de cuestionar la falta de algún presupuesto de la acción penal, respecto a su oportunidad, es posible su postulación contra la Disposición de Formalización y ante el Requerimiento Acusatorio realizado por el fiscal a cargo de la investigación.

Se puede deducir excepción de improcedencia de acción bajo los siguientes presupuestos: 1) el hecho no constituye delito y 2) el hecho no es justiciable penalmente. Esta figura procesal al ser de naturaleza perentoria tiene como finalidad el fenecimiento de la investigación y con ello eliminar la acción penal postulada debido a que carece de una condición. Por otro lado, la imputación penal no cumple con una condición objetiva de punibilidad o se encuentra presente una causa personal de exclusión de pena.

2.3.3. Investigación preparatoria

La investigación preparatoria es la primera etapa del proceso penal instaurado con el nuevo código procesal penal, que se encuentra a cargo del fiscal, representante del Ministerio Público, quien es titular de la acción penal, esta primera etapa tiene una sub etapa que es la investigación preliminar, delegando el fiscal a la Policía Nacional del Perú realizar las diligencias urgentes y necesarias con el fin de recabar diversos elementos probatorios que fundamenten la sospecha relevante de la existencia del delito y la presunta autoría del procesado.

Posteriormente, el fiscal podrá tener una sospecha suficiente que lo llevará a formular el requerimiento acusatorio en su contra o la no existencia del delito formulando un requerimiento de sobreseimiento, que serán evaluados en la etapa intermedia, por su parte, la defensa del investigado, tiene la facultad para presentar también sus medios probatorios de defensa con el objetivo de generar convicción en el fiscal respecto a la inexistencia del delito o su existencia pero la no vinculación con su defendido.

Nuestro código procesal penal establece diversos plazos de duración de la investigación preparatoria de acuerdo al delito investigado que será una condición para determinar la complejidad de la investigación. Esta etapa es muy importante ya que el fiscal de acuerdo a los elementos probatorios recabados, recopilados por la fiscalía o presentados por la defensa del procesado, se generará convicción respecto a la responsabilidad del imputado y como consecuencia de ello decidirá si formula acusación o sobresee al investigado.

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis principal

Los criterios judiciales observados en las resoluciones de primeras instancias tienen una percepción errada al determinar la prohibición de regreso, criterio que permite determinar la existencia del rol neutral del abogado o si este ha sobrepasado sus competencias. Dichas limitaciones son dadas porque son deducidas mediante la excepción de improcedencia de acción, solicitada posterior a la formalización de la investigación preparatoria. De los autos analizados se ha podido advertir que la percepción judicial respecto a la determinación del rol neutral en una

etapa temprana del proceso no puede ser posible, ya que aparentemente en algunos juzgados se tiene como regla que la determinación de una conducta estereotipada requiere de actividad probatoria o una imputación penal acabada, por lo cual no puede ser realizado en una etapa procesal temprana.

3.2. Hipótesis secundaria

Deducir excepción de improcedencia de acción para determinar si las acciones desarrolladas por el abogado fueron dados dentro del alcance de sus competencias, cuestionando la acción penal formalizada producto de la Disposición Fiscal de Formalización es válida y viable a través de criterios establecidos por la imputación objetiva como la prohibición de regreso que se fundamenta en la conducta estereotipada desarrollada dentro del rol social.

CAPÍTULO IV: MATERIALES Y METODOS

4.1. Método de investigación

El método de investigación usado para el presente trabajo es de corte cualitativo, porque se analiza el razonamiento de los jueces a través de jurisprudencia, es decir, se pretende analizar sus diferentes pronunciamientos respecto a la determinación del rol neutral del abogado, los cuales son originados de cuestionamientos a la acción penal formalizada mediante la excepción de improcedencia de acción a fin de abordar nuestra problemática planteada.

4.2. Tipo de investigación

La investigación jurídica por desarrollar es de tipo dogmática jurídica, cuyo razonamiento jurídico exegético nos permitirá analizar las normas jurídicas en cuestión y elaborar respuestas a nuestro problema jurídico postulado, en ese sentido, tomaremos como base las fuentes documentales y la jurisprudencia en el que se podrá analizar el razonamiento jurídico de los jueces y su postura respecto a la vinculación de las variables descritas.

4.3. Nivel de investigación

El nivel de la presente investigación es descriptivo y explicativo porque vamos a describir cada variable y su relación, en ese sentido, se describirá el rol neutral de abogado y la excepción de improcedencia de acción. Se tomará como referencia el código procesal penal, código penal y la dogmática penal.

Asimismo, el diseño de la investigación es no experimental, pues no se manipula ninguna variable, sino que se interpreta sus componentes y se analizará los efectos del vínculo de ambas variables a través del razonamiento jurídico que hacen los jueces en sus diferentes resoluciones y se explicará la situación del procesado que se ampara en esta figura procesal.

4.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.4.1. Técnicas de recolección de datos

Analizaremos fuentes documentales relacionados a la excepción de improcedencia de acción y la imputación objetiva como medios para determinar el rol neutral del abogado en una investigación formalizada, por lo que, las técnicas de recolección de datos a utilizar serán la recolección de datos.

4.4.2. Instrumentos de recolección de datos

Los instrumentos para realizar la recolección de datos serán mediante el fichaje de jurisprudencia y doctrina.

4.5. Procedimientos de recolección de datos

Se va a redactar la investigación de acuerdo a la información recabada a través del fichaje a fin de abordar la problemática general y específica planteadas.

4.6. Aspectos éticos de la investigación

Vamos a cumplir con los parámetros establecidos en el citado, el mismo que será en APA, así también con el parafraseo de las citas, cumplir con los diferentes parámetros establecidos es importante para mí porque así demuestro que la información es genuina, auténtica y verídica.

CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. RESULTADOS

En el desarrollo del proceso el derecho de defensa del imputado es garantizado a través de la facultad que posee de interponer diversos recursos que cuestionan los defectos procesales que puede advertir, un reflejo de ello es la posibilidad de deducir excepción de improcedencia de acción en el desarrollo del proceso. Esta figura procesal puede ser deducido después de formalizada la investigación o de tomado conocimiento del requerimiento acusatorio, este medio de defensa ha sido muy desarrollado en nuestra jurisprudencia peruana y se encuentra normativamente en nuestro código procesal penal, cuestionando una carencia material en la presunta pretensión penal válida formulada por el fiscal a cargo de la investigación. Se cuestiona la imposibilidad de un juicio de subsunción normativa respecto a los hechos atribuidos, o su imposibilidad de reproche penal, cuyo objetivo es determinar si la conducta es punible o no, siendo esta conducta punible siempre y cuando haya generado un riesgo típico materializado en el hecho dañoso, el cual se subsumirá en el tipo penal.

Sin embargo, en la praxis judicial podemos observar ciertos problemas jurídicos cuando se pretende analizar la vinculación de esta figura procesal con la prohibición de regreso, a efectos de determinar la existencia del rol neutral del abogado, ya que muchas veces se sostiene que determinar el rol neutral del abogado a través de la excepción de improcedencia de acción producto de una investigación formalizada generaría un juicio de valor por parte del órgano jurisdiccional, lo cual solo es realizado en juicio oral, por lo que no puede ser viable su determinación a través de este medio de defensa y mucho menos en etapa de investigación preparatoria con una pretensión punitiva válida pero todavía inacabada, estos problemas jurídicos se han podido evidenciar en los siguientes casos:

Caso de los abogados Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios

Se incoa acción penal contra los letrados Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios, como autores del delito de colusión agravada en agravio del Estado, posteriormente variado a cómplices primarios, quiénes se habrían aprovechado de su condición de Asesores Legales del Comité Proseguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del Jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, favoreciendo el acuerdo colusorio entre la ex pareja presidencial (Ollanta Humala y Nadine Heredia) y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht.

Que, estos hechos ocurrieron el año 2014, siendo el acto del abogado Danós Ordoñez, en su condición de asesor legal, quien habría favorecido a la empresa Odebrecht al elaborar la Carta N°27-2014-PROINVERSIÓN de 30 de junio, anulando los efectos de la Carta N°26-2014-PROINVERSIÓN de 27 de junio. Por ello, es descalificado el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur.

Asimismo, se le atribuye que junto a la asesora legal Reyna Palacios, habrían favorecido el pacto colusorio al elaborar un informe legal de 29 de junio, que apoyaba la postura de los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión, cuyo objeto era invalidar la participación del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, ya que se les contrato para opinar legalmente respecto a su descalificación, como consecuencia de que esta empresa varió la estructura del consorcio en el intermedio de entrega de los sobres 1 y 2.

Que, habiendo realizado dichos actos se favoreció que se otorgue la buena pro al Consorcio Gasoducto Sur Peruano (conformado por la empresa Odebrecht, Enagás Internacional SLU y su socia oculta Graña y Montero).

Ahora bien, una vez formalizada la investigación mediante la Disposición N°78 de formalización de 27 de febrero de 2020, la defensa de los imputados Danós Ordóñez y Reyna Palacios postulo una excepción de improcedencia de acción, siendo favorecida en primera instancia y en segunda instancia revocada y declarándose infundada este medio de defensa deducida dado que como

criterio judicial de sala se sostuvo que en este incidente no pueden ser admitidas cuestiones probatorias, siendo postura de la judicatura que pronunciarse respecto de lo argumentado implicaría una verificación de la legalidad del informe, así como la imparcialidad de su actuar, señalando como válido la determinación de los criterios de imputación objetiva mediante esta figura procesal, pero para su análisis es necesario una mayor precisión respecto de los hechos atribuidos.

Dicha precisión favorece a que el órgano jurisdiccional identifique si dicha conducta se encuadra en el tipo objetivo, pudiendo analizarse en dicho filtro si la acción realizada fue dada dentro del alcance del riesgo permitido. Por ello, la aplicación de estos criterios se debe realizar sobre hechos acreditados, no siendo viable en esta etapa del proceso ya que los hechos no se encuentran aún bien definidos, que, por el principio de progresividad ello se irá precisando en el desarrollo de la investigación. Ante ello, es menester precisar que un proceso penal antes de buscar asegurar la progresividad de la investigación debe primar una protección respecto a los derechos del procesado que son los pilares del derecho penal, protección que debe ser garantizada más aún si existe una imputación formal, por lo que se debe evitar desnaturalizar la excepción de improcedencia de acción limitando su análisis a una vez finalizada la investigación preparatoria, generando indefensión en la parte procesada.

Caso respecto al letrado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez

El presente caso, el fiscal a cargo incoa acción penal contra el abogado Monroy Gálvez, imputando su participación como cómplice primario de colusión agravada, por suscribir informes legales de fecha 04 de agosto, 23 de agosto, 08 de setiembre y 12 de setiembre de 2005, que, habrían presuntamente favorecido y beneficiado a las consorciadas “Consortio Urcos-Inambari” y “Consortio Inambari-Iñapari”, adjudicándoles la buena pro que corresponde el tramo dos y tres del Proyecto Corredor Vial Sur-Perú-Brasil, todos sus informes habrían materializado el pacto colusorio arribado entre los representantes de la empresa “Odebrecht y Asociados” y funcionarios públicos, ya que argumentaban que el Oficio 262-2005-CG/VC emitido por la Contraloría no tenía injerencia sobre la continuidad del proceso impulsado por Proinversión. Dicha acción coadyuvó a que el Consejo Directivo de Proinversión y el Comité dispusieran cancelar la suspensión en la que se encontraba el proceso, para posterior firma del contrato, ya que las empresas consorciadas no

tenían ninguna restricción para contratar con el Estado, lo cual se evidencia con la inexistencia de juicio contra la Constructora Norberto Odebrecht.

Ahora bien, a través de disposición de formalización de 22 de junio de 2020, el fiscal a cargo del caso formalizó acción penal contra el imputado Monroy Gálvez, por lo que su defensa postuló excepción de improcedencia de acción, el Juzgado de Investigación Preparatoria y el Tribunal Superior rechazaron la excepción deducida dado que sostuvieron que el estado del proceso impedía realizar una valoración probatoria a efectos de determinar la existencia de una conducta neutral del abogado consultor al momento de emitir dichos informes legales. Además, refirió que los hechos fácticos atribuidos no solo señalan la acción de emitir informes legales, dado que estos actos cooperaron con el pacto colusorio. El caso en cuestión exige una evaluación que trascienda el aspecto meramente fáctico, por lo que es imprescindible llevar a cabo un análisis integral y contextual, el cual solo puede realizarse adecuadamente en la etapa de juzgamiento, lo cual es claramente posición no compartida en cuanto no se puede limitar el análisis del rol neutral del abogado a dicha etapa, más aún, si la imputación objetiva se ubica dentro del juicio normativo que garantiza a partir del criterio delimitador como la prohibición de regreso una identificación más fácil respecto a si la acción desarrollada es estereotipada, lo cual va en sintonía con esta figura procesal que amerita un juicio de puro derecho, ubicado en la teoría del delito dentro del primer filtro, como criterio delimitador en la determinación de la tipicidad objetiva a fin de establecer si la conducta realizada es desaprobada por el derecho penal.

En los casos detallados, se ha podido advertir diversos problemas jurídicos que se han dado a lo largo del desarrollo del proceso:

5.1.1. EL CRITERIO JUDICIAL DESNATURALIZA EL OBJETO DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN AL EVITAR DETERMINAR EL ROL NEUTRAL DEL ABOGADO MEDIANTE LA INSTITUCIÓN DE PROHIBICIÓN DE REGRESO COMO CRITERIO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

De los casos analizados se ha podido advertir que el criterio judicial contraviene la naturaleza de esta figura procesal cuando pretende aplicar la institución de la prohibición de regreso, como

criterio de la imputación objetiva, para determinar si el rol del abogado en los casos en cuestión ha sido neutral conforme a su *lex artis* o al contrario ha rebasado su rol creando un riesgo típico que ha generado el hecho dañoso.

Respecto al caso seguido a los abogados Danós Ordóñez y Reyna Palacios, se ha podido advertir esta desnaturalización de la figura procesal en el pronunciamiento de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, sostuvo en su fundamento décimo segundo que *“es criterio adoptado por esta Sala Superior que resulta válido discutir criterios de imputación objetiva –en este caso, prohibición de regreso– a través de una excepción de improcedencia de acción. Sin embargo, para analizar estos criterios se exige una determinación sumamente precisa de los hechos, al punto que el juzgador tenga la posibilidad de identificar en qué nivel se ubica la delgada línea que divide lo imputable al tipo objetivo, de lo no imputable, ya sea porque el sujeto actuó dentro del riesgo permitido. De ahí que para analizar si son o no aplicables los criterios que excluyen la imputación objetiva de la tipicidad, se deben tener ya los hechos razonablemente acreditados. Si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlos. Y ello es así debido a que - volvemos a repetir- uno de los principios que rige la investigación preparatoria es el de progresividad, en la medida que los hechos investigados eventualmente se irán delimitando y dilucidando con el transcurso y desarrollo de los actos de investigación”*.

Por otro lado, llama poderosamente la atención lo sostenido por la Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema casatoria N°1095-2021 Nacional que ha señalado en su fundamento decimonoveno que *“en un estado ideal del proceso, la excepción de improcedencia de acción, tanto por ausencia de tipicidad como por falta de justiciabilidad, debería poderse postular una vez que se tenga un requerimiento fiscal acusatorio en forma, vale decir, en la etapa intermedia, solo las demás excepciones de naturaleza de juicio, cosa juzgada, prescripción, amnistía o la cuestión prejudicial podrían postularse tal cual están previstas, vale decir, una vez que la Fiscalía decide continuar con las investigaciones preparatorias”*.

Esta premisa es cuestionable dado que, no se tiene en cuenta que la investigación preliminar (diligencias preliminares), como bien lo establece el artículo 334° inc.2 CPP, tiene un plazo de

sesenta días. Sin embargo, a criterio del fiscal a cargo se puede establecer un mayor plazo conforme a la complejidad de la investigación. Por ello, la Casación N°2-2008, La Libertad, por una interpretación sistemática ha establecido que el plazo máximo de la investigación preliminar no puede ser mayor al otorgado al plazo de la investigación preparatoria formalizada, en casos complejos y de crimen organizado, conforme a lo señalado en el art.342° inc2 CPP no puede superar los ocho meses y treinta y seis meses, correspondientemente, ya que, si bien la investigación preliminar forma parte de la investigación preparatoria, no se puede contabilizar su plazo en el alcance del plazo otorgado a la investigación formalizada. Es menester precisar, que se debe tomar a esta primera etapa como una etapa prejurisdiccional, en la que se realizan diligencias urgentes y necesarias a efectos de recabar elementos de convicción para la construcción del hecho denunciado y determinar si cumple las condiciones necesarias para formalizar la acción penal.

En ese sentido, tratándose de procesos de crimen organizado, como los casos citados, la investigación preliminar o prejurisdiccional tendrá un plazo de treinta y seis meses, por su parte, la investigación formalizada podrá tener el mismo plazo, conforme lo refiere el art.342° inciso 2° CPP'04, pudiendo ser prorrogable por el mismo plazo. La investigación preliminar por delitos de crimen organizado se formalizarían después de treinta y seis meses, teniendo la investigación formalizada un plazo máximo de seis años, por lo que, afirmar lo sostenido por el criterio judicial resulta irrazonable dado que esperar a que se culmine la investigación preparatoria sin posibilidad de que se cuestione una pretensión jurídica inválida o defectuosa sería ilógico, ya que en el peor de los casos dicha posibilidad se encontraría restringida por un total de nueve años, lo cual conllevaría al detrimento del derecho de defensa y las garantías procesales.

Resulta cuestionable la posición asumida por los magistrados de segunda instancia, así como, lo sostenido por los magistrados supremos, dichas consideraciones no pueden desnaturalizar esta figura procesal, más aún, si la ejecutoria suprema casatoria N°1307-2019 Nacional en su fundamento octavo ha establecido lo siguiente: (el resaltado en negrita es nuestro)

“OCTAVO. Que no es de recibo argumentar que el examen de la imputación del comportamiento –y, obviamente, también de la imputación del resultado– requiera de la culminación de la investigación preparatoria. La ejecución de un comportamiento

riesgoso, el carácter penalmente relevante del mismo y la determinación de si su creación puede imputarse penalmente al que lo ha producido o pudo evitarlo, está en función (juicio de subsunción normativa) a la descripción fáctica que contiene el acto de imputación fiscal. Es obvio que el examen de la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos jurídico-penales, siempre necesarios por mandato legal, del acto de postulación de la Fiscalía; no está en función al avance de las investigaciones y, menos, a la culminación del procedimiento de investigación preparatoria. Es cierto que conforme avancen las averiguaciones la acción penal puede modificarse, ampliarse o precisarse con la incorporación de datos nuevos, pero esta situación, contingente y aleatoria, no puede ser determinante para que el imputado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional y de defensa procesal, pueda formular un medio de defensa o excepción –esta última, por lo demás, no está condicionada a que el procedimiento de investigación culmine y se dé curso al procedimiento intermedio–“.

Estas aseveraciones dadas por los citados magistrados en el caso respecto a los abogados Danós Ordóñez y Reyna Palacios se fundamentan en que no existe una imputación concreta ya que es una hipótesis fiscal mas no podríamos hablar aún de una tesis fiscal. Sin embargo, se deja de lado la existencia de una imputación formal atribuida en su contra en la Disposición de Formalización que mínimamente esta tiene que sobrepasar criterios de tipicidad y antijuricidad que es lo que se cuestiona mediante esta figura procesal.

Estos pronunciamiento a todas luces contraviene lo establecido jurisprudencialmente y legalmente por esta norma procesal, que otorga la oportunidad al imputado de poder deducir excepción de improcedencia de acción a partir de la notificación de la disposición fiscal citada, puesto que con dicho acto se formaliza la investigación y la sindicación de una imputación formal en su contra, así como se comunica al juez competente que existe una acción penal formalizada en contra del procesado, de acuerdo a lo establecido en el art. 7° inciso 1 CPP'04.

No se puede limitar la aplicación de esta herramienta procesal a una vez culminada la investigación preparatoria o a una imputación delimitada y acabada, si bien, por el principio de progresividad a

medida que avance la investigación los hechos atribuidos pueden ser modificados, ampliados o precisados (art.349° inc.2 CPP'04), por los nuevos datos recabados, raramente es modificada en su parte sustancial. Por ello, dicha situación no elimina la existencia de convicción por parte del fiscal por sospecha reveladora de que existe el delito y este se encuentra vinculado con el procesado, ya sea por autoría o por complicidad, es decir, existe una imputación formal y un hecho atribuido al investigado, la cual no puede ser un obstáculo para que no se pueda evaluar los criterios de la prohibición de regreso en el debate jurídico, específicamente en cuestión al rol neutral del abogado, dado que se lesionaría la tutela jurisdiccional y defensa procesal del imputado.

Por su parte, respecto al caso Monroy Gálvez el criterio judicial al determinar el rol neutral del abogado mediante esta figura procesal también se advierte un criterio erróneo. El Tercer Juzgado de primera instancia tiene como criterio que una conducta será neutral si se determina la imparcialidad en su actuar al emitir los informes jurídicos y que ello solo será posible posterior a una actividad probatoria. En la misma línea, el Tribunal Superior refirió que no resulta posible determinar con un grado cognitivo de convencimiento que la conducta atribuida sea una conducta neutral por el estado del proceso (etapa de investigación), refiriendo que para dicha determinación es necesario un juicio de valoración, , lo que solo se alcanza después de una actividad probatoria, es decir, en juicio oral, por lo que concluye que no es válido ni viable su determinación.

Las conductas neutrales o estereotipadas con conocimientos especiales se determinan a través de la *lex artis*, el cual se encuentra fundamentado en el principio de autorresponsabilidad, principio legalidad y principio lesividad, que para su determinación y diferenciarla de una conducta anti normativa se deberá analizar la competencia del procesado, si la razón de su intervención se debió a las funciones de su profesión y si la conducta del imputado excedió o infringió sus deberes positivos o negativos, ello al ser evaluado mediante la excepción de improcedencia de acción, será realizado observando los hechos detallados como ciertos, que son atribuidos por parte del representante del Ministerio Público en su Disposición Fiscal de Formalización de la investigación.

Sin embargo, las exigencias de su determinación deberán ser de acuerdo a la etapa procesal en la que se encuentre, dado las exigencias para la formalización de la acción penal, mínimamente el fiscal fundamenta su imputación a partir de una sospecha reveladora. En razón a ello, se advierte

que parte de la convicción que el delito existe y se ha identificado a los participantes vinculados al delito, por lo que la carga probatoria que acredita el rol neutral del abogado no puede ser argumentativa y de convencimiento al juzgador, ya que ello solo puede ser realizado en la etapa de juicio oral, siendo dicho estadio procesal en el cual el análisis va más allá de un juicio de tipicidad y antijuricidad sino también respecto a la culpabilidad del imputado.

En la investigación preparatoria, así como nuestro sistema procesal penal permite al fiscal a cargo formalizar la investigación bajo una sospecha reveladora y ciertas condiciones debidamente señaladas en el art. 336 inc2 CPP, por igualdad de armas, la determinación del actuar del imputado bajo su rol también será mínima, es decir, existe una circunstancia reveladora que acredita que la conducta desplegada por el agente fue realizado dentro del rol neutral del abogado, que su conducta no sobrepasó la *lex artis* de sus funciones, lo cual se advertirá del relato fáctico realizado por el fiscal, es así que, también podrá ser determinado a través de esta figura procesal bajo ciertos criterios.

Esta concepción tiene su origen en la teoría mixta subjetiva de los conocimientos especiales, dado que cierto sector de juristas considera que no existe pureza objetiva en la conducta y que la imputación penal realizada contra el partícipe no puede ignorar el conocimiento que posee el agente, ya que una conducta dejaría de ser neutral si esta se adapta a los intereses personales del poseedor del rol. No obstante, podemos advertir que se confunde a los conocimientos especiales con el dolo del agente en hechos de contextos delictivos, puesto que para evaluar un juicio de subsunción del hecho atribuido, este debe ser realizado a partir de la teoría del delito, centrándonos en el primer y segundo filtro que es la tipicidad y antijuridicidad, por lo que, una vez superado estos primeros filtros se pasará recién a determinar la culpabilidad, dado que si el hecho atribuido no supera estos primeros filtros no tendría razón analizar la culpabilidad de la conducta.

Al respecto, la Corte Suprema se ha expresado que se debe mantener al margen del rol aquellos datos psíquicos que pueda tener el sujeto al momento de realizar su conducta, así lo ha señalado la ejecutoria suprema de Nulidad N°776-2006, Ayacucho, expresando en el fundamento cuarto lo siguiente:

“El punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su acción fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que pueda tener en su mente y la causalidad natural acontecida; es de este modo que el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente solo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”

Se debe tener en cuenta, que el fin delictivo del agente se verá exteriorizado en su conducta, ya que no se puede castigar a nadie solo por sus pensamientos (*cogitationis poenam nemo patitur*), es así, que podemos observar en el caso del taxista, de lo atribuido por el fiscal en su relato, que su conducta rebasó su conducta presuntamente neutral en su competencia de taxista, como expresa en la ejecutoria suprema de Nulidad N°214-2019, Lima (fs.2):

“El Ministerio Público sostuvo que el nueve de marzo de dos mil tres, aproximadamente a las 19:00 horas, cuando los agraviados Félix Fernando Díaz Carranza y Enrique Fernando Valverde Ortega salían del local campestre La Portada del Sol, ubicado en el distrito de San Juan de Lurigancho, fueron interceptados por tres sujetos, quienes premunidos con armas de fuego los redujeron y agredieron con la cacha del arma en la cabeza. Así lograron sustraerles dos bolsas de color negro para luego abordar un vehículo Tico conducido por el procesado recurrente Teófilo Galván Cantoral, que los estaba esperando. Los asaltantes, al ser sorprendidos por efectivos policiales, pretendieron darse a la fuga, pero logró intervenirlos a Tony Santiago Gutiérrez Rubio –o Jhon Jaime Gutiérrez Canales– y a Teófilo Galván Cantoral”.

De los elementos de convicción recabados se pudo observar que esta persona no tenía la competencia de taxista ya que el carro usado para los hechos ilícitos no tenía permiso para prestar servicios de taxi, asimismo, la conducta exteriorizada de esperar a los sujetos que se encontraban robando a los agraviados, infringe las competencias de su supuesto rol neutral, contribuyendo presuntamente en la creación del riesgo típico, exteriorizándose a primera vista que el sujeto a adecuado su rol a la conducta criminal de los otros sujetos, con ello se supera el juicio de tipicidad y antijuricidad por lo que se pasaría a evaluar ya en una siguiente etapa si el sujeto tenía conocimientos del actuar ilícito de los otros participantes.

Es menester resaltar que, con el recurso de excepción de improcedencia de acción se pretendería evaluar la existencia de una pretensión jurídica válida, si es válido el presunto actuar ilícito atribuido o si lo sostenido por el fiscal decaería en lo ilógico, por lo que en esta etapa no se debatirá respecto a la culpabilidad penal del imputado, se debatirá si la formalización realizada contiene una pretensión jurídica válida que mínimamente permite sobrepasar el juicio de tipicidad y antijuricidad respecto a la conducta evaluada, por lo que no se debe olvidar que el artículo 8° del CPP'04 permite que mediante esta excepción se puede, conforme al caso, adjuntar elementos de convicción que reforzarán lo sostenido por el excepcionante, más ello no debe generar una valoración por parte del órgano jurisdiccional.

Como podemos observar, el criterio jurisdiccional no es uniforme ni pacífica cuando se analiza la vinculación de la excepción de improcedencia de acción y la prohibición de regreso en una investigación formalizada. Si bien la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema a través de la Casación N°1307-2019 Nacional estableció que si es viable su análisis en esta etapa, no ha sido establecido como precedente vinculante y es por ello, que podemos observar que muchas excepciones recurridas son rechazadas en primeras instancias, por lo que muchos casos son amparados recién mediante casación, después de muchos años, he incluso con la investigación preparatoria todavía no concluida.

Nuestro código procesal penal permite que cada caso deba ser analizado mediante la excepción de improcedencia de acción, el cual es un medio de defensa que se fundamenta en un juicio de subsunción normativa. Por otro lado, la prohibición de regreso es determinado cuando se analiza

el hecho dentro del filtro de tipicidad, por lo que ambas figuras están ubicadas dentro del juicio de tipicidad, siendo válido y viable determinar el rol neutral del abogado ante una imputación jurídica presuntamente válida postulada por el representante del Ministerio Público, bajo ciertos criterios.

5.1.2. NECESIDAD DE ESTABECER CRITERIOS PARA UNA MEJOR DETERMINACIÓN DEL ROL NEUTRAL DEL ABOGADO MEDIANTE LA FIGURA PROCESAL DE EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN.

Caso de los abogados Danós Ordóñez y Reyna Palacios

Respecto al caso Danós Ordoñez y Reyna Palacios ha sido oportunamente evaluado en la Casación N°1095-2021 Nacional de 27 de marzo de 2023, dos años después de ser declarada infundada por la Sala Superior, encontrándose aún en proceso la investigación preparatoria. Este pronunciamiento judicial le dio un especial análisis a la tutela procesal efectiva frente a la progresividad de la investigación, dado que se habría actuado de forma antiética al notificarse la Disposición Fiscal N°122 que ampliaba la disposición de formalización cuestionada y que iba a ser evaluada en la vista de la causa en la Corte Suprema, al día siguiente.

En concreto, con esta citada disposición se precisaban hechos y se variaba la participación atribuida a los investigados referidos, de autores a cómplices del delito de colusión agravada. Con ello, se evidenció el actuar antiético del representante del Ministerio Público, ya que solicitó en audiencia la sustracción de la materia, argumentando que esta disposición cuestionada por la excepción de improcedencia de acción deducida ya había sido superada.

Es así que, del análisis de las circunstancias suscitadas, los magistrados consideraron que la disposición fiscal N°122 precisaba la imputación formal realizada en la disposición cuestionada, es decir, la incriminación fáctica no se había modificado sustancialmente por lo que respetando la tutela jurisdiccional efectiva que se le garantiza a todo recurrente casacionista y dado que no se ha realizado ninguna modificación en el aspecto sustancial, el tribunal supremo considero válido y viable su análisis.

Es importante resaltar que esta casación ha desarrollado un criterio para determinar el rol neutral del abogado, en su fundamento trigésimo cuarto realiza una determinación conceptual de la *lex artis advocati* como parámetro para analizar las conductas de los procesados, estableciendo que emitir, redactar o elaborar una carta, informe legal u opinión jurídica que sea en la misma línea, son actos dentro del ejercicio del abogado consultor. Aunque las opiniones no fuesen acertadas pero tengan sustento legal, serán considerados actos neutrales, por doctrina comparada, podemos observar que en Estados Unidos se ha establecido respecto a este parámetro lo siguiente:

- **El caso U. S. A. vs. Anthony Vélez, 09 Cr. 1016 (DLC) S. D. N. Y.**, del tres de noviembre de dos mil diez, sentencia de apelación del Decimoprimer Juzgado del Circuito del Distrito S. D. de New York, en que se concluyó que “*la exención de la sexta enmienda para quedar fuera de la acusación, el abogado debe limitar su actuación a actos propios de su oficio (ex lex artis)*”.
- **El caso U. S. A. vs. Walter Blair, No. 12-4252 (4th Cir. 2013)**, decisión adoptada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito del Distrito de Maryland, que condenó al abogado Walter Blair, de Maryland, por cuanto utilizó el dinero ilícito que guardaba su patrocinado Anthony Rankine, porque conocía donde lo guardaba, pues se lo dijo Elizabeth Nicely, hermana de su asesorado, para constituir una empresa y pagar la defensa de otros narcotraficantes implicados. El Tribunal norteamericano sentenció que “*la exención de la sexta enmienda tal como lo ha interpretado la Corte Suprema de los Estados Unidos, no ampara conductas que están fuera de su oficio (ex lex artis) al que debe estar ligada su conducta*”.

En ese sentido, se debe advertir que no es ilícita la conducta del abogado que se circunscribe en los actos propios del ejercicio de su profesión, por lo que dicha incriminación sería errada, ya que una conducta enmarcada en las funciones propias del profesional abogado se encuentra protegida por la *lex artis advocati*, por lo que sería ilícita dicha conducta si supera el marco de lo permitido en el ejercicio de su rol.

Esta *lex artis advocati* es una expresión *mutatis mutandi* de la *lex artis medici*, por lo que para dilucidar cómo valorar este parámetro, se hace referencia al pronunciamiento de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos respecto a una médico, con especialidad de pediatra. La galeno fue procesada como terrorista, se le atribuyo fácticamente que habría atendido a muchos terroristas que se encontraban heridos, realizó diversas cirugías curativas, no revelando en el marco del proceso las identidades de dichas personas, ni habría informado sus actos desarrollados.

Luego de haber estado mucho tiempo encerrada y torturada con el objeto de que delate la identidad de los terroristas a los que atendió, la Corte Interamericana no la condenó ya que en la Resolución Nro. 127-CIDH (Caso de la Cruz Flores vs. Perú), de 18 de noviembre de 2004, en su fundamento jurídico noventa y cuatro, afirmó que *“los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos [...] son de exclusivo ejercicio del profesional médico”*. Asimismo, en su fundamento ciento uno dictaminó que *“los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos”*.

Esta corte concluyó que si bien la conducta desarrollada por la médico puede ser aparentemente ilícito, favoreciendo actos terroristas y de encubrimiento personal, quedan exentos de imputación punitiva por haberse realizado dentro de *lex artis medici*, advirtiéndose que sus actos se encuentran dentro de dicho marco, ya que el rol trasciende al individuo delimitando sus ámbitos de competencia, así también lo refiere Caro (2023, p.53), refiere que el rol garantiza que el titular de la competencia debe tener un conocimiento dentro del alcance de ello y no se puede pretender exigir que tenga un conocimiento que exceda dichos límites de su ámbito, dejando de lado los conocimiento psíquicos si no han sido exteriorizados en su conducta.

De lo resuelto por los magistrados supremos, se identifica que el reproche penal contra los letrados es por haber favorecido el pacto colusorio al opinar jurídicamente a favor de que se descalifique al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, como consecuencia de su variación de la estructura en el intermedio de los sobres 1 y 2.

Respecto a lo detallado en la imputación fáctica se ha advertido que los informes legales fueron realizados en el marco de una asesoría específica, debidamente argumentada y en el que sus servicios profesionales fueron desarrollados dentro de su rol de abogados consultores. Asimismo,

de los hechos atribuidos, se identifica que se señala que la carta fue redactada cuando ya existía una decisión por parte del Comité de descalificar al consorcio. Lo sostenido por el representante del Ministerio Público es ilógico y absurdo ya que si el postor competidor no hubiera variado sus porcentajes consorciales no se hubiera requerido los servicios de los letrados.

Bajo la premisa de la *lex artis advocati*, de la imputación fáctica se puede advertir actos propios desarrollados en el ejercicio de la profesión de abogados. En ese sentido, las acciones desarrolladas por los letrados no son reprochables penalmente, más aún, si en el análisis de su competencia, conforme al Reglamento y la Ley de Contrataciones con el Estado no tenían el deber de garante, por lo que **solo se puede imputar reproche penal a quien los uso para materializar el delito**, ya que en ninguna parte del contrato de sus servicios se señaló que los informes legales emitidos tendrían carácter vinculante, siendo sus actuaciones realizadas en el marco de la *lex artis advocati*, por lo que es ilógico sostener actos de complicidad o autoría.

Caso respecto al letrado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez

El proceso seguido contra el letrado, ha sido oportunamente evaluado y resuelto en la Casación N°526-2022 el 17 de febrero de 2023, dos años después de ser rechazada en primera instancia, este pronunciamiento judicial ha determinado que es viable y válido la determinación del rol neutral del abogado mediante la excepción de improcedencia de acción, aunque esta sea postulada en una investigación formalizada, dado que mediante este recurso se analiza el relato fáctico atribuido, si estos pueden ser subsumidos en el delito imputado, siendo estos hechos que son tomados como ciertos los que forman el objeto de esta figura procesal, no requiriéndose actividad probatoria para su apreciación integral. Al contrario, como bien hemos señalado la determinación del rol neutral del abogado se hará a través de un juicio normativo, pese a la existencia de contextos marcadamente delictivos.

Se ha podido advertir que suscitan diversos problemas para la aplicación del criterio de prohibición de regreso, en circunstancias de determinar una actuación neutral del abogado, en un contexto marcadamente delictivo, en el presente caso, resuelto mediante Casación N°526-2022 en su fundamento séptimo se cita sentencias del Tribunal Español a efectos de abordar mejor esta problemática:

- **STSE 823/2012, 30 de octubre**, establece que un acto estereotipado es aquel que, en principio, se lleva a cabo dentro de un marco legal y legítimo, pero que pueden ser vinculados a un contexto delictivo, sin que por sí mismo constituya una conducta tipificada como delito.
- **STSE 34/2007, 01 de febrero**, establece que un acto solo podría adquirir relevancia penal como una forma de participación que contribuye de manera efectiva al hecho principal, dado que el autor manifiesta una intención delictiva, porque existe una conexión evidente con un propósito ilícito, o porque trasciende el rol social del colaborador hasta el punto de que deja de ser profesionalmente aceptable. Asimismo, puede ser considerado punible si se ajusta al plan delictivo manifestado por el autor o si genera un aumento del riesgo asociado a la comisión del delito, entre otros factores.
- **STSE 199/2012, 15 de marzo**, establece que es posible vincular la acción del autor material (por ejemplo funcionarios o servidores públicos implicados en el acuerdo colusorio) con la de un extraneus, ajeno a dicha calidad, al punto de ser considerado como partícipe en el delito de este otro, requiriéndose un juicio normativo que vaya más allá de la descripción fáctica atribuida, implicando una evaluación jurídica.
- **STSE 1515/2019, 13 de marzo**, establece que para diferenciar un acto inocuo de uno cooperante, especialmente en situaciones donde ciertas acciones aparentemente neutrales deben ser evaluadas, es fundamental analizar si estas ocurren dentro de un contexto en el que ya se ha evidenciado una intención delictiva por parte del tercero. En este análisis, no solo se considera la conducta del individuo de manera aislada, sino también el entorno en el que se desarrolla. Además, es crucial tener en cuenta el grado de conocimiento que el sujeto posee sobre dicho contexto, ya que no se pueden separar completamente los elementos objetivos de los subjetivos. Esto implica que, si bien una acción puede parecer socialmente aceptable dentro de la profesión o actividad habitual de quien la realiza, debe evaluarse si en realidad está contribuyendo a la ejecución del delito de un tercero.
- **STSE 974/2012, 05 de diciembre**, establece que un acto neutral, por sí solo, no puede dar lugar a responsabilidad penal, ya que no alcanza el umbral mínimo de relevancia objetiva necesario para ser considerado una forma de participación delictiva. Estas acciones se consideran socialmente aceptables, pues no implican un riesgo prohibido ni representan un

peligro jurídicamente reprochable en la configuración del tipo penal. En ese sentido, la mera relación causal entre la conducta y el resultado no es suficiente para configurar el delito, siendo necesario que el sujeto haya excedido los límites del riesgo permitido. Así lo establece la STSE 189/2007, de 6 de marzo, actos desarrollados que se fundamentan en el espacio de su libertad garantizado por la Constitución.

Para realizar este juicio de valoración se deberá recurrir a las reglas del derecho penal, la teoría del delito, confrontar la conducta presuntamente delictiva con la norma penal a través de los criterios delimitadores de la imputación objetiva, como la prohibición de regreso a fin de identificar si la acción desarrollada ha superado el alcance de su rol social o ha sido desarrollada dentro de la *lex artis advocati* del ejercicio del abogado consultor, es necesaria dicha evaluación normativa, ya que hacer solo una valoración desde el enfoque causal no es suficiente y correspondería al juicio normativo que se puede abordar mediante la figura procesal de excepción de improcedencia de acción, evaluando los hechos fácticos atribuidos y si estos refieren si la presunta conducta delictiva ha superado el riesgo permitido.

Por ello, los magistrados supremos concluyeron que el investigado Monroy Gálvez era ajeno a Proinversión y a la licitación ya llevada a cabo, en el que supuestamente con sus actos habría favorecido al autor. Se advirtió de lo señalado en el relato fiscal que el abogado Monroy Gálvez fue únicamente contratado para que brinde opinión jurídica dentro su rol como abogado consultor, la consulta específica por la que se le contrato fue respecto a la prohibición legal establecida por Contraloría General, si dicha prohibición era razonable conforme al Derecho Procesal Civil. El sostener que la ilicitud de su conducta es por la opinión jurídica brindada que fue contraria al de la Contraloría es irrelevante, ya que sus informes legales fueron desarrollados en el marco de su prestación profesional y del análisis de su competencia. Además, se advierte que, dentro de las competencias del abogado consultor, este no tiene calidad de garante respecto a sus clientes para que tenga la obligación de evitar sus futuras acciones delictivas, por lo que resulta insuficiente sostener que la emisión de informes legales realizados el procesado haya beneficiado el acto de que Proinversión suscriba el contrato cuestionado, constituyéndose su comportamiento en actos de complicidad.

Ahora bien, podemos observar, que dichos casos fueron oportunamente valorados por nuestra Corte Suprema, pese a que transcurrieron varios años para que llegue a dicha instancia desde su planteamiento. Sin embargo, ningún argumento desarrollado en las casaciones citadas ha sido establecido como precedente vinculante, lo cual no ha puesto fin a los problemas jurídicos que podemos advertir, cuando se genera la vinculación de la excepción de improcedencia de acción y la prohibición de regreso, a efectos de determinar el rol neutral del abogado en etapa de investigación preparatoria.

Esta falta de uniformidad en el criterio judicial por las diferentes instancias del Poder Judicial y la falta de desarrollo doctrinario y precedente vinculante de esta vinculación genera que suceda, como bien señala Arbulú (2014, p.133), una mala práctica de los abogados al deducir este medio de defensa debido a que muchas veces se postula sin tener en claro cuál es su objeto; o genera la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios, ya que no se ha abordado con claridad y amplitud la determinación del rol neutral del abogado mediante esta figura procesal producto de la investigación formalizada, el cual, como bien ha referido nuestra Corte Suprema es válido y viable su análisis en una etapa temprana del proceso como la investigación preparatoria formalizada ya que el criterio de prohibición de regreso al igual que esta figura procesal puede ser determinado a partir de un juicio normativo.

Ante ello, para un mejor análisis y determinación del rol neutral del abogado a través de la figura procesal de excepción de improcedencia de acción como consecuencia de la investigación formalizada, a efectos de evitar estos problemas jurídicos a lo largo del proceso, más aún si estos se dan en contextos marcadamente delictivos, a nuestro criterio, conforme a lo referido por los letrados Villa Stein y Caro John es necesario seguir una serie de criterios para una mejor determinación del rol neutral del abogado, siendo los siguientes: 1) la competencia del imputado, 2) la razón de su intervención se debe a una de sus funciones dentro de su profesión 3) si su conducta infringió o sobrepasó la *lex artic advocati*, todo ello recurriendo a las reglas de la teoría del delito, las normas penales y extrapenales para confrontar la conducta presuntamente delictiva detallada en la descripción fáctica con la norma penal, por lo que pasaremos a aplicar estos criterios en los casos señalados para una mejor determinación del rol neutral del abogado:

⇒ **Caso respecto a los abogados Danós Ordóñez y Reyna Palacios**

A partir de la atribución fáctica y la calificación jurídica desarrollada por el representante del Ministerio Público al formalizar la investigación, se puede advertir, primero, que la competencia de los procesados en los hecho materia de proceso es la de asesores legales consultores, segundo, su intervención en el proceso de concesión se debe a sus funciones de asesores legales, ya que fueron contratados para emitir una opinión jurídica respecto a invalidar la participación del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur como consecuencia de haber variado su estructura en el intermedio de la entrega de los sobres 1 y 2. Es decir, su descalificación se da como consecuencia de esta variación.

Ahora bien, para determinar si su conducta fue realizada en el alcance de sus competencias, referida por nuestra judicatura como *lex artis advocati*, se va analizar lo señalado por el fiscal, quien refiere que la emisión de la Carta N°27-2014-PROINVERSIÓN /CPSE, se da en un contexto marcadamente delictivo puesto que de lo detallado se advierte que el pacto colusorio preexistía a dicha carta para que se beneficie a la empresa Odebrecht. Cabe precisar que si ya existe un acuerdo colusorio es contraproducente sostener que se colaboró en el pacto, ya que se tendría que sostener que el postor Gasoducto Peruano del Sur, varió la conformación de la estructura del consorcio para favorecer este pacto colusorio, lo cual es ilógico. Además, esta variación fue la causa que se generará la contratación de ambos abogados, por lo que esta colaboración coadyuvante no existiría en primera cuenta.

El fiscal sostiene que dicho informe legal fue vinculante para el Comité Pro Seguridad Energética-Proinversión, respaldándose en lo señalado en el relato fáctico, en el apartado 4.7 de la Disposición Fiscal N°122 que refiere:

“En el Acta de Sesión de Acuerdo N°93 que su informe era determinante para los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Pro inversión, quienes tenían a cargo la adjudicación del proyecto Gasoducto Sur Peruano, tal es así que conforme se ha establecido en la disposición de formalización, mediante Acuerdo 94-1-2004-Mejoras, fecha el 27 de junio de 2014, el Comité de Proseguridad energética acordó:

1. Dejar sin efecto la Carta 26-2014-PROINVERSION/CPSE del 27 de junio de 2014.

2. Declarar como postor calificado al Consorcio Gasoducto Sur Peruano integrado por Empresas Inversiones en Infraestructura de Transporte por Ductos y ENAGAS Internacional S.L.U.
3. Declarar como postor descalificado al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur integrado por Gasoducto del Sur S.A. (Semptra), Tecpegas S.A. (Tecpetrol), GDFSUEZ South Peruvian Gas Pipeline S.A. (GDF Suez) y Transportadora de gas Internacional S.A.E.S.P. (TGI).
4. Comunicar al Postor Descalificado la decisión adoptada por el presente acuerdo en el numeral 1 y 3 en los términos y condiciones propuestos por los Asesores Legales.
5. El presente acuerdo entrará en vigencia una vez que se cuente formalmente con el Informe adicional que deberá emitir el Estudio Ehecopar”.

Al ser este un caso de colusión agravada, cuyos hechos se encuentran inmersos en proceso de Contrataciones del Estado, es imprescindible que para determinar si dicha opinión jurídica o informe legal tiene carácter de vinculante se deberá recurrir a las normas extrapenales. Por ello, se evaluó si el Decreto Legislativo N°1017-Ley de Contrataciones del Estado o el Decreto Supremo N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyas normas eran aplicables al momento de suscitados los hechos, no exigían ese carácter vinculante, por lo que decae en lo ilógico la valoración del fiscal.

En ese sentido, se advierte que la incriminación en el relato fáctico dado por el fiscal solo se refiere a conductas desarrolladas por los procesados dentro del alcance de sus competencias como abogados. Una opinión jurídica emitida por los procesados, razón por la que fueron contratados, si los agentes de Proinversión se aprovecharon de dicha situación, no existiría un acto de colaboración ya que sus actos se han desarrollado dentro de la *lex artis advocati*, por lo que no existe un riesgo típicamente relevante para el derecho penal.

⇒ **Caso del abogado Monroy Gálvez**

A partir de la atribución fáctica y la calificación jurídica desarrollada por el representante del Ministerio Público al formalizar la investigación, se puede advertir, primero, que la competencia del procesado Monroy Gálvez en el hecho materia de proceso es la de abogado consultor, segundo,

su intervención en el proceso de concesión se debe a sus funciones de abogado consultor, ya que fue contratado para emitir un informe legal respecto a si cancelar la suspensión en la que se encontraba el proceso, para posterior firma del contrato, como consecuencia del Oficio 262-2005-CG/VC emitido por la Contraloría que sostenía que los consorcios a quienes se les pretendía adjudicar la buena pro se encontraban suspendidos de contratar con el Estado por procesos judiciales en los que presuntamente eran parte.

Ahora bien, para determinar si su conducta fue realizada dentro de la *lex artis advocati*, se va a analizar lo señalado por el fiscal, quien refiere en el relato fáctico que el asesor legal redactó cuatro informes legales respecto al objeto por el que fue contratado, siendo estos informes los que originaron que se cancele la suspensión en la que se encontraba el proceso, para una posterior firma del contrato. Se sostiene que con dichos actos se favorecieron a evitar un debido control respecto a las consorciadas a quienes se les adjudicó la buena pro.

Estos informes como se puede advertir fueron el respaldo para el acto desarrollado por PROINVERSIÓN, descartando lo referido por la Contraloría en el oficio citado. Sin embargo, ello no es suficiente para valorar su conducta como ilícita, dado que es el mismo fiscal que señala que la intervención del investigado Monroy Gálvez fue posterior a la existencia del pacto colusorio por parte de los funcionarios con la empresa Odebrecht, por lo que se puede observar que la conducta del investigado se ha realizado en el ejercicio de sus actividades como abogado, ya que se limitó a responder por lo que fue contratado.

El objeto por lo que se le contrato al letrado fue respecto su opinión jurídica a si la prohibición legal resaltada tenía sustento legal por nuestro código procesal civil, siendo importante señalar que dicho informe legal no tenía carácter vinculante conforme lo establece la Ley y Reglamento que regula las Contrataciones del Estado, en tanto, si estos informes legales se han emitido conforme a su prestación profesional dicha incriminación sería excluida porque los actos presuntamente ilícitos señalados por el fiscal son actos propios desarrollados dentro de la *lex artis advocati*, por lo que no sería suficiente constituir participación punible que otro haya utilizado sus actos para cometer un delito, ya que existe el corte de la competencia realizada por el abogado Monroy

Gálvez, por lo que no se puede imputar penalmente ya que de lo descrito no se deduce su creación del riesgo típico desaprobado por el derecho penal.

5.1.3. EL CRITERIO JUDICIAL VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS PROCESALES DEL IMPUTADO.

Nuestra jurisprudencia peruana mantiene un criterio uniforme al abordar el concepto de rol neutral, sin embargo, se advierten problemáticas jurídicas que lesionan el derecho de defensa del imputado al tratar de determinar este rol neutral mediante una excepción de improcedencia de acción, producto de la formalización de la investigación, lo cual no debería ser un obstáculo, más aún, si la conducta presuntamente criminal se encuentra vinculada al legítimo ejercicio del abogado que conforme bien lo ha señalado en su fundamento decimonoveno la Casación N°374-2015 Lima *“tiene su fundamento en el derecho a la libertad del trabajo, por lo que, la conducta del sujeto activo que lesiona un bien jurídico al desarrollar una profesión u oficio, no será antijurídica si es que se realizó de acuerdo al ordenamiento jurídico, es decir, que haya actuado respetando las normas constitucionales y dentro del marco legal, general o especial, pertinente”*.

Más aún si una forma de amenaza u hostigamiento al ejercicio del abogado se puede dar a través de una persecución penal, como bien lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que ha señalado lo siguiente:

“Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado conlleve, por su misma naturaleza, un “efecto disuasorio”, no sólo para el abogado afectado, sino también para la profesión en su conjunto (...). Todo “efecto disuasorio” es un factor importante a tener en cuenta para ponderar un justo equilibrio entre los tribunales y los abogados en el marco de una buena administración de la justicia”. (STEDH, caso Rodríguez Ravelo c. España, 12 de enero de 2016. Párrafo 45)

En ese sentido, resulta claro que la acción penal actúa como un factor disuasorio que limita el libre ejercicio del abogado, afectando negativamente su autonomía. No obstante, dichas repercusiones negativas se intensifican cuando se adoptan criterios judiciales que parten de la premisa de que

mediante una excepción de improcedencia de acción es inviable e inválida para determinar el rol neutral del abogado, dado la etapa inicial del proceso, como lo es la investigación preparatoria ya que (1) generaría un juicio de valor por parte del órgano jurisdiccional, lo cual solo puede ser dado en la etapa de juicio oral, o (2) en la etapa de investigación preparatoria la pretensión punitiva se encuentra todavía inacabada.

No se puede limitar la determinación del rol neutral del abogado mediante esta figura procesal hasta que se finalice el proceso de investigación o a la existencia de una imputación delimitada, si bien, a medida que avance la investigación los hechos atribuidos pueden ser modificados, ampliados o precisados, como consecuencia de los nuevos datos recabados, difícilmente es modificada sustancialmente. Además, dicha limitación a la evaluación de una presunta pretensión jurídica inválida sería más perjudicial al investigado si está es realizada acompañada con un requerimiento de prisión preventiva a efectos de asegurar la presencia del imputado durante todo el proceso y evitar cualquier tipo de obstrucción a la investigación.

Por su parte, nuestra Sala Suprema, en la misma línea de lo establecido en la ejecutoria suprema casatoria N°704-2015, Pasco, ha referido en la Casación N°1867-2023 Ucayali que en esta audiencia respecto a la medida de coerción personal de prisión preventiva se evalúan los presupuestos establecidos en nuestro código procesal penal para imponer esta medida y que “las normas procesales establecen las vías incidentales apropiadas para resolver la controversia respecto a la tipicidad”, esto es, mediante la figura procesal de excepción de improcedencia de acción.

Cabe precisar que si existe modificación, ampliación o precisión de los hechos fácticos atribuidos por la progresividad de la investigación, ello no elimina la existencia de una imputación formal y sus efectos negativos al ejercicio del abogado, más aún, ello no puede ser un obstáculo para que no se pueda evaluar los criterios de la prohibición de regreso en el debate jurídico, específicamente en cuestión al rol neutral del abogado, dado que se lesionaría la tutela jurisdiccional y defensa procesal del imputado.

En tanto, el proceso penal antes de asegurar la progresividad de la investigación debe primar la protección de los derechos del imputado, que son los pilares del derecho penal, protección que debe ser garantizada más aún si existe una imputación formal, por lo que se debe evitar desnaturalizar la excepción de improcedencia de acción limitando su análisis a una vez finalizada la investigación preparatoria, generando un estado de indefensión al imputado en el marco del proceso investigatorio.

Asimismo, dicho criterio judicial afectaría el derecho de las partes a la igualdad de armas puesto que nuestro sistema procesal penal permite a que el fiscal formalice una investigación bajo una sospecha relevante, ya no existe una sospecha simple que origina las diligencias preliminares, nos referimos a que existe una imputación formal, en la que el autor, cómplice o partícipe se encuentra identificado y vinculado con el delito, ya que en la convicción del fiscal existe. Si bien una vez formalizada la investigación se continuará con la recopilación de más elementos de convicción que sustentarán la imputación formal acabada, ya existe una convicción de la existencia del delito y la vinculación con el presunto autor o partícipe, por lo que, por igualdad de armas, la acreditación del actuar del partícipe bajo su rol también deberá ser mínima, es decir, en el debate jurídico para la determinación del rol neutral del abogado se podrá argumentar ello bajo la existencia de una circunstancia reveladora que acredite que la conducta desplegada por el agente fue realizado dentro del rol neutral del abogado, que su conducta no infringió o excedió la *lex artis advocati* de sus funciones, lo cual se advertirá del relato fáctico realizado por el fiscal, el cual es analizado a través de la excepción de improcedencia de acción bajo los criterios establecidos.

Estas deficiencias advertidas en nuestra doctrina y jurisprudencia en el abordaje en conjunto de ambas figuras procesales permiten la posibilidad de que se desarrollen procesos penales con pretensiones jurídicas inválidas. Esto se justifica, bajo el argumento de que su análisis genera un juicio de valoración puesto que requiere actividad probatoria o que solo puede ser realizada ante una imputación formal acabada, es decir, únicamente en etapa intermedia o juicio oral. Como efectos negativos se puede advertir la sobrecarga procesal que existe en el órgano jurisdiccional y que se desvirtúa la finalidad que tiene la excepción de improcedencia de acción, restringiendo el propósito por la que fue concebida.

5.2. DISCUSIÓN

Contrastando la hipótesis general formulada, la cual es “Los criterios judiciales observados en las resoluciones de primeras instancias tienen una percepción errada al determinar la prohibición de regreso, criterio que permite determinar la existencia del rol neutral del abogado o si este ha sobrepasado sus competencias. Dichas limitaciones son dadas porque son deducidas mediante la excepción de improcedencia de acción, solicitada posterior a la formalización de la investigación preparatoria. De los autos analizados se ha podido advertir que la percepción judicial respecto a la determinación del rol neutral en una etapa temprana del proceso no puede ser posible, ya que aparentemente en algunos juzgados se tiene como regla que la determinación de una conducta estereotipada requiere de actividad probatoria o una imputación penal acabada, por lo cual no puede ser realizado en una etapa procesal temprana”, tenemos que ha sido corroborada, debido a que la Corte Suprema, ha corregido en los dos casos analizados a los órganos judiciales de primeras instancias, por ello, ha delimitado mejor el criterio de la *lex artis advocati* para una mejor determinación del rol neutral del abogado mediante este medio de defensa en una etapa temprana de investigación formalizada en procesos complejos.

Constatando nuestra hipótesis secundaria, la cual es “deducir excepción de improcedencia de acción para determinar si las acciones desarrolladas por el abogado fueron dados dentro del alcance de sus competencias, cuestionando la acción penal formalizada producto de la Disposición Fiscal de Formalización es válida y viable a través de criterios establecidos por la imputación objetiva como la prohibición de regreso que se fundamenta en la conducta estereotipada desarrollada dentro del rol social”, tenemos que esta ha sido corroborada dado que nuestra Corte Suprema mediante la ejecutoria suprema casatoria N°1307-2019 Nacional se ha pronunciado a favor de su viabilidad a pesar de que sea realizada contra la imputación penal atribuida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

Es importante señalar que la no viabilidad de esta figura jurídica procesal en una etapa temprana de acción penal formalizada en procesos complejos desnaturalizaría este medio de defensa y su finalidad por la que fue creado, además afectaría garantías procesales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho fundamental de defensa del imputado.

CUADRO ILUSTRATIVO



CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

- ❖ Se concluye respecto al objetivo general que se ha logrado identificar que en las primeras y segundas instancias al pretender determinar el rol neutral del abogado a través de la excepción de improcedencia de acción producto de una formalización de la investigación, en procesos complejos, es considerada inviable en esta etapa temprana del proceso, ya que se considera que determinar si una acción ha sido desarrollada dentro del alcance de la neutralidad conlleva a un mayor análisis de los hechos imputados y para que este sea realizado a través de esta figura procesal, es necesario que exista un mayor desarrollo en la atribución fáctica que se le imputa. Sin embargo, estos criterios judiciales parten de un error, ya que, si bien en etapa de investigación preparatoria solo existe una hipótesis fiscal, ya existe una convicción en el fiscal a partir de una sospecha relevante, por lo que ésta mínimamente debe superar el juicio de tipicidad y antijuricidad para ser considerada una pretensión jurídica penal válida, que como se ha evidenciado en el Caso Dános Ordoñez y Reyna Palacios, a pesar de que habían pasado dos años de la imputación formal, días antes de la audiencia de casación no se modificó la imputación penal, al contrario, solo se precisó, por lo que pretender desnaturalizar este medio de defensa a fin de esperar una pretensión penal acabada, sobreponiendo la progresividad de la investigación, conllevaría a limitar los derechos fundamentales del imputado y dejarlo en indefensión en procesos de criminalidad organizada cuya investigación preparatoria, contabilizando la investigación preliminar, podrían conllevar un plazo máximo de nueve años.
- ❖ Se concluye respecto al objetivo específico que es válido y viable determinar el rol neutral del abogado a través de la excepción de improcedencia de acción, una vez formalizada la investigación. Así lo ha establecido en diversos pronunciamientos la Corte Suprema, a pesar que se tenga que determinar el rol neutral del abogado en procesos complejos, el error de ciertos criterios jurisdiccionales de considerar su validez y viabilidad en etapa intermedia o juicio oral se genera (1) a partir de una mala interpretación de los conocimientos especiales confundiéndolos con el dolo, cuya teoría subjetiva pretende criminalizar los pensamientos del

agente que realiza la conducta o (2) una errónea interpretación de la premisa “el hecho no constituye delito” ya que para determinar que el hecho constituye delito se debe recurrir a la teoría del delito, analizándose la conducta y el hecho por tres filtros: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. No obstante, esta figura procesal se determinará únicamente a través de los siguientes supuestos: primero, si el hecho es típico, y si así lo fuese, se pasará a determinar; segundo, si es antijurídico, es decir, si el hecho no supera la tipicidad, no es necesario evaluar los siguientes filtros de la teoría del delito, por lo que no es necesario que en esta primera etapa se analice la culpabilidad ya que ello solo será determinado realizando previamente una valoración probatoria, es decir, en etapa de juicio oral. Se debe entender que nuestro sistema penal, por ser un medio altamente punitivista, debe ser considerado de última ratio, castigando solo conductas ilícitas exteriorizadas, estos actos exteriorizados revelan la intención criminal del agente, por lo que mediante la excepción de improcedencia de acción se va a determinar si lo atribuido por el fiscal ha logrado determinar esta ilicitud o no ha superado el filtro de tipicidad o antijuricidad cayendo en ilógico e irrazonable.

6.2. RECOMENDACIONES

La modificación del ya viejo artículo 6° numeral 1 literal b de nuestro código procesal penal, cuyo tipo penal viene del antiguo código de procedimientos penales de 1940, y posterior precisión podría traer efectos positivos al evaluar este medio de defensa, ya que de una interpretación literal de la norma este induce a error para determinar si el hecho constituye “delito”. Tomando en cuenta lo que nuestra judicatura en diversos pronunciamientos ha venido precisando respecto al alcance de la excepción de improcedencia de acción, se debe entender que esta figura procesal es una herramienta jurídica para determinar si el hecho ha superado los filtros de tipicidad y antijuricidad, mas no, la responsabilidad penal del imputado, que únicamente será determinado posterior al juicio oral, haciendo una evaluación de su culpabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ Alcócer Povis, E. (2014). *Introducción al Derecho Penal – Parte General*. Primera edición. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- ✓ Arbulú Martínez, V. J. (2014). *La investigación preparatoria en el nuevo proceso penal*. Instituto Pacífico SAC.
- ✓ Bernate Ochoa, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Editorial Universidad del Rosario.
- ✓ Cancio Meliá, M. (2004). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- ✓ Caro John, J. (2023). Algunas consideraciones sobre el riesgo permitido en el Derecho Penal. Forseti. Revista de Derecho. Volumen N°12. N°18. Pp.41-66
- ✓ García Caverro, P. (2019). *Derecho Penal – Parte general*. Ideas Solución Editorial SAC.
- ✓ Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal – Parte General I*. Tercera edición. Editora Jurídica Grijley.
- ✓ Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y la teoría de la imputación*. Traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2° Edición. Editora Marcial Pons.
- ✓ López Casal, Y. (2016). La imputación objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense. Revista Judicial N°119. Costa Rica. Págs. 119-152.
- ✓ Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.
- ✓ Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. (2012) *Código de Ética del Abogado*.
- ✓ Medina Frisancho, J. L. (2016). *Material autoinstructivo del curso de imputación objetiva*. Academia de la Magistratura.
- ✓ Muñoz Conde, F. (2009). *Un caso limite entre justificación y exculpación: La legítima defensa*. Revistas de Estudios de la Justicia – N°11
- ✓ Naciones Unidas. (1990). *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*.

- ✓ Pérez López, J. (2002). *Medios técnicos de defensa y tutela de derechos*. Instituto Pacífico SAC.
- ✓ Polaino Navarrete, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Primera Edición Ara Editores.
- ✓ Recurso de Casación N°1307-2019/Nacional expedido por la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República el 12-02-2020.
- ✓ Recurso de Apelación Nro. 99-2022, Cañete expedido por la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República el 29.11.2022.
- ✓ Casación 1095-2021/Nacional (2023, 27 de marzo). Sala Penal Permanente-CSJR. Lima. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Casacion-1095-2021-Nacional-LPDerecho.pdf>
- ✓ Casación 526-2022 (2023, 17 de febrero). Sala Penal Permanente-CSJR (San Martín Castro C.). Lima. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/333611804a7663e18120f59026c349a4/CA_S+526-2022+Suprema+Unido.pdf?MOD=AJPERES
- ✓ Recurso de Nulidad Nro. 214-2019 Lima expedido por la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República. Visto en: <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/SPP-RN-214-2019-LIMA.pdf>
- ✓ Recurso de Nulidad Nro. 529-2014 LIMA expedido por la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República. Visto en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-529-2014-Lima-Legis.pe_.pdf
- ✓ Recurso de Nulidad Nro. 2208-2012 Lima expedido por la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República. Visto en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-N%C2%B0-2208-2012-Lima-Legis.pe_.pdf
- ✓ Recurso de Nulidad Nro. 1645-2018 Santa, expedido por la Sala Penal Transitoria de Corte Suprema de Justicia de la República. Visto en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/06/Recurso-de-Nulidad-1645-2018-Santa-LP.pdf>
- ✓ Recurso de Nulidad N°425-2019 Lima, expedido por la Sala Penal Transitoria de Corte Suprema de Justicia de la República. Visto en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-nulidad-425-2019-Lima-LP.pdf>

- ✓ Resolución Nro.07 en el Expediente N°00003-2017 (2020, 02 de febrero). Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Angulo Morales M. A.). Lima. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Exp-3-2017-25-Lima-LP.pdf>
- ✓ Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Primera edición. Instituto Pacífico.
- ✓ Reyna Alfaro, L. M. (2022). *Derecho Procesal Penal – Un estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- ✓ Rojas Vargas, F. (2009). cita a García Caverio en *El delito: preparación, tentativa y consumación*. Primera edición. IDEMSA.
- ✓ Rosas Yataco, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Jurista Editores.
- ✓ Roxin, C. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Quinta edición. Civitas
- ✓ San Martín Castro, C., (2024). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Tomo I. Tercera Edición. INPECCP & CENALES
- ✓ Villavicencio Terreros, F, (2006). *Derecho penal – Parte General*. Primera Edición. Grijley.
- ✓ Villa Stein, Javier. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Ara editores. Lima.
- ✓ Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal* (Traducción y notas por José Cerezo Mir). Editorial Montevideo de Buenos Aires.
- ✓ Von Bernath, J. W. (2010) *Conocimientos especiales en la dogmática jurídico-penal y teoría de las ciencias*. Revistas de Estudios de la Justicia N°13

ANEXOS:



Casación fundada, lex artis advocati y excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción tiene lugar “cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”. Incide, por tanto, en la carencia de objeto jurídico penal de la imputación, el que el hecho que integra la disposición fiscal o la acusación fiscal, de un lado, no constituye un injusto penal o, de otro lado, no cumple una condición objetiva de punibilidad o está presente una causa personal de exclusión de pena (excusa absolutoria).

La excepción de improcedencia de acción, incluso considerando las precisiones/modificación contenida en la Disposición Fiscal n.º 122, conforme a los términos de su planteamiento, merece amparo. En este punto, la posición vertida en la resolución de vista, de que para determinar si al momento de los hechos los recurrentes ostentaban la condición de sujetos públicos, requiere de probanza porque la etapa procesal de la investigación preparatoria constituye una etapa en progresión; debe desestimarse porque queda claro que, habiendo actuado dentro de los confines de la *lex artis advocati*, tampoco podrían ser considerados como autores ni como cómplices primarios del delito de colusión agravada.

SENTENCIA DE CASACIÓN

***Sala Penal Permanente
Casación n.º 1095-2021/Nacional***

Lima, veintisiete de marzo de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación (foja 661) interpuesto por la defensa técnica de los encausados **Jorge Elías Danós Ordóñez** y **Ana Sofía Reyna Palacios** contra el auto de vista contenido en la Resolución n.º 07, del dos de febrero de dos mil veintiuno (foja 638), corregida por Resolución n.º 08, del seis de febrero de dos mil veintiuno (foja 652), que revoca la Resolución n.º 08, del cinco de octubre de dos mil veinte (foja 524), y reformándola declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que se dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene; en el proceso penal que se les sigue por el delito de colusión agravada, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.



FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. Mediante **Disposición n.º 78**, del veintisiete de febrero de dos mil veinte (foja 58), se formalizó y continuó la investigación preparatoria —entre otros— contra Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios por la presunta comisión del delito de colusión agravada —previsto en el artículo 384 del Código Penal—, en agravio del Estado.

Segundo. Por escrito presentado el veintisiete de julio de dos mil veinte (foja 2) los procesados Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios formulan excepción de improcedencia de acción conforme al literal b) del numeral 1 del artículo 6 del Código Procesal Penal, con base en que los hechos imputados no configuran típicamente el delito de colusión agravada.

Tercero. Por auto contenido en la **Resolución n.º 08**, del cinco de octubre de dos mil veinte (foja 524), el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios declaró fundada la excepción deducida y dispuso el sobreseimiento parcial de la causa seguida contra los recurrentes por el delito de colusión agravada en agravio del Estado peruano. Contra la mencionada resolución, el Ministerio Público, en procura de su revocatoria, interpone **recurso de apelación** (foja 547), el cual fue concedido por Resolución n.º 09, del veintidós de octubre de dos mil veinte (foja 567).

Cuarto. Mediante **Resolución n.º 07**, del dos de febrero de dos mil veintiuno (foja 638), la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de corrupción de funcionarios revocó la Resolución n.º 08, del cinco de octubre de dos mil veinte (foja 524), que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción respecto al delito de colusión agravada,



en agravio del Estado; y, reformándola, declaró infundada la excepción, debiendo continuar el proceso conforme a su estado.

Quinto. Frente a esa decisión, la defensa técnica de los procesados Danós Ordóñez y Reyna Palacios interpone recurso de casación (foja 661) e invoca la modalidad excepcional —prevista en el numeral 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal—, planteando la necesidad de enfatizar la inviabilidad de que los cargos están razonablemente acreditados, en que es posible examinar si los imputados pueden ser sujetos activos del delito (condición, para efectos penales, de funcionarios públicos) y si un abogado consultor privado puede ser considerado funcionario público.

En lo que se refiere a las causales invocadas, los motivos de la casación se basan en el quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y violación de la garantía de la motivación, vinculados a los numerales 2, 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

§ II. Trámite del recurso de casación

Sexto. Recibido formalmente el expediente, mediante decreto del cuatro de noviembre de dos mil veintiuno (foja 157 del cuaderno formado en esta sede suprema), se dispuso correr traslado a las partes procesales por el término de ley, apersonándose los recurrentes (foja 163 del cuaderno supremo) y absolviendo el traslado la Procuraduría Pública *ad hoc* Caso Odebrecht (foja 224 del cuaderno supremo). Por decreto del doce de mayo de dos mil veintidós (foja 234 del cuaderno supremo) se señaló fecha para la calificación del recurso impugnatorio; así, mediante ***auto de calificación del tres de junio de dos mil veintidós*** (foja 236 del cuaderno supremo), declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos por la defensa de los encausados Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios contra el auto de vista contenido en la Resolución n.º 07, del dos de febrero de dos mil veintiuno (foja 638), corregido por



Resolución n.º 08, del seis de febrero de dos mil veintiuno (foja 652), que revoca la Resolución n.º 08, del cinco de octubre de dos mil veinte (foja 524), y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que se dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal que se les sigue por el delito de colusión agravada, en agravio del Estado.

Séptimo. En ese sentido, al estar ya instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, evidenciada por su debida notificación, en particular la Fiscalía recurrida —según los cargos de entrega de cédulas de notificación, fojas 239 y 240 del cuaderno supremo—, mediante resolución del siete de febrero de dos mil veintitrés (foja 634 del cuaderno supremo), se dispuso la realización de la audiencia de casación para el diez de marzo de dos mil veintitrés.

Octavo. De las incidencias preliminares de la audiencia de casación. En la fecha convocada, se realizó la audiencia, mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia del señor fiscal supremo adjunto en lo penal César Zanabria Chávez, del señor procurador público delegado de la Procuraduría Pública *ad hoc* general del Estado Iván Solís Turkowsky y los abogados defensores de los recurrentes Roberto Pereira Chumbe y José Arrieta Caro. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura se fijó para el veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Noveno. En la audiencia de casación del diez de marzo de dos mil veintitrés, la Fiscalía Adjunta Suprema manifestó que se había expedido la Disposición Fiscal n.º 122, del siete de marzo de dos mil veintitrés, presentada a esta Sala Suprema un día antes de la audiencia convocada, mediante Oficio n.º 128-



2023-MP-FN-1ºFSUPR.P, recibido el nueve de marzo de dos mil veintitrés a las 10:35 horas (foja 636), pero la disposición había sido notificada a los casacionistas recurrentes, cuyas defensas técnicas confirmaron tal aseveración. En esa disposición fiscal se ampliaba la formalización y continuación de la investigación preparatoria, se precisaban los hechos y se modificaba el grado de participación de los encausados Danós Ordóñez y Reyna Palacios, precisión/modificación que efectuó la Fiscalía, amparada en el principio de progresividad desarrollado en el Acuerdo Plenario Extraordinario n.º 02-2012/CJ-116, de las Salas Supremas Penales, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el veintiséis de julio de dos mil doce.

Décimo. Por tanto, el señor fiscal y el señor procurador exigieron que se declare la sustracción de la materia, porque la disposición fiscal referida (n.º 78) ha sido superada (*modificada*) por la Disposición Fiscal n.º 122, cambiando el grado de intervención, de autores a cómplices primarios, de los investigados Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios, pedido que analizaremos *ut infra*; no obstante, alternativamente, el abogado del Estado también postuló la declaración de infundabilidad de la pretensión. Por ello, es de primordial interés que nos ocupemos de este punto, pues, de ser favorable, ya no tendría sentido proseguir con el análisis del recurso.

Decimoprimer. Así pues, analizado el expediente, la sustracción de la materia solicitada exige a este estado procesal que la etapa intermedia se hubiera cerrado, con lo que todos los sujetos procesales estuvieron de acuerdo; no obstante, la investigación preparatoria no concluía todavía. También implicaría que la Disposición Fiscal n.º 122 hubiera sobreseído los hechos por los cuales inicialmente se incorporó como imputados a Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios, lo que tampoco ocurrió. Luego, la modificación del grado de participación resulta procesalmente insustancial,



en cuanto los efectos jurídicos se mantienen (procesamiento por el mismo delito y consecuencia punitiva conlleva la misma pena para el cómplice primario que para el autor); por lo que el pedido de sustracción de materia no resulta de acogida, corresponde pronunciarse por el fondo del asunto.

Decimosegundo. En cuanto a los hechos, se debe verificar si el núcleo de la imputación ha sido modificado, o bien, si lo que se ha ampliado son especificaciones periféricas o accidentales, volviendo más precisa la imputación fáctica; solo en el primer caso deviene en trascendente que exista un pronunciamiento previo y de primer grado, sobre la excepción de improcedencia de acción, debiéndose derivar el asunto al *iudex a quo*, a fin de que se proceda conforme al trámite procesal pertinente sobre los hechos que habrían sido reformados. En el segundo caso no es así; la razón primordial es que la intangibilidad del núcleo de imputación no modificará la decisión ya adoptada por las instancias de mérito que se auditan en la presente casación. En ese sentido, habilitados por el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva que merecen los casacionistas, el mismo principio de progresividad aplicado por la Fiscalía, en concordancia con los principios lógicos de razón suficiente y *maius ad minorem*, esta Sala Suprema decidirá no solo sobre el contenido fáctico de la Disposición Inicial n.º 78, del veintisiete de febrero de dos mil veinte, precisada y modificada por la Disposición Fiscal n.º 122, del siete de marzo de dos mil veintitrés.

Decimotercero. Existen algunas razones ulteriores para este curso de tramitación procesal:

13.1. La aludida Disposición Fiscal n.º 122 fue tanto emitida como puesta en conocimiento de los encausados Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios cuando la Fiscalía conocía plenamente del **auto de calificación del tres de junio de dos mil veintidós** (foja 236 del



cuaderno formado en esta sede suprema), y sabía que estaba prevenido y reservado un pronunciamiento supremo y final sobre el asunto *thema decidendi*, cuya modificación acarrearía efectos jurídicos para los recurrentes casacionistas y el Ministerio Público, respectivamente.

13.2. Después, el reenvío de la causa a las instancias de grado inferior, utilizando la potestad rescindente de este Colegiado Supremo, implicaría reconocer un defecto insubsanable y que lo acontecido se trata de un ejercicio abusivo de la potestad fiscal, proscrito por los artículos 45 y 103 de la Constitución Política.

13.3. Se abre así el dilema lógico siguiente: o bien se acepta que la modificación fiscal, introducida precipitadamente, es catastrófica para el proceso y para los derechos de los casacionistas, puesto que en ningún caso cabe la nulidad solo por la nulidad, con la consiguiente declaración de falta de lealtad y buena fe procesal de la Fiscalía, en estricto respeto al principio procesal de *ius cogens: Nefas est praecepta ludi vel arma mutare cum ludus inceptus*¹; o bien, se acepta que la disposición fiscal es accidental y de precisión, y que no modifica el núcleo de decisión suprema; luego, no es catastrófica, si bien descortés, desleal y un uso de prevalimiento soberbio del principio de progresividad y del ejercicio persecutor de la Fiscalía, pero que no impide que este Colegiado Supremo se pronuncie sobre el asunto primario, reformulado/precisado.

¹ *Resulta ilegítimo cambiar las armas y las reglas de juego cuando éste ya se ha iniciado.* Principio ineludible para el Perú, conforme al mandato del artículo 55 de la Constitución Política, respeto a la prescripción del artículo 53 de la Convención sobre los Tratados o Convención de Viena, que entró en vigencia desde el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta [suscrita el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, U. N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U. N. T. S. 331] y ratificada por el Perú conforme al Decreto Supremo n.º 029-2000-RE, del catorce de septiembre de dos mil, reconocido como norma de vínculo jurídico, de acuerdo a la mencionada convención.



Tras el debate en la audiencia de casación correspondiente, los sujetos procesales no se pusieron de acuerdo sobre este aspecto primordial del *sub materia*, por lo que se impone una decisión jurisdiccional, para decidir si se trata de una precisión accidental que no obsta resolver el fondo de la casación o una modificación sustancial que vuelve imposible una decisión casatoria, determinando el reenvío.

Decimocuarto. Sobre el *iter investigationis*, desplegado por la Fiscalía, se tiene:

14.1. La Disposición Fiscal n.º 78, del veintisiete de febrero de dos mil veinte, dispuso, entre otros: formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Nadine Heredia Alarcón, Jorge Humberto Merino Tafur, Eleodoro Octavio Mayorga Alba, Luis Miguel Castilla Rubio, René Helbert Cornejo Díaz, Carlos Eduardo Paredes Rodríguez, Edgard Bartolo Ramírez Cadenillas, Gustavo Adolfo Navarro Valdivia, María del Rosario Raquel Patiño Marca de Álvarez y Luis Renato Sánchez Torino como autores por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir previsto, como autores por la presunta comisión del delito de colusión agravada contra Nadine Heredia Alarcón, Jorge Humberto Merino Tafur, Eleodoro Octavio Mayorga Alba, Luis Miguel Castilla Rubio, René Helbert Cornejo Díaz, Carlos Eduardo Paredes Rodríguez, Edgard Bartolo Ramírez Cadenillas, Gustavo Adolfo Navarro Valdivia, María del Rosario Raquel Patiño Marca de Álvarez, Luis Renato Sánchez Torino, Miguel Ángel Ronceros Neciosup, Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini, ***Jorge Elías Danós Ordoñez, Ana Sofía Reyna Palacios,*** Dicky Edwin Quintanilla Acosta, Luis Enrique Ortigas Cuneo, Percy Olivas Lazo, Omar Dueñas Cárdenas, Erick Portuguese Echegaray,



Rosa María Soledad Ortiz Ríos, Elda Patricia Díaz Gazzolo, José Carlos Robles Freyre y Juan Ortiz Guevara; asimismo, contra Alfredo Juan Carlos Dammert Lira y David San Frutos Tomé como cómplices primarios por la presunta comisión del delito de colusión agravada; en cuanto al delito de lavado de activos, se formalizó como autores contra Miguel Ángel Ronceros Neciosup, Manlio Alessi Remedi, Emilio Juan Brignardello Vela, Constantino Galarza Zaldívar, Ana Inés Reátegui Vela, Víctor Andrés Ponce Pérez y Arturo Esdras Valverde Pastor. De igual manera, se dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria, con fines de incorporación al proceso penal, contra la persona jurídica Enagás Internacional S. L. U., por la presunta comisión del delito de colusión agravada, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal. Declarándose la investigación preparatoria bajo los alcances de la Ley n.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, señalándose treinta y seis meses de plazo de la investigación preparatoria.

- 14.2.** Luego se emite la Disposición fiscal n.º 85, del veinte de julio de dos mil veinte, por la que se dispuso ampliar la investigación preparatoria contra Jerónimo Wilfredo Pedraza Sierra, por el delito contra la administración de justicia en la modalidad de obstrucción de la justicia, previsto y sancionado en el artículo 409-A del Código Penal, en agravio del Estado.
- 14.3.** En seguida, se dicta la Disposición Fiscal n.º 103, del veintidós de marzo de dos mil veintiuno, por la cual se dispuso dar por sobreseída de manera parcial la investigación preparatoria seguida contra la investigada, que en vida fue Rosa María Ortiz Ríos por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en agravio del Estado, por la causal de extinción



de la acción, conforme a lo resuelto por el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria.

- 14.4.** Mediante Disposición Fiscal n.º 104, del veintiséis de marzo de dos mil veintiuno, se dispuso precisar los hechos investigados contra la persona jurídica Enagás Internacional SLU y sus directivos.
- 14.5.** Luego, con la Disposición Fiscal n.º 108, del quince de febrero de dos mil veintidós, se dispuso ampliar la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra Ollanta Moisés Humala Tasso, Milton von Hesse La Serna, Juan Manuel Benites Ramos y Guillermo Lecarnaque Molina como autores por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir y como autores por la presunta comisión del delito de colusión agravada, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, entre otros.
- 14.6.** Después por Disposición Fiscal n.º 116, del veintiuno de septiembre de dos mil veintidós, se dispuso ampliar la formalización y continuación de la investigación preparatoria, contra Miguel Ronceros Neciosup a título de autor, por la presunta comisión del delito de cohecho pasivo propio, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 393 del Código Penal, en agravio del Estado peruano.
- 14.7.** Finalmente, se emitió la Disposición Fiscal n.º 122, del siete de marzo de dos mil veintitrés, tres días antes de llevarse a cabo la audiencia de casación en el presente recurso que fuera bien concedido el tres de junio de dos mil veintidós. Mediante la cual, entre otras varias modificaciones a la imputación inicial a otros encausados, se modifica en lo pertinente el grado de participación de los casacionistas recurrentes Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios, de autores a cómplices primarios y se precisa su participación en la presunta comisión del delito de colusión agravada.



Decimoquinto. Sobre el *factum* atribuido, conforme lo precisa la Disposición Fiscal n.º 122, del siete de marzo de dos mil veintitrés, a los casacionistas, en los puntos 608 a 615, de la Disposición Fiscal n.º 78, del veintisiete de febrero de dos mil veinte se les imputó inicialmente lo siguiente:

«IMPUTACIÓN CONTRA JORGE ELÍAS DANÓS ORDÓÑEZ»

- 608.** Se le imputa a Jorge Elías Danós Ordoñez a título de autor la presunta comisión del delito de ***Colusión Agravada***, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, toda vez que, aprovechando su condición de abogado del Estudio Jurídico Echecopar y Asesor Legal del Comité de Proseguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del Jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, habría formado parte del pacto colusorio, interviniendo directamente en perjuicio del patrimonio del Estado, dirigiendo su conducta, conforme a lo ilícitamente acordado por la pareja presidencial —Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón— y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht.
- 609.** Intervino directamente en el siguiente acto:
- a. Elaboró el informe legal del 29 de junio del 2014; a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor de Odebrecht.
- 610.** De su ***condición de servidor público***: El investigado Jorge Elías Danós Ordóñez se integró al proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” como abogado del Estudio Echecopar, firma contratada por Proinversión mediante la modalidad de contratación directa el 27 de junio del 2014; insertándose a la estructura de Pro inversión como asesor para los efectos de emitir «opinión legal sobre la incidencia en la calificación del Postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, respecto a la Carta presentada por el citado consorcio en la que modifica los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio [...], siendo que desde ese momento sus funciones debieron estar orientadas a velar por los intereses del Estado, lo que no ocurrió al momento que elaboró el Informe Legal de fecha 29 de junio de 2014 , el cual ocasionó perjuicio patrimonial al Estado.
- 611.** Su función se encuentra descrita en:



- La Sesión número 93 del Comité de Pro Seguridad Energética de Proinversión, del 27 de junio del 2014 -que emita «opinión legal sobre la incidencia en la calificación del Postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, respecto a la Carta presentada por el citado consorcio en la que modifica los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio [...].

En esta línea de argumentación y estando a lo señalado en la fundamentación jurídica de la presente disposición, el imputado tiene la condición de servidor público.

«IMPUTACIÓN CONTRA ANA SOFÍA REYNA PALACIOS»

- 612.** Se le imputa a Ana Sofía Reyna Palacios a título de autora la presunta comisión del delito de Colusión Agravada, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, toda vez que, aprovechando su condición de abogada del Estudio Jurídico Echecopar y Asesora Legal del Comité de Proseguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del Jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, habría formado parte del pacto colusorio, interviniendo directamente en perjuicio del patrimonio del Estado, dirigiendo su conducta, conforme a lo ilícitamente acordado por la pareja presidencial —Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón— y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht.
- 613.** Intervino directamente en el siguiente acto:
- a. Elaboró el informe legal del 29 de junio del 2014; a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor de Odebrecht.
- 614.** De su *condición de servidor público*: La investigada Ana Sofía Reyna Palacios se integró al proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” como abogada del Estudio Echecopar, firma contratada por Proinversión mediante la modalidad de contratación directa el 27 de junio del 2014; insertándose a la estructura de Pro inversión como asesora para los efectos de emitir «opinión legal sobre la incidencia en la calificación del Postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, respecto a la Carta presentada por el citado consorcio en la que modifica los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio [...].», siendo que desde ese momento sus funciones debieron estar orientadas a velar por los intereses del Estado, lo que no ocurrió al momento que elaboró el Informe Legal de fecha 29 de junio de 2014 , el cual ocasionó perjuicio patrimonial al Estado.
- 615.** Su función se encuentra descrita en:



- La Sesión número 93 del Comité de Pro Seguridad Energética de Proinversión, del 27 de junio del 2014, que emita «opinión legal sobre la incidencia en la calificación del Postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, respecto a la Carta presentada por el citado consorcio en la que modifica los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio [...]».

En esta línea de argumentación y estando a lo señalado en la fundamentación jurídica de la presente disposición, la imputada tiene la condición de servidora pública [sic].

Decimosexto. Ahora bien, sobre el particular, en los puntos 4.19 a 4.23 de la Disposición Fiscal n.º 122, del siete de marzo de dos mil veintitrés, se ha señalado la siguiente imputación:

4.19 En base a ello, se debe de precisar que si bien, en su oportunidad, se imputó a Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios, ser autores del delito de colusión, *de los hechos descritos según la progresividad de la presente investigación, se ha determinado que coadyuvaron a los hechos delictivos* contaminando la concesión del proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del país y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” a favor del consorcio Gasoducto Sur Peruano, por lo que, *las imputaciones que recaen contra Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios, según su grado de participación*, es la siguiente:

«IMPUTACIÓN CONTRA JORGE ELÍAS DANÓS ORDÓÑEZ»

4.20 Se le imputa a Jorge Elías Danós Ordóñez *a título de cómplice primario la presunta comisión del delito de Colusión Agravada*, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, toda vez que, aprovechando su condición de abogado del Estudio Jurídico Eche copar y Asesor Legal del Comité de Proseguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del Jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, coadyuvó al pacto colusorio, dirigiendo su conducta a fin de favorecer a la empresa Odebrecht, conforme a lo ilícitamente acordado por la pareja presidencial —Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón— y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht.

4.21 Intervino directamente en el siguiente acto:

a. Intervino en la elaboración de la Carta número 27-2014-PROINVERSIÓN / CPSE de fecha 30 de junio del 2014, mediante la cual se deja sin efecto la Carta 26-2014-PROINVERSION/CPSE del 27 de junio del 2014 y se descalifica al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur.



b. Elaboró el informe legal, del 29 de junio del 2014, a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, con lo cual quedó como único postor el consorcio Gasoducto Sur Peruano (conformado por la empresa Odebrecht, Enagás Internacional SLU y su socia oculta Graña y Montero), adjudicándoseles la buena pro del Proyecto.

«IMPUTACIÓN CONTRA ANA SOFÍA REYNA PALACIOS»

4.22 Se le imputa a Ana Sofía Reyna Palacios *a título de cómplice primario la presunta comisión del delito de Colusión Agravada*, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, toda vez que, aprovechando su condición de abogada del Estudio Jurídico Echecopar y Asesor Legal del Comité de Proseguridad Energética, Dirección Ejecutiva y del Jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, coadyuvó al pacto colusorio, dirigiendo su conducta a fin de favorecer a la empresa Odebrecht, conforme a lo ilícitamente acordado por la pareja presidencial —Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón— y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht.

4.23 Intervino directamente en el siguiente acto:

a. Elaboró el informe legal, del 29 de junio del 2014, a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, con lo cual quedó como único postor el consorcio Gasoducto Sur Peruano (conformado por la empresa Odebrecht, Enagás Internacional SLU y su socia oculta Graña y Montero), adjudicándoseles la buena pro del Proyecto [sic].

Decimoséptimo. Por último, tal modificación del grado de participación se sustenta en lo descrito en los apartados 3.94 a 3.103 y 3.109 a 3.117 de la Disposición Fiscal n.º 122, del siete de marzo de dos mil veintitrés; los hechos precisados son los siguientes:

17.1. El veintiocho de junio de dos mil catorce miembros del Comité Pro Seguridad Energética y jefe del proyecto, contactan a Jorge Elías Danós Ordóñez del Estudio Jurídico Echecopar, abogado especialista en derecho administrativo, con la finalidad que emita un informe legal opinando por la descalificación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur. Luego deciden contratar los servicios del Estudio Echecopar emitiendo un requerimiento de adquisiciones y contrataciones específico de la misma fecha, para que emita informe direccionado a la evaluación de descalificación del postor.



- 17.2.** El veintinueve de junio de dos mil catorce por la mañana los miembros del Comité Pro Seguridad Energética y jefe del proyecto, se dirigen al domicilio del investigado Jorge Elías Danós Ordóñez, a efectos de materializar la resolución criminal y asegurarse directamente de trasladar la resolución criminal de descalificación al consorcio Gasoducto Peruano del Sur.
- 17.3.** Ese mismo día en horas de la noche el investigado Danós Ordóñez coadyuva en la redacción de la carta de descalificación en la que anuncia su opinión legal, incluso hace ver la siguiente inquietud: “Si se quiere cambiar esa referencia al segundo párrafo del numeral 5. 2.1.1 de las Bases referido a la falta de veracidad, necesito que Uds. busquen en las Bases (o me las proporcionen, porque yo no las tengo) la cláusula que establece la obligación de no alterar la conformación del Consorcio entre el Sobre número 1 y el Sobre número 2”.
- 17.4.** El veintinueve de junio de dos mil catorce, Proinversión recibe el informe legal elaborado por Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios.
- 17.5.** La fiscalía resalta que el informe emitido por el estudio Echecopar el día 29 de junio del 2014, en tanto, el Comité Pro Seguridad Energética, condicionó la descalificación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur; concluye, por tanto, que tenía carácter vinculante, por cuanto «si [los investigados] se apartaban del acuerdo colusorio y concluían no descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, hubieran quedado en carrera los consorcios Gasoducto Peruano del Sur y Gasoducto Sur Peruano, siendo finalmente beneficiado con el proyecto el consorcio Gasoducto Peruano del Sur, debido a que su oferta económica resultaba inferior a Odebrecht en 136'000,000 dólares».
- 17.6.** Por último, se sostiene que, el estudio Echecopar en el periodo 2013 al 2014, tuvo como cliente recurrente al conglomerado Odebrecht, así como habría prestado servicios a la empresa Enagás Internacional S. A. (España) y Enagás Perú SAC, según se informó el año 2017. Trae a colación la fiscalía, que es menester considerar las limitaciones de patrocinio que establece el artículo 19 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, en tanto los abogados deben abstenerse de aceptar patrocinar en aquellas causas en donde haya estado en capacidad de conocer cuando exista un conflicto de intereses. [Sic].

En ese sentido, la Disposición Fiscal n.º 122 no modifica sino accidentalmente los hechos (es más precisa, como la misma redacción fiscal lo afirma en el apartado 4.19, resaltado *ut supra*); luego, no impide realizar el examen casacional, si esencialmente la incriminación fáctica no se ha modificado. En los hechos, el problema atacado con la excepción sigue siendo el mismo, los recurrentes no



actuaron como funcionarios públicos, sino como sujetos privados dentro de un rol estereotipado que no puede ser perseguible.

Se resalta, así, que el *factum criminis*, núcleo de la imputación, se mantiene, los investigados son incluidos por haber emitido un informe legal y, en el caso de Jorge Elías Danós Ordóñez, también por haber colaborado en la elaboración de la carta de descalificación del postor competidor del Consorcio Gaseoducto Peruano del Sur en el proyecto de “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, después el título jurídico de imputación también se mantiene: colusión agravada. Esta Sala Suprema queda habilitada a resolver el fondo de la casación.

§ III. Fundamentos del recurso de casación

Decimoctavo. Los recurrentes fundamentaron su recurso de casación excepcional (foja 661), en el numeral 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal, habiendo introducido como tema jurídico de especial relevancia casatoria, referido al ámbito de la excepción de improcedencia de acción, a la imputación objetiva y, en especial, a si un consultor jurídico privado puede ser considerado funcionario público a los efectos penales, por lo que corresponde asumir competencia funcional. Las causales de casación son las vinculadas al quebrantamiento del precepto procesal y a la infracción de precepto material.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ IV. Respecto a la excepción de improcedencia de acción

Decimonoveno. En principio, nos corresponde señalar el lógico procesal de lo acontecido, en particular por la modificación fiscal de la disposición que tuvieron tanto el *a quo* como el *ad quem* para decidir sobre la excepción postulada por los recurrentes ***Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía***



Reyna Palacios. En un estado ideal del proceso, la excepción de improcedencia de acción, tanto por ausencia de tipicidad como por falta de justiciabilidad, debería poderse postular una vez que se tenga un requerimiento fiscal acusatorio en forma, vale decir, en la etapa intermedia; solo las demás excepciones de naturaleza de juicio, cosa juzgada, prescripción, amnistía o la cuestión prejudicial podrían postularse tal cual están previstas, vale decir, una vez que la Fiscalía decide continuar con las investigaciones preparatorias; para evitar estos sobresaltos incontinentes de la Fiscalía, como el acontecido en este expediente, que lejos de colaborar a una prosecución procesal célere, eficaz y en plazo razonable, lo único que hacen es complicar un asunto que ya es de por sí complejo, tanto más si, por las personas involucradas (expresidente de la República y exministros, entre otros), no puede estar exento de repercusión social. Sin embargo, tal proceder ideal del proceso requiere una reforma legislativa, por tanto, mientras se encuentre vigente el artículo 7 del Código Procesal Penal con su redacción actual, sin dejar de reconocer el principio de progresividad de la imputación al que está sometida la investigación fiscal, se impone que este Colegiado Supremo decida el asunto casatorio concedido.

Vigésimo. Resulta imperativo resaltar la naturaleza de las excepciones procesales o incidencias preliminares, dentro de la teoría general del proceso²; en general, estas se agrupan en dos conjuntos: **a)** los que remedian el proceso para corregirlo, de tal suerte que su capacidad es reconstitutiva de los posibles defectos del trámite incidental o principal, por eso, inciden en el ejercicio del derecho y garantía fundamental al debido proceso, es el caso de la excepción de naturaleza de juicio e incluso la cuestión prejudicial; o bien, **b)** los que cancelan el proceso, cerrando definitivamente la instancia judicial,

² Cfr. PARRA QUIJANO, JAIRO (2007) *Manual de Derecho Probatorio*, 16a edición ampliada y actualizada, Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda, pp. 59 – 62.



en razón de que el motivo que la justifica carece de potencia para activar o continuar la acción, incide entonces, en el ejercicio del derecho y garantía fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva; es el caso de las excepciones de cosa juzgada, amnistía, prescripción o improcedencia de acción, como la que nos ocupa³.

Vigesimoprimer. Otra posición que delimita conceptualmente la excepción de improcedencia de acción es la siguiente:

Tiene su soporte legal en el literal b) numeral 1 del artículo 6 del Código Procesal Penal, norma adjetiva que regula las causales de procedencia: i) El hecho no constituye delito; ii) El hecho no es justiciable penalmente. El primero abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria —son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena—⁴.

Vigesimosegundo. Constituye línea jurisprudencial constante de este Tribunal Supremo, sobre esta excepción, la siguiente:

22.1. Esta excepción permite analizar la correspondencia de los hechos relatados en la imputación fiscal —disposición fiscal de investigación preparatoria a acusación fiscal— con el tipo delictivo objeto de la investigación o del proceso —según la etapa procesal en que la causa se encuentra cuando se deduce la excepción—. Juicio de composición o de descomposición típica. Subsunción.

22.2. El planteamiento respectivo y la resolución judicial deben respetar los hechos afirmados por la Fiscalía, sin modificarlos, sin negarlos,

³ SALA SUPREMA PENAL ESPECIAL, Expediente n.º 00011-2019-6. Resolución n.º 03, del ocho de enero de dos mil veintiuno, considerando 7.2.

⁴ SALA PENAL TRANSITORIA, Casación n.º 184-2018/Amazonas, del once de diciembre de dos mil veinte, considerando 5.3.



agregarlos o reducirlos⁵; y, por ello, no deben cuestionar ni realizar una apreciación de los medios de investigación o eventualmente las pruebas que los sustentan. Estos son los ámbitos para la dilucidación de la excepción propuesta: pleno respeto de los hechos relatados por la Fiscalía, y análisis jurídico penal de estos desde las categorías del delito antes citadas.⁶

22.3. En las excepciones —como la que nos ocupa— no se analizan o valoran pruebas o elementos de convicción⁷.

22.4. La excepción de improcedencia de acción abarca el texto del tipo penal en todos sus componentes, siempre que no se invoque o cuestione actividad probatoria o suficiencia de elementos de convicción, para deducirla; luego, comprende: *a)* tipicidad objetiva, *b)* tipicidad subjetiva —si bien esta es resultado de una inferencia, debe brotar de la redacción de la disposición o acusación fiscal, por lo que será el caso concreto (*casuística*) el que nos permitirá saber si estamos ante una realización atípica por subjetividad o exige actividad probatoria para alcanzar esa convicción—, *c)* antijuricidad y *d)* punibilidad: *(i)* excusa legal absoluta o *(ii)* condiciones objetivas de punibilidad⁸. Caben los supuestos de atipicidad absoluta (ausencia de todos los elementos) y atipicidad relativa (ausencia de algunos elementos típicos).

22.5. La excepción de improcedencia de acción se sustenta en la noción de carencia material de una pretensión punitiva válida, pues los hechos

⁵ SALA PENAL PERMANENTE, Casación n.º 1307-2019/Corte Suprema, del doce de febrero de dos mil veinte, fundamento cuarto.

⁶ SALA PENAL PERMANENTE, Casación n.º 1092-2021/Nacional del trece de mayo de dos mil veintidós, fundamento jurídico 2; Apelación 61-2021/Corte Suprema, del veintiséis de julio de dos mil veintidós, fundamento 4.2; Casación n.º 880-2019/La Libertad, del diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, fundamentos 2.1.3 y 2.1.4, caso Carlos Héctor Uriarte Medina por presunta comisión de peculado doloso, en agravio del Estado (Red Asistencial de Salud de Chepén), ponente Sequeiros Vargas; Casación n.º 407-2015/Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, quinto fundamento de derecho.

⁷ Cfr. SALA PENAL PERMANENTE, Casación n.º 880-2019/La Libertad, del diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, fundamento 2.1.9.

⁸ Cfr. SALA PENAL PERMANENTE, Apelación n.º 61-2021/Corte Suprema, del veintiséis de julio de dos mil veintidós, fundamento cuarto.



atribuidos al imputado —*la causa de pedir*— no constituyen un injusto penal o no corresponde la aplicación de una pena (está circunscripta, desde la perspectiva analítica, a tres categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y punibilidad); es decir, carecen de relevancia jurídico penal⁹.

22.6. El análisis comprende, como ejercicio de subsunción, la comprensión de la tipicidad objetiva —en este ámbito, podría corresponder al espectro de la imputación objetiva, dependiendo de la forma como se postule, pero el análisis es casuístico: *caso por caso*—; fundamentalmente, porque la teoría de la imputación objetiva importa un juicio; del cual un resultado real se atribuye a una conducta, bajo la idea de que el resultado es la expresión de un riesgo no permitido descrito en el tipo penal. El rol de la persona se tiene que contextualizar socialmente, caso por caso, y en el ámbito en que se ha desarrollado el hecho¹⁰.

22.7. Cuando se invoque la tesis de imputación objetiva en cualquier ángulo del espectro (principio de confianza, prohibición de regreso, riesgo socialmente permitido, competencia de la víctima, conducta convencional, rol neutral, rol socialmente permitido) la hipótesis del excepcionante o del juez que la imposta de oficio, no debe afincarse en juicio de valor probatorio o análisis de la suficiencia de los elementos de convicción, el espacio probatorio está vedado. Lo que supone que la posibilidad de ser analizado se circunscribe al juicio de composición o descomposición —subsunción típica—, es decir, si el constructo fiscal contraviene la sana crítica razonada, vale decir, contrario a los principios y reglas de la lógica, al conocimiento científico contrastable, a las máximas de la experiencia, a

⁹ Cfr. SALA PENAL PERMANENTE, Casación n.º 1307-2019/Corte Suprema, del doce de febrero de dos mil veinte, fundamento cuarto.

¹⁰ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. (2008). *Imputación y teoría del delito*, Montevideo: Editorial BdeF, pp. 524-525; PÉREZ BEJARANO, Alfredo Enrique & MÁRQUEZ ROSALES, Jorge Francisco. (2017). *El ejercicio de la abogacía y sus riesgos respecto del delito de lavado de activos*, Lima: Márquez editores, p. 178.



los principios y reglas del ordenamiento jurídico vigente o a lo notorio¹¹.

§ V. Respecto del concepto de funcionario público

Vigesimotercero. Para determinar el concepto de funcionario, en primer lugar, cabe remitirse al Diccionario de la Lengua Española, que define al funcionario como “la persona que desempeña profesionalmente un empleo público”. Desde la perspectiva jurídica, se distingue dos acepciones en el derecho administrativo y en el derecho penal, en las cuales al término funcionario se adiciona la calidad de público; en ese sentido, se tiene:

23.1. Desde la perspectiva del derecho administrativo, el artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público n.º 28175, define al funcionario público como: “El que *desarrolla funciones* de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas”. La mencionada norma agrega que el funcionario público puede ser *(a)* de elección popular directa y universal o confianza política originaria; *(b)* de nombramiento y remoción regulados; y *(c)* de libre nombramiento y remoción.

23.2. Tanto la Convención de Mérida¹² como la Convención de Caracas¹³ han establecido que la función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria realizada por una persona natural *en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus*

¹¹ SALA PENAL PERMANENTE, Casación n.º 1088-2021/Amazonas, del uno de diciembre de dos mil veintidós, fundamento jurídico 6.7.

¹² Convención de las Naciones Unidas que entró en vigor el catorce de diciembre de dos mil cinco, al reunir las 30 ratificaciones requeridas. Fue ratificada por el Perú por Resolución Legislativa n.º 28357, del seis de octubre de dos mil cuatro.

¹³ Convención Interamericana Contra La Corrupción que el Perú ha suscrito, fue aprobada por Resolución Legislativa n.º 27757, del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis, y ratificada por Decreto Supremo n.º 1297, de Relaciones Exteriores, del veintiuno marzo de mil novecientos noventa y siete.



entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Y, “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” 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.

23.3. Desde la perspectiva del derecho penal, el artículo 425 del Código Penal refiere como funcionario y servidor público *(a)* los que están comprendidos en la carrera administrativa; *(b)* los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; *(c)* todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y *que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos*; *(d)* los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; *(e)* los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; *(f)* los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades; y *(g)* los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Vigesimocuarto. Partiendo del reconocimiento de que nos encontramos frente a un elemento normativo del tipo, la doctrina que aborda esta distinción administrativa y penal sobre el funcionario público deja sentado lo siguiente:

El derecho penal, más precisamente gran parte del Código Penal en este ámbito, parte de un concepto administrativo de funcionario público, pero a efectos de no dejar espacios



de impunidad y por decisión político criminal se ha llegado a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a equiparar a la calidad de funcionario público con una serie de sujetos particulares colocados en una especial cercanía al bien jurídico Administración Pública y que mediante sus aportes concretos llegan a lesionarlo o lo ponen en peligro [...] ¹⁴.

[H]ay una distinción básica en el contenido de la figura en cuestión según se aborde desde el derecho penal o el derecho administrativo. El concepto administrativo de funcionario público se fundamenta en el ingreso a la carrera administrativa, mientras que, en el derecho penal, lo relevante para definirlo son las competencias públicas. Por eso se puede afirmar que entendiendo del concepto penal es mucho más amplio que el administrativo.

Si se ensaya su definición, atendiendo a su desarrollo doctrinal, se tiene que funcionario público es aquella persona que tiene determinadas competencias para actuar en nombre del Estado y con un fin público, gracias a un nombramiento o a una elección popular. Por esto, solo el funcionario público tiene capacidades decisorias y resolutivas.

Puede sostenerse, entonces, que tal calidad supone, por un lado: a) de un requisito formal (para adquirir la calidad de funcionarios, si no, podría tratarse de un caso de usurpación de funciones); y, por otro lado, b) de un requisito material, asunción de competencias.

Pese a que en la redacción de los tipos penales se haga mención además del funcionario público al servidor público, y se establezca doctrinalmente una definición, para el derecho penal peruano ambos términos se pueden utilizar indistintamente ¹⁵.

Vigesimoquinto. La postulación fiscal resulta equívoca, rememora una antigua discusión de la filosofía del derecho de comienzos del siglo XX, entre los profesores Maurice Hauriou y Georg Jellinek, precisamente para establecer quiénes formaban parte o no del contingente al servicio del Estado. Para el profesor francés Maurice Hauriou todo funcionario y solo el funcionario produce siempre actos administrativos y provisión del servicio

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. (2016) *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis, pp. 93 y 94.

¹⁵ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (2020) *“Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: aproximación a una propuesta de clasificación tripartita”*. En García Cavero, Percy y Vílchez Chinchayán, Ronald (directores). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, pp. 56 y 57.



público para satisfacer necesidades públicas (normativismo formalista publicista)¹⁶; en cambio, para el profesor alemán Georg Jellinek el Estado está formado por todos, incluso por la sociedad civil, en algunos casos esta provee el servicio público —por régimen de subsidiaridad estatal o por principio de colaboración o contribución civil—; *ergo*, en el caso del funcionario o servidor estatal, ni todo acto suyo es provisión del servicio público (no lo será dormir, satisfacer necesidades personales, etcétera) ni solo el personal de carrera al servicio del Estado produce actos administrativos o provisión del servicio público. De tal manera, que el particular civil puede tener la función equivalente y ser considerado por ello funcionario o servidor público proveedor, cuando la función que realiza es provisión del servicio estatal, emisión de actos administrativos o satisfacción de necesidades públicas (positivismo funcionalista)¹⁷. Esta última teoría es la que se impuso en el derecho constitucional y, por concomitancia, fue asumida por el derecho administrativo, lo que inspiró el sistema normativo peruano¹⁸ e internacional¹⁹. Vale decir, la función pública no sigue al órgano —no depende de quién la ejerce— (publicismo de Hauriou), sino que la función pública sigue al acto, luego dependerá de qué se haga, para quién se haga y a nombre de quién se haga (funcionalismo de Jellinek).

¹⁶ HAURIU, Maurice (2010). *Principes de droit public* [Principios de derecho público], Paris: Dalloz. ISBN 978-2-247-09009-9, pp. 3, 12, 150 a 164, *passim*.

¹⁷ JELLINEK, Georg (2012). *Teoría general del Estado*, traductor Fernando de los Ríos, México D.F.: Fondo de Cultura Económica de España. ISBN 9789681659509, pp. 323 a 352.

¹⁸ Artículo 425 del Código Penal, en particular la última parte del inciso 3: “que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”; el artículo I, del Título Preliminar, del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley n.º 27444, según la vigente norma del Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, en especial el numeral 8) que prescribe: “Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada”. Y artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público n.º 28175, como se resaltó *ut supra*.

¹⁹ Artículo I de la Convención de Caracas o Convención interamericana contra la corrupción; y el artículo 2 de la Convención de Mérida o Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.



Vigesimosexto. Así pues, en el caso de los integrantes del servicio que forman parte del organigrama público, no existe mayor dificultad en reconocerlos como *propium officialis*, el servicio público es inherente a la carrera administrativa de la que forman parte y, dado que poseen deberes y funciones específicas, son susceptibles de ser reconocidos como funcionario o servidor público. De otro lado, cuando se trata de personas naturales o jurídicas civiles o privadas, no basta con mirar que existe un vínculo contractual para considerarlos como agentes al servicio del Estado, como hizo erradamente la Fiscalía en la Disposición Fiscal n.º 78, si bien la relación contractual puede ser cualquiera para vincularlo con la administración pública²⁰, solo la función que realice permitirá saber si se trata de un *alienum officialis* o un *alter officialis*, o un simple proveedor de bienes o servicios, vale decir un *extraneus*.

Vigesimoséptimo. Luego, cuando se aprecia si un particular privado, abogado o abogada de un estudio jurídico, puede ser autor o agente de algún delito de infracción del deber, sin importar el vínculo contractual que lo relacione, solo podrá estar incurso como autor, si la función que realiza es pública, sea la emisión de un acto administrativo o la provisión directa de un servicio público para satisfacer las necesidades de los integrantes de la nación peruana.

§ VI. El sujeto activo en el delito de colusión

Vigesimoctavo. El artículo 384 del Código Penal presenta una redacción normativa que circunscribe como sujeto activo del delito de colusión al “funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo”; lo cual deja entrever que concurren dos circunstancias copulativas para definir al sujeto activo, **a)** la condición de funcionario público; y **b)** ostentar la posibilidad material de intervenir en los contratos



administrativos, en cualquier etapa de su producción y ejecución. Sobre este punto, la doctrina contribuye a establecer una posición sobre el particular:

El sujeto activo es un «funcionario público» con la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con la ayuda de las leyes administrativas [de contrataciones] que regulan las actividades públicas [...]. No es imprescindible que el funcionario forme parte del ente público al que quiere defraudar²¹.

Aquí el agente del delito posee doble calificación funcional. Por un lado, se trata de un funcionario o servidor público, por otro, es quien tiene signado por el contenido reglado de su cargo o por encargo especial la facultad de negociar a nombre del Estado —o en específico de la repartición pública— en las operaciones de negocios —en sentido amplio— con los interesados contratistas. Esta doble calificación funcional descarta la idea de que el delito lo pueda cometer cualquier funcionario o servidor público. Se nota así la presencia de una especial vinculación funcional entre el sujeto activo y el objeto del delito, que también se aprecia en el peculado²².

La redacción normativa —*in commento*—, describe una cualidad especial y particular del autor del injusto penal, en principio a la persona revestida de la función pública, sea como funcionario o servidor público, a condición de que intervenga —en razón de su cargo— en contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante.²³

El delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público. Esta exigencia típica no debe quedar, sin embargo, de una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido por razón de su cargo en alguna etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Con esta delimitación típica se hace necesario establecer que el funcionario o servidor público [debe estar] vinculado

²¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2.º edición. Lima. Palestra Editores, p. 310.

²² ROJAS VARGAS, Fidel (2016) *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Nomos & Thesis, p. 193.

²³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2021) *Delitos contra la Administración Pública*. En Lex & Iuris SAC. 1º Edición, octubre 2021, Lima: Lex & Iuris, p. 371.



funcionalmente con el contrato, concesión u operación, en el que se colude con el particular para defraudar al Estado. Esta exigencia típica se explica en el hecho de que el delito de colusión desleal está configurado como un delito de infracción del deber, por lo que es imprescindible que el funcionario o servidor público cuente con el deber de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión y operaciones cuestionadas.²⁴

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Vigesimonoveno. En el presente caso, considerando lo admitido en el auto de calificación del tres de junio de dos mil veintidós (foja 236 del cuaderno supremo), y conforme a la observancia del principio de congruencia recursal, contenido en el artículo 409 del Código Procesal Penal, este Colegiado Supremo declaró bien concedido el recurso porque los recurrentes introdujeron temas jurídicos de especial relevancia casatoria, referidos al ámbito de la excepción de improcedencia de acción, a la imputación objetiva y, en especial, a si un consultor jurídico privado puede ser considerado funcionario público para efectos penales, y las causales de casación son las referidas al quebrantamiento del precepto procesal y a la infracción de precepto material.

Trigésimo. La inclusión de los recurrentes ***Jorge Elías Danós Ordóñez*** y ***Ana Sofía Reyna Palacios*** como autores del presunto ilícito de colusión agravada es equívoca, puesto que la emisión del informe legal del veintinueve de junio de dos mil catorce, a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión, de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor de Odebrecht, y en el caso del investigado Danós Ordóñez, así como “la elaboración” de la Carta n.º 27-2014-PROINVERSIÓN/CPSE, del treinta de junio de dos mil catorce, mediante la cual se deja sin efecto la Carta n.º 26-2014-

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy (2015) *Derecho Penal Económico*. Parte Especial Vol. II, 2º edición. Lima: Instituto Pacífico, pp. 1098 y 1099.



PROINVERSION/CPSE, del veintisiete de junio del dos mil catorce, y se descalifica al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur; no son actos administrativos ni se trata de la provisión de un servicio público, tampoco forman parte de un servicio o función administrativa; de hecho, es todo lo contrario, la asesoría legal es un servicio privado accidental para que pueda existir la provisión del servicio público que satisfaga necesidades públicas, salvo cuando los asesores legales son servidores de carrera administrativa y forman parte del organigrama funcional de la organización u organismo estatal. Es evidente que ninguno de los comprendidos forma parte del organigrama funcional de la administración pública peruana. En consecuencia, no pueden tener la condición de autores del presunto delito de colusión agravada que se les imputa; en este extremo los recursos son fundados, tanto más si, mediante la Disposición Fiscal n° 122, se ha declarado que no tienen tal condición. En seguida, veremos si pueden tener la condición de cómplices primarios (*extraneus*).

Trigésimo primero. La excepción de improcedencia de la acción que deducen los recurrentes (foja 2) se asienta en el literal b) del numeral 1 del artículo 6 del Código Procesal Penal, alegan que no se configura el delito de colusión agravada porque no tenían la condición de funcionarios públicos en junio del año dos mil catorce, en que habrían emitido un informe legal favorable a los intereses de la empresa Odebrecht. Refieren que solo se limitaron a dar un informe legal no vinculante referido a la conducta de uno de los postores en el otorgamiento de la concesión “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, y que, en todo caso, su rol ha sido estrictamente estereotipado y neutral, que por imputación objetiva no podría imputarse como ilícito, aspecto que se examinará con mayor incidencia, de cara a que, al día de hoy, por virtud de la Fiscalía



tendrían la condición de cómplices primarios que coadyuvaron al pacto colusorio, dirigiendo su conducta a fin de favorecer a la empresa Odebrecht, conforme a lo ilícitamente acordado por la expareja presidencial —Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón— y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht. Centrada la controversia, corresponde pronunciarse.

Trigésimo segundo. El reproche penal a los recurrentes se circunscribe en haber emitido un informe legal y, respecto a Danós Ordóñez, haber colaborado en la redacción de la Carta de n.º 27-2014-PROINVERSIÓN/CPSE, en el contexto de un preexiste acuerdo colusorio que estaría destinado a favorecer a la empresa Odebrecht, en la obtención de la concesión del proyecto energético. Primero que nada, por el argumento de reducción al absurdo, de la redacción fiscal se tendría que, si el tal pacto colusorio ya se había tomado, cualquier apoyo o colaboración adicional sería irrita (*innoxias ineptias*), el informe y la carta no aportan en hacerlo más pacto; y si el pacto colusorio estaba en progreso y necesitaba consolidarse con la descalificación del consorcio competidor, en el caso concreto, es indispensable que el consorcio competidor también haya participado de ese pacto, lo que también es absurdo, porque sin la modificación de porcentajes consorciales de parte del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur (descalificado) la “colaboración coadyuvante” de los investigados no existiría. Nótese que la Fiscalía atribuye a los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión que, en la determinante criminal colusoria, hicieron un contrato específico con el estudio jurídico Ehecopar, para opinar por la descalificación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur por haber variado la conformación del consorcio entre la entrega de los sobres 1 y 2.

Trigésimo tercero. Es de advertirse que tanto el informe emitido cuanto la carta en la que se contribuyó a elaborar se efectuaron dentro del marco de



una asesoría o consulta específica a una situación concreta, y, como se advierte, este informe se recabó y la carta se elaboró cuando la decisión del Comité por la descalificación del consorcio competidor ya estaba tomada; de modo tal que, conforme a los términos del Ministerio Público, de atribuir una presunta conducta colusoria en los recurrentes, no se manifiesta. En cualquier caso, actuar dentro del específico oficio de abogado no es un actuar ilícito.

Trigésimo cuarto. En cuanto a las novedosas precisiones realizadas por la Fiscalía tras la emisión de la Disposición Fiscal n.º 122, empecemos por considerar lo incriminado, que es, en esencia, el ejercicio de la *lex artis advocati*, emitir un informe de opinión legal, contribuir a la redacción o elaboración de una carta que se alinea al informe legal presentado, es inherente al oficio de un abogado, incluso cuando dichas opiniones fuesen desacertadas. En este punto, debemos coincidir con la jurisprudencia internacional al respecto: el caso *U. S. A. vs. Anthony Vélez*, 09 Cr. 1016 (DLC) S. D. N. Y., del tres de noviembre de dos mil diez, sentencia de apelación del Decimoprimer Juzgado del Circuito del Distrito S. D. de New York, en que se concluyó que “la exención de la sexta enmienda para quedar fuera de la acusación, el abogado debe limitar su actuación a actos propios de su oficio (*ex lex artis*)”. En el mismo sentido, el caso *U. S. A. vs. Walter Blair*, No. 12-4252 (4th Cir. 2013), decisión adoptada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito del Distrito de Maryland, que condenó al abogado Walter Blair, de Maryland, por cuanto utilizó el dinero ilícito que guardaba su patrocinado Anthony Rankine, porque conocía donde lo guardaba, pues se lo dijo Elizabeth Nicely, hermana de su asesorado, para constituir una empresa y pagar la defensa de otros narcotraficantes implicados. El Tribunal norteamericano sentenció que “la exención de la sexta enmienda tal como lo ha interpretado la Corte Suprema de los Estados



Unidos, no ampara conductas que están fuera de su oficio (*ex lex artis*) al que debe estar ligada su conducta”. Por tanto, si la incriminación solo atribuye actos que son propios del oficio de un abogado, no es susceptible de ser ilícita, puesto que tal actuación está protegida por la *lex artis advocati*, vale decir el estatuto del abogado. La conducta sería perseguible penalmente si estuviese fuera de ese marco.

Trigésimo quinto. A nivel regional, aparece en línea de este razonamiento también, *mutatis mutandis*, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Resolución n.º 127-CIDH, de la Cruz Flores vs. Perú, Sentencia del dieciocho de noviembre de dos mil cuatro, Fondo, Reparaciones y Costas. La señora María Teresa de la Cruz Flores, médico pediatra de profesión, fue procesada por el delito de terrorismo, la imputación es que en ejercicio de su oficio médico atendió (realizó cirugía curativa) a varios terroristas heridos, y no reveló sus identidades ni informó sobre tales actos. Por cierto, luego de una larga carcelería y tortura a fin de que delate a los terroristas, no fue condenada; no obstante, lo importante es que la Corte Interamericana, en el fundamento jurídico 94, afirmó lo siguiente: “Los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos [...] son de exclusivo ejercicio del profesional médico”. Y en el fundamento jurídico 101 sentenció que “los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos”. Luego, por más que tales actos sean considerados ilícitos de encubrimiento personal o colaboración al terrorismo, quedan fuera de imputación punitiva porque la *lex artis medici*, los exenta de responsabilidad, si su actuación se ha circunscrito a la misma. En consecuencia, se insiste, si la imputación es que solo realizaron actos propios del oficio de abogado o abogada, no puede ser reprochable penalmente. Su contribución en el *iter criminis* de colusión agravada, por más que los agentes hubiesen aprovechado tal actuación para



sus fines ilícitos, serán reputables punitivamente a quien los uso indebidamente no a quien los ejerció dentro de su oficio.

Trigésimo sexto. En cuanto a la reunión del veintinueve de junio de dos mil catorce por la mañana con los miembros del Comité Pro Seguridad Energética y el jefe del proyecto, en el domicilio del investigado Jorge Elías Danós Ordóñez, el lugar resulta indiferente, y la reunión en sí misma forma parte del contrato de asesoría legal, como actos precursores. En este punto se insiste en que, si la incriminación versa sobre actuaciones que solo radican dentro de la *lex artis advocati*, no pueden ser perseguidas. En el mismo sentido, aparece el correo remitido por el casacionista Danós Ordóñez el mismo veintinueve de junio de dos mil catorce por la noche, su contenido versa solo sobre la opinión legal, por más que haya sido utilizada con otros fines, si la actuación atribuida no excede del marco de la *lex artis advocati*, tampoco puede ser perseguida punitivamente.

Trigésimo séptimo. También, se ha establecido por la Fiscalía que dicho informe fue determinante, en audiencia de casación el mismo fiscal fue consultado respecto a si existía un contrato en el que se dijera que es vinculante y su respuesta fue negativa, precisó que el Ministerio Público interpreta o infiere que fue vinculante para el Comité Pro Seguridad Energética-Proinversión. Al respecto, el relato fáctico incriminatorio no lo respalda, porque se ha afirmado que el informe legal del estudio jurídico Echecopar fue entregado cuando ya se tenía el informe legal similar del estudio jurídico Delmar Ugarte, la misma Fiscalía consignó en el apartado 4.7 de la Disposición Fiscal n.º 122, como respaldo a esa vinculación, lo siguiente:

En el Acta de Sesión de Acuerdo n.º 93, que su informe era *determinante para los miembros del Comité de Proseguridad Energética de Proinversión*, quienes tenían a



cargo la adjudicación del proyecto Gasoducto Sur Peruano, tal es así que conforme se ha establecido en la disposición de formalización, mediante Acuerdo 94-1-2004-Mejoras, fechado el 27 de junio de 2014, el Comité de Proseguridad Energética acordó:

1. Dejar sin efecto la Carta 26-2014-PROINVERSION/CPSE del 27 de junio de 2014.
2. Declarar como postor Calificado al Consorcio Gasoducto Sur Peruano integrado por Empresas Inversiones en Infraestructura de Transporte por Ductos y ENAGAS Internacional S. L. U.
3. Declarar como Postor Descalificado al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur integrado por Gasoducto del Sur S.A. (Sempra); Tecpegas S. A. (Tecpetrol), GDFSUEZ South Peruvian Gas Pipeline S.A. (GDF Suez) y Transportadora de Gas Internacional S. A. E. S. P. (TGI).
4. Comunicar al Postor Descalificado la decisión adoptada por el presente acuerdo en el numeral 1 y 3 en los términos y condiciones propuestos por los Asesores Legales.
5. *El presente acuerdo entrará en vigencia una vez que se cuente formalmente con el Informe adicional que deberá emitir el Estudio Echecopar [sic]. [Énfasis agregado].*

La interpretación de vinculante se desvanece, más allá de lo informado en la audiencia de casación por la propia Fiscalía, lo concreto es que según el relato fiscal, se tiene lo siguiente:

- 37.1.** El pacto colusorio se habría concretado previamente entre la expareja presidencial y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht (apartados 608 y 612 de la Disposición fiscal 78 y apartados 4.20 y 4.22 de la Disposición fiscal 122). La inclusión de los recurrentes era para coadyuvar o colaborar con este pacto ilícito (apartados 4.20 y 4.22 de la Disposición fiscal 122).
- 37.2.** La decisión de descalificación ya estaba adoptada, desde el veintisiete de junio de dos mil catorce, según lo opinado por los asesores legales de Proinversión. El contacto e intervención legal del Estudio Echecopar fue posterior, del veintiocho al veintinueve de junio de dos mil catorce (apartados 3.94 a 3.103 y 3.109 a 3.117 de la Disposición Fiscal n.º 122).



37.3. La eficacia diferida del acuerdo adoptado por el Comité de Proseguridad Energética en la Sesión n.º 93 (*vacatio executio*) no significa que la decisión no se hubiera ya adoptado. Tanto más si tales conclusiones aparecen del contenido del requerimiento de adquisiciones/contrataciones (foja 504), en donde no se establece que el contrato legal genere un informe vinculante.

Por último, los informes legales solo son vinculantes cuando la ley lo ordena y en este caso el Decreto Legislativo n.º 1017-Ley de Contrataciones del Estado o el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, normas aplicables al tiempo de los hechos, no lo exigía, ni siquiera en la actualidad, se prevé tal condición. Que se hubiera utilizado como si fuese vinculante, no lo convierte en tal. La redacción del fáctico precisado desvanece cualquier atisbo de vinculación que la Fiscalía interpreta existente, dado que resulta contrario al principio lógico de no contradicción que un informe legal futuro fuese vinculante para una decisión ya adoptada en el pasado.

Trigésimo octavo. Por último, se ha precisado en la Disposición Fiscal n.º 122, que se vulneró el artículo 19 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, puesto que, conociendo que el estudio jurídico Echecopar asesoraba al conglomerado Odebrecht (2013-2014) y en el 2017 también a la empresa española Enagás, no se informó que tenía un conflicto de intereses, pues su intervención era para descalificar a la empresa competidora de sus asesoradas. Cabe señalar, de un lado, que aparece en las disposiciones fiscales que la ganadora, el Consorcio Gaseoducto Sur Peruano está integrado por las empresas Infraestructura de Transporte por Ductos y Enagás Internacional S. L. U. y la descalificada Consorcio Gasoducto Peruano del Sur la integran Gasoducto del Sur SA, Tecpegas SA, GDF



South Peruvian Gas Papiline SA y Transportadora de Gas Internacional SA E. S. P., ninguna de ellas eran asesoradas en los años 2013 y 2014 por el estudio jurídico Echeconpar; y en cuanto a la empresa española Enagás, su asesoría fue posterior a los hechos imputados.

Trigésimo noveno. Por otro lado, no todas las conductas contrarias a la ética son reprochables penalmente ni poseen repercusión jurídico procesal, en todo caso, sería una infracción ética que correspondería ser examinada por el Gremio, la Fiscalía tiene expedita prerrogativa para denunciarlo, pero a los fines de este incidente no resulta de trascendencia. Del mismo modo, es una falta a la ética y a la cortesía procesal leal que la Fiscalía modifique el asunto que conoce se va a decidir por la Sala Suprema, unos días antes de que se lleve a cabo la audiencia en que se decidirá precisamente lo que modificó, por más que sea su prerrogativa; sin embargo, no por eso, dicha actuación se convierte en una actuación de naturaleza punitiva. La esfera ética es autónoma, convierte a los seres humanos en personas honorables socialmente, su ausencia y faltas de conducta los vuelven indignos de respeto legítimo, pero su reproche no corresponde a la justicia penal material.

Cuadragésimo. En consecuencia, en este caso específico se advierte que la excepción de improcedencia de acción, incluso considerando las precisiones/modificación contenidas en la Disposición Fiscal n.º 122, conforme a los términos de su planteamiento, merece amparo; en este punto, la posición vertida en la resolución de vista, de que para determinar si al momento de los hechos los recurrentes ostentaban la condición de sujetos públicos, requiere de probanza, ya que la etapa procesal de la investigación preparatoria constituye una etapa en progresión; así, debe desestimarse porque queda claro que el desempeño de los recurrentes no podía ser como servidores o funcionarios públicos, título que no poseen, y las capacidades



funcionales que ostentan no configuran el delito que se les atribuye; asimismo, habiendo actuado dentro del confines de la *lex artis advocati*, tampoco podrían ser considerados ni como autores ni como cómplices primarios del delito de colusión agravada, ni su actuar como ilícito; se aprecia en la recurrida quebrantamiento de precepto procesal por inaplicación de la excepción de improcedencia de acción, e infracción de precepto material por aplicación indebida del tipo penal de colusión agravada. La casación se declarará fundada, después se casará la resolución de vista y, actuando en sede de instancia, se confirmará la decisión de primera instancia.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, los señores jueces supremos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, *en mayoría*:

- I. DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica de los procesados **Jorge Elías Danós Ordóñez y Ana Sofía Reyna Palacios** contra el auto de vista contenido en la Resolución n.º 07, del dos de febrero de dos mil veintiuno, corregida por Resolución n.º 08, del seis de febrero de dos mil veintiuno, que revoca la Resolución n.º 08, del cinco de octubre de dos mil veinte, y reformándola declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que se dedujo, en el proceso penal que se les sigue por el delito de colusión agravada en agravio del Estado. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista. Y *actuando en sede de instancia*,
- II. CONFIRMARON** la Resolución n.º 08, del cinco de octubre de dos mil veinte, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida, disponiendo el sobreseimiento parcial de la causa seguida contra los recurrentes por el delito de colusión agravada, en agravio del Estado peruano.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1095-2021
NACIONAL**

- III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia; acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema, y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

MELT/jgma

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 526-2022/CORTE SUPREMA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Excepción de improcedencia de acción. Imputación objetiva. Acto neutral

Sumilla. 1. La referida excepción permite enjuiciar o valorar, de un lado, si el hecho imputado es un injusto penal, esto es, una conducta típica y antijurídica, y, de otro lado, si el hecho imputado es punible, o sea si se cumple una condición objetiva de punibilidad o no se presenta una excusa legal absolutoria. Esta concepción relativamente amplia de la presente excepción, en función a las categorías del delito y que solo excluye la categoría culpabilidad, siempre ha de respetar el relato o *factum* introducido por el Ministerio Público, de suerte que no es posible negar los mismos o extremos del relato o introducir hechos alternativos que modifiquen la situación fáctica planteada por la Fiscalía. La indicada excepción no suscita un objeto procesal nuevo y es meramente procedimental, en tanto en cuanto se refiere a la falta de un requisito procesal legalmente estipulado para la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, en la acusación (ex artículos 336, apartados 1 y 2, literal 'b', y 349, apartado 1, literales 'b' y 'f', del CPP): hecho que constituye delito punible. 2. También tiene admitido este Tribunal Supremo que es absolutamente viable cuestionar, desde la propia inculpación o acusación, si se está ante una conducta típica en sentido objetivo, es decir, cuando el agente despliega un riesgo relevante en el sentido del tipo delictivo. En esta perspectiva, para imputar el comportamiento del agente se requiere que el sujeto realice una conducta que cree un riesgo penalmente prohibido, para lo cual ha de tener competencia por ese riesgo, lo que es negado cuando la conducta se encuadra dentro del principio de confianza, de la prohibición de regreso y de la autotutela de la víctima. Asimismo, para imputar el resultado, en delitos de resultado, ésta debe poder ser objetivamente atribuido al autor a partir del criterio de fin de protección de la norma. 3. Debe analizarse, desde el Derecho penal material, si en el presente caso, los hechos atribuidos al investigado Monroy Gálvez constituyen un injusto penal. No hace falta invocar necesidad de actividad investigativa o probatoria para poder resolver si es viable o no una excepción de improcedencia de acción. Debe acudirse al relato del Ministerio Público, a la forma cómo presenta los hechos y cómo realiza el juicio jurídico penal, para dilucidar si cabe estimar la aludida excepción. Los hechos que afirma el fiscal forman parte del objeto procesal y éstos deberán probarse, lo cual es independiente del anclaje típicamente antijurídico de la conducta atribuida al imputado. La prueba –en sentido amplio– finalmente acreditará o no el hecho inculcado o acusado, y es éste el que es materia de calificación jurídico penal y, por tanto, de debate en vía de excepción de improcedencia de acción. El fiscal tiene la carga de precisar los hechos, fijarle un contexto y plantear su relevancia jurídico penal, no se requiere de ulterior actividad investigativa o probatoria para su “apreciación integral”; no se puede confundir hechos o *factum* del relato inculpatario o acusatorio con su ulterior acreditación o con su calificación jurídica por el fiscal. 4. Según el *factum* inculpatario se pidió al investigado varios informes legales en momentos determinados; él era ajeno a la organización y actividades de PROINVERSIÓN y, en lo puntual, al concurso o licitación que dicha institución ya había llevado a cabo, así como al atribuido pacto colusorio de varios funcionarios públicos con la firma Odebrecht –como cuestión fáctica no se afirma tal hecho–. Internamente se cuestiona la oportunidad de los informes y sus conclusiones valorativas, lo que no es de recibo. El motivo de la consulta fue pronunciarse acerca si la prohibición legal resaltada por la Contraloría General de la República era procedente desde el Derecho procesal civil. Esto último, en todo caso, no es un hecho, sino una valoración. 5. El investigado Monroy Gálvez no tenía posición de garantía alguna y su prestación profesional no contenía, en sí misma, un riesgo especial de continuación delictiva: él se movió en el ámbito de lo estrictamente profesional –el informe legal se emitió en ese marco, cumplió los requisitos de su prestación profesional–. El recurrente no era garante de evitar la realización conductas delictivas de sus clientes –no estaba vinculado a lo que ellos hicieron, con anterioridad o con posterioridad a su emisión; no hubo un reparto de trabajo que le produjo una vinculación con los autores–. Cabe aclarar que la causalidad es un requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice, pero no es el único, desde que al Derecho penal solo le interesan los resultados causados por acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente. Su acto fue neutral.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, diecisiete de febrero de dos mil veintitrés

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por la defensa del encausado JUAN FEDERICO DOROTEO MONROY GÁLVEZ contra el auto de vista de fojas doscientos veinticinco, de veinte de julio de dos mil veintiuno, que confirmando el auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y dos, de quince de marzo de dos mil veintiuno, declaró

improcedente la excepción de improcedencia de acción que dedujo contra la incoación del proceso penal por delito de colusión en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que se imputa al investigado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, en su calidad de abogado del Estudio de Monroy Abogados, ser cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal, bajo el cargo de haber defraudado al Estado al concertarse con los representantes de la empresa “Odebrecht y Asociados” y con funcionarios públicos para favorecerla en el proceso de concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Perú – Brasil IIRSA – SUR, tramo dos y tres, ocasionando perjuicio patrimonial al Estado.

∞ En la imputación del ITEM 6.28.2 la Fiscalía indicó que el investigado emitió el informe legal, de fecha cuatro de agosto de dos mil cinco, que permitió que la consorciada Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari firmen el contrato de concesión por el tramo dos y tres del Proyecto Corredor Vial Sur, Perú – Brasil, ocasionando con ello un perjuicio al Estado. Con el referido informe y con la opinión a la que arribó el Comité de PROINVERSIÓN y el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, se señaló que el oficio de la Contraloría era inocuo respecto a la regularidad del concurso llevado a cabo por PROINVERSIÓN, lo que permitió levantar la suspensión de la firma del contrato que se había dado a consecuencia del oficio 262-2005-CG/VC, de cuatro de agosto de dos mil cinco. A partir de ello se materializó el pacto colusorio al que se arribó con la empresa Odebrecht, quien formaba parte del concesionario a quienes se adjudicó los Tramos del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil.

∞ Asimismo, en la imputación del ITEM 6.28.10 la Fiscalía señaló que los informes legales de fecha veintitrés de agosto, ocho y doce de setiembre de dos mil cinco imposibilitaron un control posterior a las consorciadas Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari, a las que se les adjudicó el tramo dos y tres del Proyecto Corredor Vial Sur – Perú – Brasil. El Comité de PROINVERSIÓN, en los proyectos de infraestructura y servicios públicos, hizo suyo esa opinión legal y consideró que las consorciadas que se adjudicaron los tramos dos y tres del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur – Perú – Brasil no se encontraban impedidas de contratar con el Estado y, por el contrario, debía procederse a la suscripción de los contratos, opinión discordante con lo señalado por la Contraloría General de la República, que hizo de conocimiento que las empresas consorciadas tenían procesos con el Estado y que, por ello, no debían suscribir los contratos. En este sentido, estimó la Fiscalía que se coadyuvó a la materialización del pacto colusorio.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso penal, se tiene lo siguiente:

1. Que por disposición veinticuatro, de fojas treinta y seis, de veintidós de junio de dos mil veinte, la Fiscalía formalizó y continuó la investigación preparatoria contra el encausado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez y otros por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado.
2. Que la defensa del investigado Monroy Gálvez dedujo excepción de improcedencia de acción por escrito de fojas dos, de treinta de diciembre de dos mil veinte.
3. Tras llevarse a cabo la audiencia correspondiente, el Juez del Tercer Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios de la Corte Superior Nacional emitió auto de fojas ciento sesenta y dos, de quince de marzo de dos mil veintiuno, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del investigado Monroy Gálvez.
4. La defensa del investigado Monroy Gálvez interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento setenta y tres, de treinta de marzo de dos mil veintiuno.
5. Concedido el recurso de apelación y culminado el trámite impugnativo, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente en delitos de corrupción de funcionarios profirió el auto de vista de fojas doscientos veinticinco, de veinte de julio de dos mil veintiuno, que confirmó el auto de primera instancia.
6. Contra este auto de vista la defensa del investigado Monroy Gálvez interpuso recurso de casación.
7. Elevadas las actuaciones a este Tribunal Supremo, por auto de fojas doscientos noventa y cinco, de veintidós de setiembre de dos mil veintidós, se declaró bien concedido el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material.

TERCERO. Que la defensa del investigado MONROY GÁLVEZ en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos cincuenta y uno, de veintidós de octubre de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial previstos en el artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–.

∞ Desde el acceso excepcional planteó que el ejercicio de la profesión de abogado es un acto neutro, inocuo, estandarizado, que no supera los límites del riesgo permitido, y que puede ser analizado mediante una excepción de improcedencia de acción; que la opinión legal emitida por un abogado no es vinculante y no alcanza el nivel de un aporte idóneo y esencial para la configuración de un pacto colusorio; que ello constituye una causa de atipicidad (artículo 20, apartado 8 del Código Penal –en adelante, CP–); que en las excepciones está permitida la actividad probatoria.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas doscientos noventa y cinco, de veintidós de setiembre de dos mil veintidós, del cuaderno formado en esta sede suprema, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A.** Las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material: artículo 429, numerales 1 y 3, del Código Procesal Penal.
- B.** Corresponde definir los alcances de la excepción de la improcedencia de acción en función a la imputación objetiva respecto del rol de un abogado, de un consultor jurídico, y su correlación con los hechos atribuidos, más allá de que constituye línea jurisprudencial pacífica que, específicamente, respecto de la excepción de improcedencia de acción, debe respetarse acabadamente el relato acusatorio: los hechos propuestos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o en la acusación fiscal.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por parte del Procurador Publico Ad Hoc Adjunto a cargo de la defensa del Estado en las investigaciones y procesos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y otros conexos en los que ha incurrido la empresa ODEBRECHT y del representante del Ministerio Publico–, se expidió el decreto de fojas trescientos dos que señaló fecha para la audiencia de casación el día diez de febrero último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del encausado Monroy Gálvez, doctor José Antonio Caro John; del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Ramiro Gonzales Rodríguez; y, del abogado delegado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, doctor Christian Iván Morillas Zapata.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Continuada la deliberación y realizada la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por mayoría), con el voto singular de la señora Carbajal Chávez, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, estriba en determinar los alcances de la excepción de improcedencia de acción y, desde la perspectiva de

Derecho penal material, si los hechos objeto de imputación cumplen o no con los supuestos de imputación objetiva, específicamente del rol de un consultor jurídico y los alcances de su informe para erigirse en un supuesto de complicidad en el delito de colusión agravada.

SEGUNDO. Preliminar. Que es de precisar que, conforme al artículo 6, apartado 1, literal ‘b’, del CPP, la excepción de improcedencia de acción ha de estimarse: “...cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”.

∞ **1.** La línea jurisprudencial fijada por este Tribunal Supremo ha establecido, al respecto, que la referida excepción permite enjuiciar o valorar, de un lado, si el hecho imputado es un injusto penal, esto es, una conducta típica y antijurídica, y, de otro lado, si el hecho imputado es punible, o sea si se cumple una condición objetiva de punibilidad o no se presenta una excusa legal absolutoria [entre otras, SCas. 404-2015/Tacna, de 7 de julio de 2016]. Esta concepción relativamente amplia de la presente excepción, en función a las categorías del delito y que solo excluye la categoría culpabilidad, siempre ha de respetar el relato o *factum* introducido por el Ministerio Público, de suerte que no es posible negar los mismos o extremos del relato o introducir hechos alternativos que modifiquen la situación fáctica planteada por la Fiscalía. La indicada excepción no suscita un objeto procesal nuevo y es meramente procedimental, en tanto en cuanto se refiere a la falta de un requisito procesal legalmente estipulado para la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, en la acusación (ex artículos 336, apartados 1 y 2, literal ‘b’, y 349, apartado 1, literales ‘b’ y ‘f’, del CPP): hecho que constituye delito punible [cfr.: MONTERO AROCA, JUAN y otros: *Derecho Jurisdiccional II*, 25ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 339-341].

∞ **2.** También tiene admitido este Tribunal Supremo que es absolutamente viable cuestionar, desde la propia inculpación o acusación, si se está ante una conducta típica en sentido objetivo, es decir, cuando el agente despliega un riesgo relevante en el sentido del tipo delictivo. En esta perspectiva, para imputar el comportamiento del agente se requiere que el sujeto realice una conducta que cree un riesgo penalmente prohibido, para lo cual ha de tener competencia por ese riesgo, lo que es negado cuando la conducta se encuadra dentro del principio de confianza, de la prohibición de regreso y de la autotutela de la víctima. Asimismo, para imputar el resultado, en delitos de resultado, ésta debe poder ser objetivamente atribuido al autor a partir del criterio de fin de protección de la norma [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 425-430 y 469].

TERCERO. Que, como ya se expuso, el Ministerio Público en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria [párr. 6.28], mencionó que el investigado Monroy Gálvez, como abogado del Estudio Monroy Gálvez, emitió el informe legal de cuatro de agosto de dos mil cinco, que

concluyó que el oficio de la Contraloría General de la República –que indicaba que las empresas postores a quienes se les había adjudicado los Tramos 2 y 3 del proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, tenían procesos judiciales con el Estado– es inocuo respecto de la regularidad del concurso llevado a cabo por PROINVERSIÓN, porque se refiere a sujetos distintos de los que conformaron los Consorcios que se adjudicaron la buena pro y porque además, por los menos en la primera de las situaciones judiciales a que se refiere la Contraloría se evidencia que no existe juicio iniciado contra Constructora Norberto Odebrecht.

∞ Este informe fue base para la opinión de Velarde Zapater, y del Comité y del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN. La opinión del investigado sustentó la posición de PROINVERSIÓN, lo que, a juicio de la Fiscalía provincial, denota una sospecha reveladora de delito de colusión porque permitió levantar la suspensión de la firma del contrato que se había dado a consecuencia del oficio de la Contraloría General de la República de cuatro de agosto de dos mil cinco. Consideró la Fiscalía que, ante el oficio de la Contraloría General de la República se debió suspender la firma de los contratos. Empero, con la finalidad de materializar el pacto colusorio al que se había arribado (entrega del aludido proyecto a la empresa Odebrecht a cambio de beneficios y sobornos), se contó con la intervención del investigado Monroy Gálvez, quien en pocas horas emitió un informe legal que permitió levantar la suspensión para la firma de los contratos cuestionados, de suerte “... que con ellos se logró materializar el pacto colusorio al que se arribó con la empresa Odebrecht, quien formaba parte de las concesionarias a quienes se les adjudicó los tramos del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil”.

∞ Asimismo, el investigado Monroy Gálvez emitió otros tres informes legales para PROINVERSIÓN: veintitrés de agosto, ocho y doce de septiembre, todos de dos mil cinco, que permitieron imposibilitar un control posterior a las consorciadas Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari, a las que se les adjudicó el tramo 2 y 3 del Proyecto de Corredor Interoceánico Vial Sur, Perú – Brasil, respectivamente. Estos informes estaban relacionados con los procesos judiciales que tenían las empresas que formaron parte de las concesionarias a quienes se les adjudicó la buena pro de los Tramos 2 y 3 del citado Corredor, en cuyas conclusiones ratificó lo que indicó en el primer informe legal de cuatro de agosto de ese año y descartó el oficio 262-2005-CG/VC y otros adicionales, en los que la Contraloría General de la República insistía en que los consorcios tenían procesos judiciales pendientes con el Estado.

∞ Los informes legales cuestionados, según la Fiscalía Provincial, consideraban que el proceso, civil o arbitral, iniciado por el Estado, y que impedía la firma del contrato examinado, debía ser iniciado por el Estado a consecuencia del incumplimiento del consorcio de sus obligaciones contractuales, pero que en los cuatro procesos judiciales se incorporó al Consorcio Chimú, integrado entre otros por la empresa Norberto Odebrecht Sociedad Anónima, a mérito de una denuncia civil del consorcio Ces–Cisa. Los informes elaborados por el investigado Monroy

Gálvez fueron aceptados por PROINVERSIÓN, pese a que no se analizó debidamente la información proporcionada por la Contraloría General de la República y se redactaron en pocas horas. Éstos, al igual que el primero, permitieron que el investigado coadyuve a la materialización del pacto colusorio.

CUARTO. Que el Tercer Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional, para rechazar la excepción deducida por la defensa del encausado Monroy Gálvez no solo cuestionó que se alegue la ausencia de imputación objetiva pero luego se afirme la aplicación del artículo 20, inciso 8, del CP, que la califica de una causa de justificación –lo que no tiene mayor relevancia desde que un sector doctrinal incluye los supuestos de la citada disposición legal como causa de atipicidad–, sino que estimó que la conducta neutral que se sostiene realizó el investigado Monroy Gálvez requiere de una actividad probatoria que permita establecer si los cuatro informes cuestionados eran producto de una marcada parcialidad o si a través de ellos se materializó el pacto colusorio al que se arribó con la empresa Odebrecht [vid.: folios 8 y 9 del auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y dos].

∞ El Tribunal Superior, para confirmar el auto de primera instancia, consideró que atendiendo específicamente a los hechos imputados no resulta posible determinar de manera concreta y en grado cognitivo de convencimiento [pleno] por el estado actual en que se encuentra el proceso (etapa de investigación) que la conducta atribuida al investigado Monroy Gálvez constituya una conducta neutral, la que habría desarrollado dentro de su rol social como abogado. Asimismo, sostuvo que el *factum* incriminador no se reduce a la emisión de informes legales, sino que con la emisión de aquéllos cooperó al pacto colusorio; que el caso exige un juicio de valor, más allá de una perspectiva estrictamente fáctica; que la respuesta definitiva al caso tiene que obtenerse del análisis integral y del contexto situacional, lo que solo puede alcanzarse en el momento del juicio oral; que se requiere de una actividad probatoria que no puede hacerse a través de una excepción de improcedencia de acción [vid.: folios 14 y 23 del auto de vista de fojas doscientos veinticinco].

QUINTO. Que es de subrayar que, conforme a la propia definición de una excepción procesal, tal como ya se ha precisado jurisprudencialmente, debe analizarse, desde el Derecho penal material, si en el presente caso, los hechos atribuidos al investigado Monroy Gálvez constituyen un injusto penal. No hace falta invocar necesidad de actividad investigativa o probatoria para poder resolver si es viable o no una excepción de improcedencia de acción. Debe acudir al relato del Ministerio Público, a la forma cómo presenta los hechos y cómo realiza el juicio jurídico penal, para dilucidar si cabe estimar la aludida excepción. Los hechos que afirma el fiscal forman parte del objeto procesal y éstos deberán probarse, lo cual, es desde la perspectiva lógica, independiente del anclaje típicamente antijurídico de la conducta atribuida al imputado. La prueba –en

sentido amplio– finalmente acreditará o no el hecho inculpado o acusado, y es éste el que es materia de calificación jurídico penal y, por tanto, de debate en vía de excepción de improcedencia de acción. El fiscal tiene la carga de precisar los hechos, fijarle un contexto y plantear su relevancia jurídico penal, no se requiere de ulterior actividad investigativa o probatoria para su “apreciación integral”; no se puede confundir hechos o *factum* del relato inculpatario o acusatorio con su ulterior acreditación o con su calificación jurídica por el fiscal.

SEXTO. Que, a propósito de lo señalado en el fundamento jurídico tercero, una cosa es un juicio empírico –lo que se dice ocurrió, es decir, una mera descripción– y otra es el juicio de valoración del hecho en cuestión, para lo cual se debe acudir a las reglas del Derecho penal, esto es, confrontar la conducta con norma penal [Cfr.: SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO – IÑIGO CORROZA, ELENA: *Delictum* 2.0, 4ta. Edición, Editorial EUNSA, Pamplona, 2017, pp. 19-20].

∞ Se sostiene, como hecho, que el investigado emitió cuatro informes legales para PROINVERSIÓN; que estos informes legales concluyeron en contra de la posición de la Contraloría General de la República y que no se contó con una información completa del asunto; que los informes sirvieron para que PROINVERSIÓN descarte la opinión de la Contraloría General de la República y se proceda a la firma de los contratos cuestionados; que existía un pacto colusorio arribado con Odebrecht a cambio de beneficios y sobornos, de suerte que para materializarlo se contó con la intervención del investigado Monroy Gálvez a través de sus informes legales. Por tanto, se le atribuye la comisión del delito de colusión agravada en calidad de cómplice en tanto *extraneus*.

∞ El delito colusión agravada (ex artículo 384, segundo párrafo, del CP), como delito de resultado de lesión y además de infracción de deber con componente de dominio [cfr.: VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD: *Delitos contra la Administración Pública*, Editores del Centro, Lima, 2021, pp. 313-314]-, exige la defraudación patrimonial del Estado mediante la concertación del funcionario público con los interesados; ésta –la concertación– es un acto previo con cuya ejecución se produce la defraudación patrimonial al Estado, lo que tiene lugar en el momento en que el funcionario público, por razón de su cargo, toma una decisión en un contexto negocial que resulta perjudicial para el Estado [cfr.: GARCÍA CAVERO, PERCY (Director): *Los delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 192].

∞ Desde luego es de señalar que el investigado Monroy Gálvez no es funcionario público, ni por razón de su cargo se concertó con los funcionarios de PROINVERSIÓN y el consorcio cuestionado. Él fue convocado por PROINVERSIÓN para emitir dictámenes jurídicos, en su rol como abogado libre –consultor jurídico específicamente– acerca de la posición asumida por la Contraloría General de la República y, como tal, emitió los informes legales que sustentaron la ulterior actuación de PROINVERSIÓN, que descartó la comunicación en contra de la Contraloría General de la República. En una línea lógica, y según fue

planteado por la Fiscalía, el acuerdo colusorio ya existía y debía ejecutarse. La intervención del investigado Monroy Gálvez fue posterior a ese acuerdo y se circunscribió a valorar una situación presentada por la intervención de la Contraloría General de la República y, en consecuencia, emitir cuatro dictámenes jurídicos. Es irrelevante que, a propósito de la concertación punible ya arribada entre los funcionarios públicos competentes y Odebrecht, se utilizaron los aludidos dictámenes jurídicos para materializar la firma de los contratos en función a maniobras delictivas previas. No se dice que el investigado Monroy Gálvez conocía de este pacto colusorio entre funcionarios de PROINVERSIÓN y la firma Odebrecht y que, conociéndolo, emitió dictámenes jurídicos parcializados sin ostensible amparo legal; él no obró conjuntamente con los autores. Recuérdese que la complicidad requiere que el sujeto activo dolosamente preste auxilio o asistencia para la realización del hecho punible doloso. Por tanto, por el resultado lesivo no tiene por qué responder un abogado que emite un informe legal, pues no solo actúa en el marco de su profesión, sino que tal conducta no superó el riesgo permitido.

SÉPTIMO. Que, ahora bien, se entiende por conductas neutrales aquellas en las que de algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o posición social o profesional, cuyo tratamiento de restricción de la punibilidad se produce en el nivel de la tipicidad [ROBLES PLANAS, RICARDO: *Conductas neutrales*. Ponencia: “retos actuales de la teoría del delito”, Barcelona, 2015, pp. 1-2]. Ha sostenido al respecto el Tribunal Supremo Español que un acto neutral es uno realizado ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo; no son actos típicos de ningún delito [STSE 823/2012, de 30 de octubre]. Un tal acto solo puede constituir una acción de participación, de relevancia punitiva, cuando se realiza una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social del cooperante, de tal forma que ya no pueda ser consideradas como profesionalmente adecuada, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un incremento del riesgo, etcétera [STSE 34/2007, de 1 de febrero]. Con tal propósito, precisó la STSE 199/2012, de 15 de marzo, lo siguiente: “Para que, desde el acto del autor material (v.gr.: funcionarios públicos involucrados en el pacto colusorio), se pueda regresar al acto de quien no lo es, hasta el punto de erigirlo en partícipe del delito de ese otro, es necesario un juicio normativo, una valoración más allá de la descripción empírica”.

∞ Desde la perspectiva objetiva para distinguir un acto neutral de un acto de cooperación, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, debe analizarse si estos tienen lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva.

Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco (o contexto) en el que se desarrolla. A ello se añade el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco, pues no cabe disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero [STSE 1515/2019, de 13 de marzo].

∞ El acto neutral no puede generar en ningún caso responsabilidad penal porque no permite superar objetivamente el nivel mínimo de relevancia para que la conducta adquiera significado delictivo como una conducta de participación. Son actos socialmente adecuados al no representar un peligro socialmente inadecuado de realización del tipo delictivo –es decir, peligro jurídicamente desaprobado, de suerte que la relación causal de la conducta con el resultado no es suficiente para la realización del tipo, pues es preciso que el auto haya actuado por encima del límite del riesgo permitido: STSE 189/2007, de 6 de marzo–, cuyo fundamento está en la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución [STSE 974/2012, de 5 de diciembre].

OCTAVO. Que, dado lo expuesto, si se analiza los hechos atribuidos al investigado Monroy Gálvez es claro (i) que actuó conforme a su rol de consultor jurídico y (ii) que se limitó a responder sobre lo que se planteó, sin siquiera formular recomendaciones, por lo demás no solicitadas. Es irrelevante que su opinión jurídica no coincidiera con la posición asumida por la Contraloría General de la República. Según el *factum* inculpatório se pidió al investigado varios informes legales en momentos determinados; él era ajeno a la organización y actividades de PROINVERSIÓN y, en lo puntual, al concurso o licitación que dicha institución ya había llevado a cabo, así como al atribuido pacto colusorio de varios funcionarios públicos con la firma Odebrecht –como cuestión fáctica no se afirma tal hecho–. Internamente se cuestiona la oportunidad de los informes y sus conclusiones valorativas, lo que no es de recibo. El motivo de la consulta fue pronunciarse acerca si la prohibición legal resaltada por la Contraloría General de la República era procedente desde el Derecho Procesal Civil. Esto último, en todo caso, no es un hecho, sino una valoración negativa de los propios dictámenes jurídicos.

∞ Así las cosas, el abogado Monroy Gálvez no tenía posición de garantía alguna y su prestación profesional no contenía, en sí misma, un riesgo especial de continuación delictiva: él se desempeñó, al emitir los informes legales cuestionados, en el ámbito de lo estrictamente profesional – Los informes legales se emitieron en ese marco, cumplió los requisitos de su prestación profesional, tanto más si su análisis jurídico no comprendió lo ocurrido en el curso de la licitación ni de la buena pro–. El recurrente no era garante de evitar la realización conductas delictivas de sus clientes –no estaba vinculado a lo que ellos hicieron,

con anterioridad o con posterioridad a su emisión; no hubo un reparto de trabajo que le produjo una vinculación con los autores [cfr.: JAKOBS, GUNTHER: *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 73 a 79] –. Cabe aclarar que la causalidad es un requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice, pero no es el único, desde que al Derecho penal solo le interesan los resultados causados por acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Revista Derecho PUC, número 60, 2007, Lima, 2007, p. 266]: El pacto delictivo, como da cuenta la disposición fiscal citada, se había producido anticipadamente –sin conocimiento del imputado–. La emisión de un informe legal, que dio pie a que PROINVERSIÓN suscriba el contrato cuestionado, no es suficiente para constituir un acto de complicidad, por muy útil que ello le resulte al autor. Como apunta ROBLES PLANAS: “la prestación profesional se agota en la simple creación de las condiciones a partir de las que otro puede llegar a cometer un delito, lo que no es suficiente para constituir participación punible” [Ob. Cit., p. 5].

∞ Finalmente, queda claro que el investigado Monroy Gálvez se limitó a cumplir los requisitos de la prestación profesional que se le solicitó –Que no estaba prohibida *per se*–, prestación profesional que además no estaba condicionada al previo pacto delictivo ni a lo que luego se haría con el informe legal que emitió –éste no se produjo en función del posterior desarrollo delictivo–.

NOVENO. Que, por consiguiente, la excepción de improcedencia de acción debe ampararse. El recurso de casación es fundado. El rechazo por los jueces de mérito trasgredió el correcto entendimiento de los actos neutrales en el Derecho penal y no atendió a las exigencias de la institución de la excepción de improcedencia de acción, desnaturalizando su función y ámbito de aplicación procesal. La sentencia de casación, por ello y no necesitar un nuevo debate, debe ser rescindente y rescisoria.

DECISIÓN

Por estas razones; por mayoría: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por la defensa del encausado JUAN FEDERICO DOROTEO MONROY GÁLVEZ contra el auto de vista de fojas doscientos veinticinco, de veinte de julio de dos mil veintiuno, que confirmando el auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y dos, de quince de marzo de dos mil veintiuno, declaró improcedente la excepción de improcedencia de acción que dedujo contra la incoación del proceso penal por delito de colusión en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista. **II.** Y, actuando en sede de instancia:

REVOCARON el auto de primera instancia que declaró improcedente la excepción de improcedencia de acción; reformándolo: lo declararon **FUNDADO**. En consecuencia, **SOBRESEYERON** definitivamente el proceso seguido contra JUAN FEDERICO DOROTEO MONROY GÁLVEZ por delito de colusión en agravio del Estado, y **ORDENARON** se archive definitivamente la causa seguida en su contra y se **ANULEN** sus antecedentes. **III. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página Web del Poder Judicial; registrándose. **IV. MANDARON** se transcriba la presente la sentencia al Tribunal Superior, al que se enviarán las actuaciones. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TUPÉZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CSMC/AMON