

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre Casación N° 525-2022/Nacional

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Alelí Estefanía Patiño Vergara

ASESOR:

Daniel Simón Quispe Meza

Lima, 2025

Informe de Similitud


Yo, DANIEL SIMON QUISPE MEZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre Casación N° 525-2022/Nacional", del autor(a) ALELI ESTEFANIA PATIÑO VERGARA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 16/07/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 16 de julio del 2024

| | |
|--|--|
| <u>DANIEL SIMON QUISPE MEZA</u> | |
| DNI: 70437387 | Firma:  |
| ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5979-4744 | |

RESUMEN

El caso analizado gira en torno a la posible responsabilidad penal de Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini, abogado externo contratado por PROINVERSIÓN, en el marco del delito de colusión agravada. La principal controversia radica en determinar si un asesor jurídico externo puede ser considerado funcionario público a efectos penales, si su intervención —mediante la emisión de un informe jurídico— constituye una conducta penalmente relevante, y si la excepción de improcedencia de acción fue correctamente aplicada por la Corte Suprema.

Para abordar estos problemas, se recurrió a una interpretación sistemática del artículo 425.3 del Código Penal y de instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, 1996) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU, 2004), los cuales amplían el concepto de funcionario público en contextos de lucha contra la corrupción, así como también se recurrió a la doctrina nacional para afianzar la postura tomada. También se emplearon las doctrinas de Jakobs, Roxin y Busato sobre la imputación penal en acciones neutrales, particularmente en profesiones como la abogacía.

El informe concluye que Peschiera Rubini sí reúne los requisitos para ser considerado funcionario público a efectos penales. No obstante, al no haberse probado una adhesión dolosa al pacto colusorio ni la desnaturalización de su rol profesional, no se configura responsabilidad penal. Finalmente, se cuestiona la aplicación anticipada de la excepción de improcedencia de acción, por implicar una valoración fáctica que correspondía al juicio oral.

Palabras clave

Funcionario público – conductas neutrales – colusión – imputación objetiva – excepción de improcedencia de acción

ABSTRACT

The case under analysis revolves around the possible criminal liability of Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini, external counsel hired by PROINVERSIÓN, in the context of the crime of aggravated collusion. The main controversy lies in determining whether an external legal counsel can be considered a public official for criminal purposes, whether his intervention -through the issuance of a legal report- constitutes a criminally relevant conduct, and whether the exception of inadmissibility of action was correctly applied by the Supreme Court.

To address these problems, a systematic interpretation of article 425.3 of the Criminal Code and international instruments such as the Inter-American Convention against Corruption (OAS, 1996) and the United Nations Convention against Corruption (UN, 2004), which broaden the concept of public official in anti-corruption contexts, were used, as well as national doctrine to support the position taken. The doctrines of Jakobs, Roxin and Busato on criminal imputation in neutral actions were also used, particularly in professions such as the legal profession.

The report concludes that Peschiera Rubini does meet the requirements to be considered a criminally relevant public official and that his report had an effective impact on a state process. However, since neither a fraudulent adhesion to the collusive pact nor the distortion of his professional role has been proven, criminal liability has not been established. Finally, the anticipated application of the exception of inadmissibility of the action is questioned, since it implies a factual assessment that corresponded to the oral trial.

Keywords:

Public official - neutral conduct - collusion - collusion - objective imputation - plea of inadmissibility of action

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| PRINCIPALES DATOS DEL CASO | 4 |
| I. INTRODUCCIÓN | 5 |
| II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES | 6 |
| 2.1 Hechos relevantes del caso | 6 |
| 2.2 Iter procesal | 8 |
| III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS | 9 |
| IV. DESARROLLO DE PROBLEMAS JURÍDICOS | 11 |
| IV.1. El consultor externo y su relación con el concepto de funcionario público en el delito de colusión | 12 |
| IV.1.1. Sobre la interpretación de funcionario público en el caso en concreto | 12 |
| IV.1.2. Sobre el concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano y toma de postura | 13 |
| IV.1.3. Aplicación de propuesta de solución al caso | 18 |
| IV.2. Sobre la conducta neutral y la emisión de informes jurídicos en el marco de la contratación pública | 20 |
| IV.2.1. Breves comentarios al delito de colusión | 21 |
| IV.2.2. El concepto de "conducta neutral" como criterio de exclusión de responsabilidad penal | 23 |
| IV.2.3. Postura asumida por la Corte Suprema a través de la Casación 525-2022/Nacional | 25 |
| IV.2.4. Toma de postura: hacia una aproximación idónea | 27 |
| IV.3. Sobre la aplicación de la excepción de improcedencia de acción | 30 |
| IV.3.1. La excepción de improcedencia de acción: | 30 |
| IV.3.2. Toma de postura: Crítica de aplicación de excepción de improcedencia de acción | 33 |
| V. CONCLUSIONES | 34 |
| BIBLIOGRAFÍA | 36 |

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

| | |
|--|--|
| N° EXPEDIENTE | Recurso Casación N° 525-2022/Nacional |
| ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO | Derecho Penal / Delitos contra la Administración Pública/Teoría del delito |
| IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES | <ul style="list-style-type: none">- Auto de Primera Instancia de fojas 20, de 30 de marzo de 2021 que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.- Auto de Vista de fojas 68, de 06 de agosto de 2021 que confirma el Auto de Primera Instancia. |
| DEMANDANTE/DENUNCIANTE | Actuación de Oficio del MP |
| DEMANDADO/DENUNCIADO | Nadie Heredia Alarcón y otros, entre ellos el imputado Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini |
| INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL | Corte Suprema |
| TERCEROS | - |
| OTROS | - |

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la responsabilidad penal de los asesores jurídicos externos en el marco del delito de colusión desleal, particularmente teniendo como base el estudio del caso *Peschiera Rubini* resuelto en la Casación 525-2022/Nacional. Este caso plantea interrogantes relevantes respecto a si un abogado consultor externo puede ser considerado funcionario público a efectos penales y si su conducta; esto es, la emisión de un informe jurídico en el contexto de una contratación pública, puede tener relevancia jurídica a efectos penales.

Como una forma de introducir al análisis que se realizará en el presente informe, en primer lugar, se mencionarán los hechos jurídicamente relevantes y el iter procesal, ello con el objetivo de contextualizar el entorno y las decisiones de las instancias anteriores que dieron lugar al pronunciamiento de la Corte Suprema.

Seguidamente, se detallarán los fundamentos de hecho y de derecho utilizados en la resolución judicial de la Corte Suprema, con el objetivo de identificar los argumentos centrales adoptados por el Tribunal Supremo en su pronunciamiento. A partir de ello, se procederá a delimitar los problemas jurídicos más relevantes, que giran en torno a la fundamentación de si *Peschiera Rubini* debía ser considerado funcionario público, si el informe jurídico que emitió el referido se enmarca dentro las denominadas “conductas” y, finalmente, los alcances de la excepción de improcedencia de acción.

El informe se centrará primordialmente en la resolución de los tres problemas jurídicos relevantes identificados en el caso. En primer lugar, se examinará si es que *Peschiera Rubini*, quien se desempeñó en calidad de consultor externo de PROINVERSIÓN, debe ser considerado como funcionario público en el marco de la posible comisión del delito de colusión agravada, ya que la Corte Suprema concluyó que *Peschiera Rubini* no es funcionario público basándose en aspecto que, preliminarmente, pueden ser considerados restrictivos.

En segundo lugar, se centrará en la imputación objetiva, específicamente sobre las denominadas “conductas neutrales”. En este sentido, se analizará si la

conducta desplegada por el acusado Peschiera Rubini es pasible o no de responsabilidad penal, teniendo en cuenta que esta se encontraba enmarcada en un proceso de contratación pública en la que participó como consultor externo de PROINVERSIÓN. A efectos de llegar a una propuesta de solución, se recurrirán a las posturas doctrinarias dominantes de Claus Roxin y Günther Jakobs sobre la complicidad y el rol profesional, pero se tomará como punto de partida la postura argumentada por Paulo Busato, la cual plantea una visión particular sobre la participación del abogado en contextos particulares y complejos.

En tercer lugar, se evaluará si la excepción de improcedencia de acción fue el medio adecuado para resolver la atipicidad de la conducta del imputado, tal como fue decidido por la Corte Suprema. Este análisis se centrará en el alcance de la excepción de improcedencia de acción y si procede su aplicación en casos donde se realizan valoraciones probatorias.

Este trabajo se desarrollará partiendo de un enfoque teórico fundamental sobre las nociones de funcionario público a efectos penales, así como de la imputación del delito de colusión en el marco de las acciones neutrales, de conformidad con la teoría de la imputación objetiva, para finalizar centrándose en la naturaleza de la figura procesal de la excepción de improcedencia de acción. Con ello, se pretende realizar una crítica sobre la decisión adoptada por la Corte Suprema en la Casación N° 525-2022/Nacional y aportar al esclarecimiento de los criterios que deben ser tomados en cuenta al determinar el grado de responsabilidad penal en situaciones complejas de responsabilidad en el ámbito de la contratación pública.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Hechos relevantes del caso

Durante el gobierno del expresidente Ollanta Humala Tasso. el Estado peruano, a través de ProInversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada), impulsó el proyecto denominado “Mejoras a la Seguridad Energética del País y

Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, que implicaba una licitación pública internacional para adjudicar la construcción y operación de un gasoducto estratégico en el sur del país. En el marco de dicho proceso, el Estado suscribió contratos de asesoría legal externa con el Estudio Delmar Ugarte Abogados, dentro del cual trabajaba Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini.

La labor de Peschiera Rubini consistía en brindar asesoría jurídica al Comité de Pro Seguridad Energética, a la Dirección Ejecutiva de PROINVERSIÓN y a la jefatura del proyecto. Los contratos con PROINVERSIÓN fueron los N.º 042-2013, suscrito el 24 de diciembre de 2013, y el N.º 007-2014, firmado el 26 de marzo de 2014. Estos contratos establecían la obligación del estudio de brindar asesoría jurídica especializada en temas vinculados con la ejecución del referido proyecto, incluyendo la elaboración de documentos y opiniones legales requeridas por el Comité de Pro Seguridad Energética.

En virtud de esos contratos, Peschiera Rubini brindó asesoría legal directa a tres instancias clave dentro del proceso: el Comité de Pro Seguridad Energética, la Dirección Ejecutiva de PROINVERSIÓN y la jefatura del proyecto. En el marco de sus funciones, elaboró un informe jurídico el 28 de junio de 2014, titulado *“Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de un postor precalificado”*, en el contexto del proceso de selección del concesionario del proyecto energético.

El informe realizado por Peschiera se basó en realizar un análisis de la situación legal del consorcio Gasoducto Peruano del Sur, frente a una posible variación en el porcentaje de participación de sus integrantes, lo cual podía contravenir las bases del proceso de concesión. Cabe mencionar que el referido consorcio era competidor directo del Grupo Odebrecht. El contenido del informe respaldaba la interpretación de que dicha modificación era jurídicamente relevante y que, de confirmarse, podía dar lugar a la descalificación del postor.

Previo a este informe, Peschiera Rubini habría participado también en la elaboración de una opinión legal inicial que sugería dar un plazo al consorcio para subsanar la modificación. Posteriormente, la nueva opinión del 28 de junio

cambió el criterio inicial y concluyó que el consorcio debía ser descalificado. Esta opinión fue considerada dentro de los elementos técnicos y legales utilizados por PROINVERSIÓN para justificar la exclusión del consorcio Gasoducto Peruano del Sur del proceso de concesión.

2.2 Iter procesal

La Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios formalizó investigación preparatoria en contra de Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini y otros por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado. Se le imputó haber intervenido en un pacto colusorio que favoreció al consorcio liderado por Odebrecht en la concesión del proyecto Gasoducto Sur Peruano. La Fiscalía alegó que, en su calidad de abogado del estudio Delmar Ugarte Abogados y asesor legal externo del Comité de Pro Seguridad Energética de PROINVERSIÓN, emitió un informe jurídico que fue determinante para descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, competidor de Odebrecht. Según la acusación, se le consideró parte activa del pacto colusorio, a pesar de poseer el rol de asesor externo.

Frente a ello, el 17 de febrero de 2021, Peschiera Rubini presentó una excepción de improcedencia de acción, argumentando que no era funcionario público ni tenía capacidad decisoria, y que su conducta no podía ser considerada delictiva. Sin embargo, el 30 de marzo de 2021, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional emitió el Auto de Primera Instancia que declaró infundada dicha excepción, considerando que su participación como asesor externo configuraba función pública a efectos penales. Dicha decisión fue apelada, pero la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, con fecha 6 de agosto de 2021, confirmó el auto de primera instancia, reafirmando que su rol debía ser evaluado en el juicio y no excluido a través de una excepción.

Ante ello, el 25 de agosto de 2021 Peschiera Rubini interpuso un recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material. Alegó que su rol como asesor externo no le confería capacidad de

decisión ni lo convertía en funcionario público, y que su conducta no generaba riesgo penalmente relevante. El recurso fue declarado bien concedido por la Corte Suprema. Finalmente, la Sala Penal Permanente emitió sentencia el 6 de octubre de 2023, dictaminando como fundado el recurso y; en consecuencia, revocó el auto de primera instancia, declarando fundada la excepción de improcedencia de acción y dispuso el sobreseimiento definitivo del proceso penal seguido contra él.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

El primer problema jurídico identificado radica en determinar si un asesor jurídico externo puede ser considerado funcionario público, a efectos penales, por emitir un informe jurídico dentro de un proceso de contratación pública, en el marco del delito de colusión desleal. Al respecto, la Corte Suprema sostuvo que el asesor jurídico externo Peschiera Rubini no tiene la calidad de funcionario público, ya que su vínculo con PROINVERSIÓN fue regulado por el Derecho Civil mediante un contrato de servicios profesionales, sin formar parte del organigrama ni ejercer funciones públicas ni tener poder de decisión. Al respecto, la Fiscalía precisó que el solo vínculo contractual habilita tal calificación, pero omite considerar que la función pública exige una delegación real de autoridad estatal.

Frente a dicha situación, podría surgir la posible confusión entre un abogado consultor externo y el ejercicio de función pública, puesto que podría cuestionarse si esa colaboración técnica podría ser equiparada a la de un funcionario público. Por lo tanto, resulta necesario analizar la interpretación que se efectuó sobre el artículo 425.3 del Código Penal, a efectos de determinar los criterios idóneos para precisar cuándo se está ante un funcionario público, ya que calificar como tal a todo contratista externo implicaría una expansión desproporcionada del tipo penal.

El segundo problema jurídico radica en determinar si el hecho de que un abogado consultor externo emita un informe jurídico, en el marco de una contratación pública, puede constituir una conducta penalmente relevante en el

delito de colusión desleal. La Corte Suprema determinó que la conducta efectuada por Peschiera Rubini no genera por sí sola una conducta típica, puesto que no desplegó un riesgo penalmente relevante, ni se asumió un deber especial. Adicionalmente, el Tribunal Supremo enfatizó que la imputación efectuada por la Fiscalía no evidenciaría alguna conducta de cooperación por parte de Peschiera.

Este problema requiere un pronunciamiento y desarrollo al respecto porque se vincula con la doctrina de la prohibición de regreso y cuestiona hasta qué punto puede extenderse la responsabilidad penal a alguien cuya conducta no tiene efectos directos ni control sobre el resultado. El debate es relevante para establecer criterios de cuándo una conducta aparentemente neutral deja de serlo en contextos como el caso bajo análisis.

Finalmente, el tercer problema jurídico versa sobre si la excepción de improcedencia de acción era el medio idóneo para resolver la presunta atipicidad de la conducta de Peschiera Rubini. La Corte Suprema concluyó que sí procedía analizar y declarar la improcedencia de acción en sede preliminar, ya que es un medio formal para evaluar si los hechos imputados constituyen delito en términos jurídicos, sin requerir prueba. Frente a ello, sin ahondar debidamente en investigación o actuación probatoria, el Tribunal Supremo determinó que el informe jurídico emitido por Peschiera no tuvo trascendencia alguna para la contratación pública y que, incluso, debía ser tomada como una conducta neutral. Este punto es relevante porque busca delimitar con claridad el alcance de la excepción de improcedencia de acción, evitando que sea usada prematuramente para cerrar investigaciones aún en desarrollo. Es decir, coloca en debate si se puede descartar una imputación sin producción de prueba, o si es que necesario una mayor actuación y valoración probatoria en el juicio oral.

Luego de haber esbozado los problemas jurídicos identificados y la relevancia del análisis de estos, se procederá a hacer mención sobre cuál será la perspectiva o herramientas a las que se recurrirá para llegar a las correspondientes soluciones de cada aspecto problemático.

IV. DESARROLLO DE PROBLEMAS JURÍDICOS:

El presente trabajo se desarrollará de la siguiente manera: el primer problema jurídico que versa en determinar si Peschiera Rubini puede ser considerado funcionario público por emitir un informe dentro de un proceso de contratación pública y; en consecuencia, tener responsabilidad penal. Para poder dilucidar dicha cuestión, corresponderá realizar un análisis de la figura del funcionario público, por lo que resultará necesario remitirse al artículo 425.3 del Código Penal (precisa quién es funcionario o servidor público a efectos penales) y, posteriormente, delimitar su idónea interpretación. Para lograr resolver dicha problemática, se tendrá en consideración tanto la normativa interna como la internacional pertinente al caso.

Con respecto al segundo problema jurídico, que radica en la interrogante de si el informe jurídico emitido por Peschiera Rubini es una conducta penalmente relevante en el delito de colusión. En ese sentido, es menester determinar el concepto de “conductas neutras” desde la imputación objetiva. Esto último con miras a determinar si es que Peschiera Rubini creó un riesgo penalmente relevante al emitir el informe jurídico que fue determinante para descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, competidor de Odebrecht.

Por último, para desarrollar el tercer problema jurídico sobre la idoneidad de la interposición de excepción de improcedencia de acción, es pertinente detallar el alcance de la excepción de improcedencia de acción y su finalidad en el proceso penal. Luego de ello, se concluirá si es que era adecuada la procedencia de la figura procesal referida teniendo en cuenta el estado de las investigaciones realizadas hasta el momento por la Fiscalía.

Luego de realizar una aproximación a cuál será la perspectiva desarrollada para cada problemática identificada, corresponde ahondar en el análisis de cada problema jurídico verificable en la Casación 525-2022/Nacional.

IV.1. EL CONSULTOR EXTERNO Y SU RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Este capítulo tiene por finalidad analizar el concepto de funcionario público a efectos penales, para lo cual se recurrirá al artículo 425 del Código Penal que hace referencia a dicha definición normativa. Seguidamente, se evidenciará la necesidad de realizar una reinterpretación del artículo 425.3 del Código Penal Peruano, el cual versa sobre denominar como funcionario público a la persona que mantiene vínculo laboral o contractual con entidades u organismos del Estado. En ese sentido, se recurrirá a tratados internacionales y a la doctrina pertinente para dotar de contenido al supuesto de funcionario público referido en el caso *Peschiera*. Finalmente, se determinará si la argumentación efectuada por la Corte Suprema fue la idónea para concluir que *Peschiera Rubini* no se desempeñó como funcionario público en el caso materia de análisis.

IV.1.1. Sobre la interpretación de funcionario público en el caso en concreto:

La argumentación de la Sala Penal en la Casación 525-2022/Nacional parte mencionando que, a pesar de que el investigado *Peschiera Rubini*, quien se desempeñaba como abogado del Estudio “*Delmar Ugarte Abogados*”, celebró dos contratos de asesoramiento con PROINVERSIÓN, este no se encontraba en el organigrama de dicha entidad porque no existía una relación de subordinación frente a esta, por lo que no se verifica el necesario acto de incorporación reglado por el derecho público.

Asimismo, a razón del referido contrato de asesoramiento, la emisión de una opinión legal no tiene un deber especial derivado del ejercicio de una función pública; en consecuencia, no forma parte de la Administración Pública ni realiza actos propios de funcionarios que la conforman. En esa misma línea, los magistrados adicionaron que la ley no señala expresamente que los asesores jurídicos externos sean considerados funcionarios públicos.

Con base en los argumentos previamente esbozados, la Sala Penal concluye que el investigado Peschiera Rubini no es funcionario público, ya que no posee dicho nombramiento expreso, así como tampoco cuenta con la facultad requerida para incidir y decidir a razón de su cargo en los asuntos públicos.

Ahora, el tema central evidentemente radica en si Peschiera Rubini podría ser considerado o no funcionario público por haber realizado la emisión de dos informes jurídicos, siendo que uno de estos sirvió para respaldar la posición de los miembros del Comité de Pro Seguridad Energética de PROINVERSIÓN y, en consecuencia, lograr descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, opositor directo del Grupo Empresarial Odebrecht (empresa acusada de coludirse ilícitamente con la pareja presidencial Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

Teniendo en cuenta dicho contexto, se procederá a realizar un análisis desde la doctrina y normativa nacional, así como de normativa internacional relevante para concluir en una respuesta idónea sobre la interpretación del concepto normativo de “funcionario público”.

IV.1.2. Sobre el concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano y toma de postura:

Los delitos contra la Administración pública son entendidos como delitos de infracción de deber en tanto se halla inmiscuida la figura del funcionario y/o servidor público que posee una cualidad especial, la cual les exige un comportamiento acorde a los deberes preexistentes al asumir una función pública. En ese sentido, el sujeto activo en cuestión se ha obligado a cumplir y respetar tales prerrogativas y, por lo tanto, su incumplimiento acarrea un mayor reproche social (Rojas, 2000, pp. 73).

En esa misma línea, se puede afirmar que el tipo penal de colusión encaja como delito de infracción de deber porque, la conducta típica radica en que el funcionario o servidor público transgrede la responsabilidad particular asignada,

la cual es conferida a razón de su cargo contando con una posición de garante (Recurso de Nulidad N° 59-2018/Lima Norte, 2018, p. 4).

El tipo penal referido indica que el sujeto activo será el funcionario o servidor público que interviene directa o indirectamente por razón de su cargo en cualquiera de las etapas de una contratación pública coludiéndose con un particular interesado. Al respecto, debe precisarse que en la tipicidad objetiva del delito de colusión también cabe el funcionario público que incide sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etc. (Montoya et al, 2016, p. 136)

Ahora, es importante remontarse al concepto de funcionario público en el derecho peruano. Preliminarmente, cabe mencionar que el término “funcionario público” posee diferente concepción y finalidad según la rama del Derecho a la que se acuda (Pariona, 2024, p. 299). En ese entendido, desde el enfoque del Derecho Penal, el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 indica que el funcionario público es aquel sujeto ocupa un “status especial” y una vinculación funcional con respecto a la conducta típica desplegada (Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, 2011, pp. 3). En ese sentido, por el solo hecho de contar con dichas cualidades, se le considera como sujeto activo en los delitos de infracción de deber, en tanto se infrinja el deber atribuido en razón de su cargo.

Sumado a ello, según lo aseverado por Caro, aunque el funcionario público no cuente con el control exclusivo de la acción típica, ello no es impedimento para que sea responsable por el ilícito penal realizado (Caro, 2003, p. 51). Esto último se fundamenta en la infracción del deber que ostenta el funcionario público a raíz del estatus especial que se le confiere, el cual origina que tenga un deber estatal acorde a su cargo: la protección, el respeto y promoción del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública.

Ahora, resulta imperioso indicar que el Código Penal regula en el artículo 425 un listado numerus apertus de supuestos referenciales en los que un sujeto posee la cualidad de funcionario o servidor público (Torres, 2019, p. 20). En ese entendido, se colige que no se cuenta con un concepto normativo de “funcionario público” a efectos penales, sino que con ejemplos no delimitados.

Asimismo, la Casación 525-2022/Nacional se menciona que la Fiscalía le imputa al investigado Peschiera Rubini el título de funcionario público, basándose específicamente en el inciso 3, artículo 425 del Código Penal, el cual precisa que será considerado funcionario o servidor público el sujeto que mantenga cualquier vínculo laboral o contractual con entidades y organismos del Estado y que, a razón de ello, desempeñe funciones en dichos ámbitos públicos.

A través del inciso referido, “se extiende al máximo el elemento acceso a la función pública, pues basta con laborar en empresas públicas y tener a su cargo alguna función, sin que haya existido un previo nombramiento o alguna formalidad de acceso a la función.” (Reátegui Sánchez, 2015, p. 889). A partir de dicha premisa, se observa una regulación que otorga una interpretación amplia, al extender la calidad de funcionario público a toda persona que mantenga cualquier tipo de vínculo contractual (sin realizar hincapié alguno en cuanto al régimen) con el Estado y que, en virtud de ello, ejerza funciones en la entidad respectiva.

Entonces, teniendo en cuenta los argumentos previamente precisados, se puede inferir que el artículo 425 del Código penal otorga una amplitud interpretativa, la cual corre el riesgo de convertir en funcionario público, y por tanto en posible autor de delitos especiales como la colusión, a cualquier persona que colabore de alguna manera con el Estado.

Frente a dicho contexto, debe precisarse que el Tribunal Supremo en Casación 525-2022/Nacional debió tomar en cuenta dicha amplitud e imprecisión del referido artículo 425 y, por lo tanto, delimitar un concepto de funcionario público basándose en criterios objetivos nacionales e internacionales que avalen su argumentación. Esto último con miras a no desnaturalizar el concepto penal de funcionario público y debilitar la exigencia de relación funcional que debe existir entre el cargo y la conducta típica.

Ahora, como propuesta de solución se debe partir mencionando que el artículo 425 del Código Penal, expone a través del inciso 7 que, para delimitar quién es funcionario o servidor público a efectos penales (además de los supuestos mencionados en los incisos previos), es imperativo recurrir a la Constitución

Política del Perú o las leyes internas. Tomando en cuenta ello, es pertinente remitirse al artículo 55 de la Constitución Política del Perú: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (1997).

Dicho artículo de la Constitución establece que los tratados celebrados por el Estado y que se encuentren en vigor forman parte del derecho nacional. En consecuencia, los tratados internacionales también forman parte del derecho interno peruano, a pesar de que no existe un artículo específico en la Constitución que regule expresamente su jerarquía normativa.

Respecto a este último supuesto, cabe indicar que luego cumplido el procedimiento constitucional de suscripción y ratificación previsto en el artículo 56, los tratados se integran al ordenamiento jurídico interno y tienen fuerza obligatoria dentro del territorio nacional. De esta forma, los tratados internacionales sobre corrupción de los que el Perú forme parte serán tomados como normas autoaplicativas para interpretación de los conceptos de funcionario público (Torres, 2019, p. 19-20).

En ese sentido, el Perú se encuentra suscrito (y por lo tanto forma parte del Derecho interno) a dos tratados que resultan pertinentes al caso: La Convención Interamericana contra la Corrupción – CICC (Organización de Estados Americanos, 1996) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - UNCAC (Organización de las Naciones Unidas, 2004). Ambos tratados son herramientas fundamentales para dotar de contenido al concepto de funcionario público en sede nacional.

Por un lado, la CICC, regula en su artículo I la definición de funcionario público, la cual debe ser entendida como la persona que ejerce funciones o presta servicios para el Estado o sus entidades, sin distinción del nivel jerárquico, siendo que comprende tanto a quienes han sido elegidos mediante votación popular, como a aquellos designados o contratados por cualquier modalidad, siempre que desarrollen actividades en representación del Estado o en cumplimiento de fines públicos (OEA, 1996)

Por otro lado, la UNCAC define en su artículo 2 el concepto de funcionario público en tres supuestos: En primer lugar, a toda persona que ocupe un cargo

en cualquiera de los poderes del Estado, sin importar la forma de acceso al cargo (designación o elección), la duración del mismo, su carácter económico, o la antigüedad en el ejercicio de la función. En segundo lugar, cualquier persona que desempeñe funciones públicas, preste servicios públicos o labore en organismos o empresas del Estado, teniendo como parámetro el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado Parte. Por último, toda persona que haya sido reconocida como tal por el derecho interno del Estado Parte, permitiendo adaptar la definición conforme al marco legal respectivo de cada país. (ONU, 2004)

A partir de lo regulado por ambos tratados, se puede evidenciar la necesidad un título habilitante, el cual es un requisito formal que presupone que el denominado funcionario público debe actuar desde un cargo de representación del Estado y permita la incorporación a la Administración Pública con sujeción a esta. Asimismo, el nivel jerárquico con el que cuente el cargo concedido a dicho sujeto no es relevante a efectos de ser considerado o no como funcionario público (Montoya et al, 2016, p. 42).

En ese orden de ideas, el cargo de funcionario o servidor público se verifica, tal y como lo menciona Torres a través del título habilitante, el cual realiza la incorporación heterónoma del sujeto en la función pública, y la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público (Torres, 2019, p. 17-18). Es decir, es indispensable que el sujeto cuente con la responsabilidad/obligación de incidir o decidir en cualquiera de las etapas de la contratación pública y, por tanto, se encuentre en constante acercamiento al bien jurídico protegido (Casación N° 1687-2024/Junín, p. 5).

Ahora, luego del análisis jurídico realizado, corresponde aplicar al caso en concreto los criterios obtenidos, para concluir si es que el rol de Peschiera Rubini debe ser considerado como funcionario público o no en el marco de una contratación pública.

IV.1.3. Aplicación de propuesta de solución al caso:

Recopilando tanto la normativa internacional como los criterios nacionales previamente esbozados, se concluye que, en el caso en concreto, la Corte Suprema no ha realizado una correcta argumentación respecto a qué debe entenderse por funcionario público. Siendo así, Peschiera Rubini debió ser considerado funcionario público a efectos penales.

En el marco del delito de colusión, para ser considerado autor del referido tipo penal el sujeto activo debe ostentar la condición de funcionario o servidor público. Dicha cualidad no debe entenderse únicamente en términos formales, sino funcionales.

No obstante, tal como se desarrolló en párrafos anteriores, la doctrina penal nacional y la normativa internacional han precisado que la condición funcionario público exige el cumplimiento de dos elementos constitutivos: Por un lado, a existencia de un título habilitante que permita la incorporación heterónoma del sujeto a la función pública; y, por otro lado, la posibilidad efectiva de desempeñar esa función, es decir, que el sujeto esté en posición real de incidir o intervenir dentro de la dinámica institucional.

Sobre el primer requisito (título habilitante), debe afirmarse que es completamente factible que una persona sea incorporada de forma heterónoma a la función pública por medio de un contrato civil, siempre que ese vínculo tenga por objeto el ejercicio de una función relacionada a la actividad estatal. Según la normativa internacional consultada, los funcionarios públicos ejercen funciones o prestan servicios en nombre del Estado, incluso bajo modalidades contractuales civiles, como el caso bajo análisis.

En el caso concreto, Luis Peschiera Rubini fue contratado por PROINVERSIÓN para emitir informes jurídicos sobre aspectos clave del proceso de contratación pública, siendo que esto se puede verificar a través de los Contratos 042-2013-PROINVERSION y 007-2014-PROINVERSION. Si bien no existió un acto de nombramiento ni subordinación orgánica, sí se materializó una incorporación funcional mediante el contrato, lo cual lo insertó operativamente dentro del procedimiento administrativo estatal.

Asimismo, es importante indicar que su función se encuentra dirigida específicamente al núcleo del procedimiento de la contratación pública, lo que demuestra que el contrato no fue un vínculo comercial cualquiera, sino una vía de acceso a la función pública, la cual tenía un nivel considerable de relevancia. En consecuencia, el contrato de asesoría funcionó como un título habilitante material, en tanto permitió al imputado Peschiera Rubini desempeñar funciones en una entidad estatal, en cumplimiento de fines públicos.

El segundo requisito exige que el sujeto tenga la posibilidad efectiva de ejercer dicha función, es decir, que su rol dentro del procedimiento público sea funcional, operativo y con capacidad de incidir en las decisiones estatales. En el caso de Luis Peschiera Rubini, se evidencia con claridad que sí tuvo dicha posibilidad efectiva de actuación funcional, puesto que fue contratado específicamente por PROINVERSIÓN (a través del Estudio Jurídico “Delmar Ugarte Abogados”) en el contexto del proceso de adjudicación del proyecto “Gasoducto Sur Peruano”, y el objeto único de su encargo fue emitir un informe jurídico técnico sobre la validez del consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor de Odebrecht.

El informe emitido no solo se integró al expediente administrativo, sino que fue utilizado por los miembros del Comité Especial para apoyar la postura de descalificación del Consorcio Peruano del Sur, lo cual favoreció directamente a la empresa Odebrecht. Esta actuación muestra que el informe no fue un documento inocuo, ni un acto meramente técnico sin efectos prácticos, sino que cumplió un rol funcional dentro de una fase esencial del procedimiento estatal: la evaluación y selección de postores.

En ese sentido, Peschiera Rubini no solo fue contratado para ejercer funciones vinculadas al proceso contractual, sino que las ejerció materialmente, lo cual constituye una forma efectiva de desempeño de función pública. Tomando en cuenta esto último, se puede verificar la capacidad de Peschiera Rubini de incidir en el proceso de concertación entre un particular y el Estado, así como también afectar la integridad del proceso contractual estatal. Por lo tanto, se concluye que el rol de Peschiera Rubini cumple con el segundo componente exigido en la

calidad de funcionario público al haber colaborado técnica y jurídicamente con una decisión que, presuntamente, formó parte de un acuerdo colusorio.

En atención a lo desarrollado, se puede sostenerse que Luis Peschiera Rubini sí reúne los dos elementos exigidos para ser considerado funcionario público penalmente relevante: fue incorporado funcionalmente mediante un contrato de asesoría jurídica en un procedimiento de contratación pública (título habilitante) y ejerció efectivamente la función encomendada, con impacto directo en el desarrollo del proceso de contratación pública (posibilidad efectiva de desempeño).

Finalmente, se concluye que Peschiera Rubini si puede ser considerado funcionario público a efectos penales; y, en consecuencia, se le podría imputar una posible responsabilidad penal. Por ello, esta postura considera incorrecta la argumentación hecha por la Corte Suprema, siendo que el Tribunal Supremo no realizó una adecuada interpretación del concepto de funcionario público a efectos penales, puesto que no tomó en cuenta normativa internacional pertinente para dotar de contenido al concepto normativo de funcionario público y solo se basó en una incorrecta e insuficiente interpretación literal para realizar el respectivo análisis en el rol de Peschiera Rubini.

Luego de haber delimitado que Peschiera Rubini encaja en el rol de funcionario público, es preciso realizar un correcto análisis sobre la conducta desplegada por el referido (al ser consultor jurídico externo en el marco de una contratación pública), con el objetivo de determinar si su actuar posee responsabilidad penal o si, por el contrario, debe ser calificada como una “conducta neutral” la cual no tienen relevancia jurídica penal.

IV.2. SOBRE LA CONDUCTA NEUTRAL Y LA EMISIÓN DE INFORMES JURÍDICOS EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

En este capítulo se realizará el análisis de la relevancia penal de las llamadas “acciones neutrales”, especialmente en el contexto del ejercicio profesional de

abogados que, en apariencia, realizan actos propios de su función, como la emisión de informes jurídicos. En esa línea, se discute si tales actos, cuando contribuyen funcionalmente a un delito como la colusión, deben considerarse penalmente relevantes.

A lo largo del capítulo se explorarán posturas doctrinales sobre la imputación penal en casos de actos profesionalmente neutros, con especial énfasis en el rol del abogado, pero solo se tomará como punto de partida las posturas asumidas por Roxin y Jakobs. Posteriormente, se analiza la Casación 525-2022/Nacional, donde se evidenciará que la Corte Suprema adoptó una postura mixta, reconociendo la neutralidad de la conducta del abogado Peschiera Rubini por no haberse desviado de su rol institucional. Finalmente, se propone una posición intermedia entre las tesis subjetivas y objetivas, sosteniendo que la responsabilidad penal del abogado depende tanto de su conocimiento y voluntad de colaborar con el delito, como de su conducta profesional, a razón de si violó los estándares normativos propios de su función.

Previamente a realizar el análisis del tema central en el segundo problema jurídico, resulta pertinente esbozar algunos elementos importantes del tipo penal de colusión desleal, puesto que ello otorgará un mejor panorama para entender las conductas relevantes o no en el caso en concreto.

IV.2.1. Breves comentarios al delito de colusión

El tipo penal de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal peruano, se encuentra dentro de los delitos contra la Administración Pública. Se trata de un delito de encuentro o participación necesaria, que requiere en sí mismo la participación de dos sujetos: el funcionario o servidor público y el tercero interesado. En otras palabras, debe verificarse la concertación ilegítima entre los sujetos referidos, por lo que es indispensable la bilateralidad en este tipo penal.

Por un lado, la colusión simple se configura cuando un funcionario o servidor público interviene, directa o indirectamente a razón de su cargo, y realiza una **concertación** con un interesado para defraudar al Estado en cualquier etapa de

las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Es imprescindible aclarar que dicha concertación referida debe ser de naturaleza clandestina y defraudatoria (Montoya et al, 2016, p. 139), puesto que no se castiga cualquier tipo de concertación, sino la que perjudica económicamente al Estado (Recurso de Nulidad N° 1126-2017/Ancash).

Por otro lado, la colusión agravada se consume cuando se identifiquen todos los elementos de la colusión simple con el requisito adicional de que se perjudica patrimonialmente al Estado a razón de la concertación efectuada (Casación N° 661-2016/Piura, p. 12-13). Además, es menester adicionar que dichas conductas deben realizarse en el marco de una contratación pública, la cual engloba a todos los contratos administrativos y civiles en los que el Estado sea una de las partes.

La Casación N° 661-2016/Piura ha establecido expresamente que el delito de colusión simple se configura con la identificación con la concurrencia de dos elementos típicos: 1) El pacto o concertación ilícito llevado a cabo entre el funcionario o servidor público y el tercero interesado y 2) Debido a dicha concertación, se crea un peligro potencial para el patrimonio del Estado. En ese sentido, el tipo penal de colusión simple es un delito de peligro abstracto, ya que el solo pacto y puesta en peligro del patrimonio del Estado consume el delito, mientras que la colusión agravada debe ser considerada como un delito de peligro concreto, en tanto exige una conducta extra que es la afectación efectiva al patrimonio del Estado a razón de la concertación realizada (Chanjan et al, 2022, p. 89).

Luego de haber realizado el marco teórico de algunos aspectos necesarios respecto al delito de colusión, corresponde analizar el segundo problema jurídico en la Casación 525-2022/Nacional y, subsecuentemente, obtener las respectivas soluciones.

IV.2.2. El concepto de “conducta neutral” como criterio de exclusión de responsabilidad penal:

Como punto de partida, resulta adecuado mencionar que la responsabilidad penal del partícipe en un hecho delictivo ha sido objeto de profundos debates doctrinales, especialmente cuando su aporte al delito se expresa mediante las llamadas “acciones neutrales”, muchas de ellas insertas en contextos profesionales ordinarios como la abogacía. En este marco, la teoría de la imputación objetiva y la prohibición de regreso han desempeñado un papel crucial en la delimitación de la punibilidad.

Al respecto, la imputación objetiva solo puede ser atribuida ante un resultado típico de quien ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado o ha incrementado un riesgo jurídicamente aprobado que se ha consumado en un resultado lesivo (Feijoo, 2000, p. 51). Sin embargo, Busato, citando a Jakobs, postula que se exceptúa la atribución de responsabilidad penal, desde el plano de la imputación objetiva, cuando el sujeto ha realizado una conducta habitual o socialmente aceptada. Para ello, se aplica el principio de prohibición de regreso, el cual exime de responsabilidad penal a la persona que actuó conforme a su función social, aun cuando su conducta facilitara accidentalmente la comisión de un delito cometido por un tercero (Busato, 2013, p. 8).

Respecto a la imputación objetiva, hay diversas posturas doctrinales sobre la determinación de cuándo un acto debe ser pasible de responsabilidad penal o no: desde las teorías subjetivistas, que ponen el énfasis en el tipo de dolo que se verifique en el actuar del sujeto, hasta aquellas que apelan a criterios objetivos, como la adecuación social o profesional. En dicho escenario, aparece la propuesta de Hassemer sobre la “adecuación profesional”, según la cual no puede haber complicidad punible cuando el sujeto actúa dentro de los estándares y reglas propios de su actividad profesional, salvo que su conducta se desvíe ostensiblemente de ellos para adaptarse a los fines delictivos de un tercero (Robles Planas, 2003, p. 43–45). A pesar de ello, la doctrina dominante se bifurca en dos grandes posturas: Jakobs y Roxin.

Por su parte, Jakobs sostiene una teoría objetiva que radica en que solo debe imputarse penalmente a quien haya quebrantado su rol social, es decir, a quien haya actuado de forma contraria a las expectativas normativas de su función (Ambos, 2001, p. 200-201). Desde esta perspectiva, el abogado que actúa dentro de los límites de su rol profesional no puede ser considerado cómplice, salvo que se pruebe que su conducta desbordó dichos límites con conocimiento del contexto delictivo (Robles Planas, 2003, p. 47-48).

Asimismo, tomando como cimientos la postura de Jakobs, aparece “La Teoría de la Relación delictiva de sentido suficientemente clara” propuesta por Stratenwerth. A través de dicha teoría, se precisa que no basta con que una acción facilite de forma causal un delito ni que quien la ejecuta tenga simplemente conocimiento de lo que ocurrirá. Lo verdaderamente determinante es si esa acción, en su contexto concreto tiene un vínculo evidente o un “sentido delictivo” con el hecho principal como una parte funcional y necesaria del delito creando un riesgo penalmente relevante (Wohlens, 1999, p. 138-139).

Para distinguir dicho vínculo evidente con la conducta delictiva, se requiere realizar un análisis valorativo del contexto, teniendo en cuenta las características del servicio o de la conducta que será desplegada, así como la intención del cómplice en dicha situación en concreto (Busato, 2013, p. 26) Al respecto, es importante concluir que los actos neutrales deben determinarse como tal realizando un análisis del caso concreto y no debe atribuirse reglas generales, ya que esto último resultaría en un listado muy limitado y resultaría en supuestos de inseguridad jurídica al determinarse criterios genéricos (Ambos, 2001, p. 205)

Frente a la propuesta de Jakobs, Roxin elaboró una propuesta alternativa subjetiva basada en el dolo del partícipe respecto del hecho principal: por un lado, si se determina un dolo directo (conocimiento y voluntad de colaborar) en contribución material del delito, la conducta del sujeto será entendida como complicidad punible. Por otro lado, si se verifica un dolo eventual (se tiene en cuenta la posibilidad del aporte) en principio no se imputará responsabilidad penal, a excepción de la “propensión delictiva reconocible” (Ambos, 2001, p. 203).

Según Roxin, en casos donde el aporte del tercero es en apariencia neutral, la clave está en determinar si hubo dolo directo respecto del hecho principal. Si el sujeto conoce y quiere contribuir al delito, su conducta ya no es neutral y deviene en complicidad punible. En cambio, si solo actúa con dolo eventual, en principio no se le imputará responsabilidad penal, salvo que exista una propensión delictiva reconocible en el contexto de la intervención.

Luego de todo el desarrollo doctrinario, corresponde identificar cuál ha sido la postura asumida por la Corte Suprema en la Casación 525-2022/Nacional para, posteriormente, realizar la argumentación de la propuesta que se busca arribar en el informe y distinguirlo de lo esbozado por el Tribunal Supremo.

IV.2.3. Postura asumida por la Corte Suprema a través de la Casación 525-2022/Nacional

Ahora, es importante partir mencionando que en el Recurso de Casación N.º 525-2022/Nacional, la Corte Suprema aparentemente adopta una posición dogmática híbrida, puesto que se aplicó aspectos de la doctrina expuesta por Jakobs.

Desde el enfoque propuesto por Jakobs, la Corte precisa que los abogados pueden ser penalmente responsables si utilizan su rol institucional para facilitar delitos. Asimismo, la Casación señaló que Peschiera Rubini "se adecuó a su rol de abogado" y que su opinión "no es vinculante", por lo que el Tribunal Supremo aplicó directamente la lógica de Jakobs, puesto que se centra en argumentar que la conducta de Peschiera Rubini se mantiene dentro de los parámetros esperados de su profesión y, por lo tanto, no genera responsabilidad penal, independientemente de la intención o del uso que otros pudieran darle a esa opinión.

Teniendo en cuenta dicho criterio, al aplicar estos elementos al caso concreto de Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini, la Corte termina privilegiando la postura adoptada por Jakobs. Por un lado, es importante destacar que la Corte empieza argumentando que existe la posibilidad de imputación penal a

profesionales como los abogados cuando su intervención trasciende los límites de su rol institucional. A partir de ello, es indispensable precisar que la Corte centra su razonamiento en los criterios esbozados por la teoría de Jakobs.

Así, la Sala Penal se detiene extensamente en determinar la posición funcional que ocupaba Peschiera Rubini dentro de la estructura estatal, concluyendo que, al tratarse de un asesor externo contratado por PROINVERSIÓN mediante un contrato de prestación de servicios civiles, no ostentaba la condición de funcionario público ni estaba investido de funciones públicas propias de la Administración.

A partir de este análisis, la Corte califica la conducta de Peschiera Rubini como una "conducta neutral", entendida como aquella actuación que, pese a producir ciertos efectos en el desarrollo del procedimiento administrativo, se enmarca dentro de las labores técnicas propias del ejercicio profesional del abogado y no puede ser considerada en sí misma como un acto típico de cooperación en el delito de colusión.

Partiendo de dicho razonamiento, la Corte enfatiza: "La emisión de un informe jurídico, sea cual sea su sentido, expresa la opinión de un experto sobre el tema o materia que le solicite un cliente. [...] La conducta del investigado PESCHIERA RUBINI se califica como una conducta neutral, no es un acto típico de delito alguno. Nada de lo fácticamente señalado por la Fiscalía constituye, desde una perspectiva alternativa, un acto de cooperación". Por todo ello, la Corte concluye declarando fundada la excepción de improcedencia de acción y sobreseyendo definitivamente el proceso penal seguido contra Peschiera Rubini.

Finalmente, si bien es cierto que la Corte menciona aspectos como el impacto de la intervención de Peschiera, la argumentación no se centra en la voluntad subjetiva del asesor de adherirse al plan delictivo, sino en haber actuado acorde a las normas institucionales de su rol social.

Después de haber analizado la postura tomada por la Corte Suprema, es pertinente desarrollar la propuesta jurídica particular que se pretende aplicar al caso en concreto.

IV.2.4. Toma de postura: hacia una aproximación idónea

La imputación penal de abogados que intervienen en esquemas delictivos, como en el caso de la colusión agravada, exige un análisis particularmente cuidadoso, debido a la naturaleza ambivalente de la actividad profesional del abogado: asesoramiento y defensa garantizada constitucionalmente, el cual puede ser instrumentalizados para facilitar la consumación de delitos. A partir de dicho escenario complejo, se considera viable realizar una propuesta distinta que posee elementos de las teorías de Claus Roxin y Günther Jakobs, siguiendo la teoría propuesta por Busato.

Desde la perspectiva de Roxin, la clave radica en determinar si el abogado realizó un aporte funcional doloso al hecho delictivo, esto es, si su asesoramiento técnico fue objetivamente relevante para la ejecución del delito y si existió conocimiento y voluntad de colaborar en el plan ilícito. En este sentido, Ivó Coca Vila destaca que la neutralidad del abogado desaparece cuando el asesoramiento tiene como fin llevar a cabo actos de blanqueo o cuando el abogado sabe que el cliente demanda su asesoría para realizar esas actividades (Coca Vila, 2013, p. 9-10). Aunque este análisis fue formulado originalmente en el marco del blanqueo de capitales, su lógica es plenamente aplicable a esquemas de corrupción (siendo el caso en concreto la comisión del delito de colusión desleal).

Por su parte, la teoría funcionalista de Jakobs centra la imputación en la desnaturalización del rol institucional del abogado. Desde esta óptica, el abogado no responde penalmente solo por adherirse subjetivamente al plan ilícito, sino cuando, a través de su intervención, rompe el marco normativo de lealtad al orden jurídico que caracteriza su función profesional. Al respecto, Sánchez-Vera señala que el abogado no puede convertirse en un mero instrumento de la voluntad de su cliente, puesto que, si se desnaturaliza su rol institucional, su intervención es jurídicamente reprochable (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2006, p. 237).

Partiendo del razonamiento previo, la función del abogado no es neutral desde el punto de vista normativo, ya que su labor está orientada a la correcta

aplicación del derecho, no a su manipulación consciente para fines ilícitos. Por lo tanto, desde una postura menos restrictiva, no es correcto centrarse solamente en si el abogado conocía los detalles del acuerdo colusorio, sino si, a través de su asesoría, permitió que un acto contrario a derecho adquiriera apariencia de legalidad o, en otras palabras, a través de sus actuaciones se puede verificar una inequívoca adhesión al plan delictivo, siendo que no se busca la aplicación de un dolo en sentido tradicional, sino que se busca la aplicación de un dolo en sentido “normativo” (Busato, 2013, p. 19-20).

Partiendo de esta última idea, es importante mencionar que en el caso del rol de un abogado que emite un informe jurídico en el marco de una contratación pública sospechosa, el estudio sobre se torna complejo porque dicha acción puede parecer una conducta neutral propia del ejercicio profesional. No obstante, la neutralidad de la conducta debe ser evaluada a la luz de su contexto, de su contenido técnico-jurídico y de su funcionalidad dentro del supuesto plan delictivo (Wohlers, 1999, p. 135). Desde esta perspectiva, debe señalarse que la elaboración de un informe legal, cuando sirve para justificar o viabilizar una decisión administrativa contraria al ordenamiento jurídico, puede perder su carácter neutral y convertirse en un acto de cooperación penalmente relevante.

Asimismo, Busato precisa que se requiere una nueva perspectiva sobre la imputación objetiva (Busato, 2013, p. 19). Esto último adopta sentido en contextos donde las conductas profesionalmente habituales, insertas en contextos altamente regulados, resultan tener apariencias inocuas, pero podrían contribuir a la comisión de delitos cuando se conocen las intenciones del autor principal (Robles Planas, 2003, p. 18). No obstante, la sanción impuesta por complicidad en estos casos no debe fundamentarse únicamente en el conocimiento subjetivo, sino en la existencia de una conducta objetivamente relevante que se aparte del estándar profesional y se solidarice con el injusto ajeno (Robles Planas, 2003, p. 25–26).

Aplicando este marco al caso de Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini, no basta con verificar que su intervención consistió formalmente en la emisión de un informe jurídico dentro de un contrato de asesoría profesional. Es necesario analizar si, al emitir dicho informe, el abogado actuó dentro de los márgenes

éticos y jurídicos que delimitan su rol profesional o si, por el contrario, adecuó su actuar profesional a través de actos dirigidos definitivamente para dotar de legalidad aparente a un acuerdo colusorio ilícito, siendo que solo a través de su conocimiento técnico pudo lograr dicho cometido.

Por tanto, esta aproximación intermedia permite sostener que la eventual responsabilidad penal del abogado depende de su aporte funcional al hecho delictivo (pero desde la perspectiva de un dolo normativo que concluya una indubitable adhesión al plan delictivo, y no tanto desde una perspectiva puramente subjetiva) y la infracción de los deberes institucionales que caracterizan su actividad profesional. Ahora, debe precisarse que hasta el momento no se cuenta con material probatorio idóneo que indique que Peschiera actuó fuera de los márgenes ético y profesionales de lo que socialmente se entiende como la labor del abogado.

Asimismo, no se cuentan con datos de que su informe haya sido vinculante (en tanto solo fue un apoyo más a la postura que deseaban los funcionarios que conformaban el pacto colusorio), así como tampoco hay indicios que indiquen que el referido asesor contaba con conocimiento del acuerdo colusorio del cual era parte la pareja presidencial (Humala y Heredia) y representantes de Odebrecht.

En conclusión, si bien se llega a la misma conclusión arribada por la Corte, el razonamiento esbozado es distinto estructurando una postura híbrida de los criterios de Roxin y Jakobs. A partir de dicho enfoque, se determinó que Peschiera Rubini, al no contar con conocimiento del pacto colusorio (así como tampoco voluntad de actuar en este) ni tuvo una intervención funcional; en consecuencia, actuó dentro de los márgenes socialmente esperables de la labor de abogado. Por lo tanto, no posee responsabilidad penal en el caso.

Seguidamente, luego de haber realizado el análisis sobre los aspectos sustantivos en el caso y sus respectivas propuestas de solución consideradas idóneas, corresponde ahora analizar el aspecto procesal del caso, puesto que hay aspectos relevantes sobre su aplicación en el caso.

IV.3. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN:

En este capítulo final se realizará un análisis del aspecto procesal del caso. En ese sentido, se realizará una aproximación a la figura de la excepción de improcedencia de acción y se determinará los alcances de dicho medio de defensa en procesal, todo ello a efectos de delimitar si su aplicación en el caso *Peschiera* fue la vía adecuada teniendo en cuenta las características propias de la investigación.

IV.3.1. La excepción de improcedencia de acción:

Aunque no sea materia de debate en la casación, un problema jurídico a evaluar es la relevancia de utilizar la improcedencia de acción en la Casación 525-2022/Nacional, ya que particularmente llama la atención la forma en que fue empleada en este caso para excluir la responsabilidad penal *Peschiera Rubini*.

La excepción de improcedencia de acción es un medio de defensa en el proceso penal que se encuentra regulado en el artículo 6.1 del Código Procesal Penal, el cual procede cuando se verifica que el hecho materia de investigación no es un delito o no es justiciable penalmente. Respecto a ello, el Recurso de Casación N° 468-2019/Lima precisa que esta figura es una herramienta para evitar la prosecución de un proceso carente de objeto, ya sea porque los hechos imputados no son típicos, porque se encuentran justificados, porque concurre una causa personal de exclusión de pena o por la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad (2021, p. 6).

Asimismo, la excepción de improcedencia de acción se encarga de preservar la correcta aplicación del principio de legalidad y culpabilidad en el proceso penal. Respecto al primero, precisa que una persona solo pueda ser procesada o condenada por hechos previamente tipificados como delito, y que no se le atribuya responsabilidad penal por conductas que no se ajusten íntegramente a la descripción típica prevista en la ley penal. Sobre el segundo principio, se busca verificar que la conducta típica imputada haya sido efectivamente realizada por

el investigado, y que se concluya la comisión u omisión con dolo o culpa (Reyna, 2022, p. 376).

Con fines pertinentes al caso, corresponde analizar uno de los presupuestos que habilita la procedibilidad de la acción de improcedencia de acción; esto es, cuando el hecho no constituye un delito.

Cuando un proceso penal ha superado la etapa preliminar y se ha dispuesto la formalización de la investigación preparatoria, ello supone que el Ministerio Público ha reunido elementos de convicción que le otorgan el umbral mínimo de sospecha que justifique la continuación del proceso penal en su fase preparatoria.

La Casación N° 388-2012-Ucayali ha enfatizado que el supuesto mencionado se encarga de realizar un juicio jurídico de tipicidad sobre la imputación concluida por el Ministerio Público, basándose en la valoración realizada por este a través de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o en la Acusación (2013, fj. 3.1).

En esa misma línea, cuando se trata del supuesto de “no constituye delito” aquel abarca tanto los casos de atipicidad absoluta o relativa, así como los casos donde se verifique una causal de justificación (Recurso de Nulidad N° 1117-2010-Piura, 2011, fj. 3.1). Respecto a la “atipicidad”, es importante mencionar que esta puede ser identificada en dos supuestos: Por un lado, se hablará de “atipicidad absoluta” cuando la conducta atribuida no se encuentra tipificada como delito en la normativa penal vigente; es decir, se determina la ausencia absoluta del tipo. Por otro lado, se hablará de “atipicidad relativa” cuando la conducta imputada en Formalización de la investigación o en la Acusación no se corresponde con el supuesto de hecho establecido en la normativa penal vigente, puesto que carece de alguno de los elementos exigidos en el tipo penal; esto es, se verifica la ausencia de adecuación indirecta. (Casación N° 581-2015-Piura, 2016, fj. 8.4).

En este contexto, es fundamental delimitar con claridad el alcance de la excepción de improcedencia de acción, evitando su utilización prematura que pueda obstaculizar el desarrollo de investigaciones penales, ya que dicha figura

debe ser aplicada con cautela, garantizando que no se cierre la posibilidad de una adecuada actuación y valoración probatoria en el juicio oral, lo que es esencial para asegurar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Partiendo de dicha prerrogativa, es importante mencionar que, para deducir válidamente una excepción de improcedencia de acción, se debe partir estrictamente de los hechos descritos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria. El juez, al evaluar esta excepción, debe ceñirse únicamente a esa narrativa fáctica y no a elementos externos o no integrados en la disposición respectiva (Centro de Investigaciones Judiciales, 2017). En tal sentido, no está permitido realizar una inferencia probatoria; es decir, una valoración probatoria para determinar cómo ocurrieron los hechos y atribuirles una calificación jurídica o no (Casación N° 407-2015-Tacna, 2016, p. fj. 6).

Para que la excepción de improcedencia de acción sea válida, no basta con que se cumplan los requisitos de fondo (la conducta no constituya delito), sino que también debe cumplirse un requisito procesal: que dicha falta de tipicidad sea evidente. Esto significa que no debe requerirse actividad probatoria ni juicio para llegar a esa conclusión (Arana, 2014, p. 151). Bajo dicho razonamiento, dicha excepción se basa exclusivamente en cuestiones de derecho, sin necesidad de analizar hechos o pruebas, ya que su finalidad es resolver si la imputación es jurídicamente posible desde un inicio, sin esperar a la realización del juicio oral.

Por tanto, si una excepción de improcedencia de acción es aplicada para que se traten cuestiones que requieren investigación o valoración de pruebas, no correspondería estimar dicho medio de defensa, ya que actividad corresponde a la competencia del juez del juicio oral, no del juez de la investigación preparatoria (Arana, 2014, p. 153). Por tanto, no resulta jurídicamente adecuado que una excepción de improcedencia de acción se declare fundada ante la ausencia de suficiente material probatorio tomando en cuenta que solo discute aspectos de puro derecho, basándose únicamente en el examen normativo del hecho imputado y su posible encaje legal, sin que sea necesario entrar a valorar pruebas o realizar actos de investigación adicionales.

Ahora, tomando en cuenta todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial pertinente sobre la excepción de improcedencia de acción, corresponde realizar un análisis sobre su aplicación en la Casación 525-2022/Nacional.

IV.3.2. Toma de postura: Crítica de aplicación de excepción de improcedencia de acción

La Casación 525-2022/Nacional se desarrolla a raíz de la interposición de la excepción de improcedencia de acción, la cual fue admitida. Partiendo de dicha idea, su utilización en este proceso penal plantea un cuestionamiento relevante, dado que fue empleada para excluir de responsabilidad penal a Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini sin que se haya superado adecuadamente el estándar requerido para aplicar válidamente esta excepción.

La Corte Suprema afirmó que Peschiera no podía ser autor del delito de colusión agravada porque no tenía la condición de funcionario público, y que su actuación constituía una conducta neutral, es decir, un acto lícito y típico de su rol profesional. Dicho análisis, aunque la Corte lo presenta como jurídico, en realidad implica una valoración sobre los hechos y el contexto en que actuó, lo cual excede el marco de una excepción de improcedencia de acción.

La argumentación desbordó el ámbito jurídico de la excepción de improcedencia de acción, ya que se adentra en valoraciones sobre el contenido y sentido de sus actos, lo cual solo puede determinarse en sede de juicio oral, mediante análisis probatorio y contradicción de partes.

El concepto de “conductas neutrales” no puede ser resuelto anticipadamente como una cuestión de puro derecho, pues requiere valorar el contexto de los hechos, la intención del agente, su grado de conocimiento de la ilicitud y su relación funcional con el hecho delictivo, elementos que son objeto del juicio y no de una excepción procesal previa. En ese sentido, para sostener que Peschiera actuó dentro del marco de una conducta neutral, la Corte debió interpretar los contratos, contextualizar el informe, valorar su efecto en la contratación y determinar si fue o no determinante en el pacto colusorio.

La improcedencia de acción no puede usarse para anticipar valoraciones probatorias ni decidir controversias que exigen debate fáctico. Entonces, incluso si se alegara que su conducta fue neutral, esto requeriría establecer hechos con prueba, no solo analizar normas.

Ahora, si bien se concluyó que Peschiera Rubini no contaba con el rol de funcionario público, no le eximia de que sea pasible de contar con responsabilidad penal puesto que podía ser considerado partícipe del delito de colusión. Sin embargo, debe mencionarse que el hecho de que el juzgado haya afirmado que Peschiera “no intervino en actos de concertación” tampoco debió ser materia de evaluación en esta excepción, pues ello implica una conclusión sobre su participación delictiva basada en una apreciación de hechos, no en un análisis de tipicidad abstracta.

En dicho contexto, Corte Suprema desnaturalizó la excepción de improcedencia de acción al estimarla en favor de Peschiera Rubini, ya que lo hizo sobre la base de valoraciones fácticas disfrazadas de cuestiones jurídicas, cuando en realidad correspondía que esas discusiones fueran ventiladas en el juicio oral. Por tanto, la excepción fue mal aplicada y se usó indebidamente para cerrar el proceso anticipadamente.

A modo de cierre, si bien debe evitarse el uso apresurado de la excepción de improcedencia de acción para cerrar investigaciones aún en desarrollo, también corresponde exigir a la Fiscalía un trabajo técnico sólido en la etapa preliminar, para que los procesos que llegan a la etapa de investigación formalizada no se encuentren vacíos de contenido.

V. CONCLUSIONES:

Este informe tuvo como finalidad analizar la responsabilidad penal del abogado Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini en el contexto del delito de colusión desleal, el cual fue analizado por la Corte Suprema en la Casación 525-2022/Nacional. Luego de examinar la sentencia mencionada, se identificaron tres problemas jurídicos principales: la calificación del asesor jurídico externo

como funcionario público a efectos penales, la relevancia penal de su conducta como una posible “acción neutral” en el ejercicio de su función profesional, y la correcta aplicación de la excepción de improcedencia de acción.

En ese sentido, en el presente informe se concluye que Luis Peschiera Rubini sí es considerado funcionario público a efectos penales, ya que fue incorporado funcionalmente a la Administración Pública mediante un contrato de asesoría jurídica para desempeñarse en un proceso de contratación estatal, cumpliendo con el requisito del título habilitante; y, además, tuvo posibilidad efectiva de ejercer dicha función, al emitir un informe jurídico que fue utilizado por el Comité de PROINVERSIÓN para sustentar una decisión determinante dentro del procedimiento. Por tanto, la argumentación realizada en la Casación N.º 525-2022/Nacional resulta errónea, pues parte de una interpretación formalista e incompleta que omite considerar la doctrina nacional, así como los tratados internacionales adoptados por el Perú para un adecuado análisis del caso.

Respecto a la relevancia penal de su conducta, se analizó la relevancia penal de las denominadas “acciones neutrales” dentro del ejercicio profesional de los abogados, enfocándose en el caso de informes jurídicos emitidos en procesos de contratación pública. A través del estudio de la teoría de la imputación objetiva, se examinaron las posturas de Jakobs y Roxin para determinar cuándo una conducta aparentemente neutral puede ser penalmente relevante. En ese sentido, se evidenció que la Casación 525-2022/Nacional, adoptó una postura acorde a lo expuesto por Jakobs. No obstante, se planteó una propuesta distinta, la cual toma elementos de las teorías expuestas por Roxin y Jakobs, teniendo como base criterios funcionales y subjetivos, pero se busca verificar un aporte doloso en sentido normativo y que este sea objetivamente relevante para la consumación del delito.

Si bien Luis Peschiera Rubini intervino en un contexto relevante mediante la emisión de un informe jurídico, no existen elementos suficientes que acrediten que su actuación desbordó los márgenes ético-profesionales propios del ejercicio de la abogacía ni que su actuar refleje una adhesión al plan delictivo (es decir, que se encuentre dirigido a la consumación del acuerdo colusorio). Si bien

la conclusión arribada es la misma a la que llegó la Corte; sin embargo, el razonamiento dista de lo argumentado por el Tribunal Supremo.

En cuanto a la excepción de improcedencia de acción, si bien es una herramienta válida para descartar imputaciones manifiestamente atípicas, su aplicación en este caso fue cuestionable. La Corte Suprema realizó una evaluación que implicó valoraciones fácticas propias del juicio oral, excediendo los límites normativos de dicha excepción. Por lo tanto, se evidenció un uso prematuro de una figura procesal que debe basarse únicamente en un análisis jurídico abstracto del hecho imputado, sin necesidad de prueba o juicio de contexto.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ambos, K. (2001). La Complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, (20). P. 195-206.
2. Arana Morales, William (2014) De la excepción de naturaleza de acción a la excepción de improcedencia de acción en el proceso penal peruano. En A. Claros Granados y G. Castañeda Quiroz (Coord.), *Nuevo Código Procesal Penal Comentado* (pp. 138-153). Instituto Legales.
3. Busato, P. (2013). El Sentido de la Complicidad. Una visión crítica de las llamadas Acciones Neutrales como grupo de casos de la Teoría de la Imputación Objetiva. *Revista General de Derecho penal*, (20).
4. Caro, J (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*. 1, pp. 49-69. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf
5. Centro de Investigaciones Judiciales – CIJ. Boletín N° 7-2017/ Excepción de improcedencia de acción en el delito de encubrimiento real y feminicidio – Caso Edda Guerrero Neira. Casación 581-2015/Piura.
6. Chanjan Documet, R., Espinoza Marmolejo, O., Avendaño Cotrina, M. L., Santa María Alcázar, F., Choque Moya, A., Gutiérrez Hinojosa, L. S., & Vega Malpartida, A. D. (2022). Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial. *IUS ET VERITAS*, (65), 83-101. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.006>
7. Coca-Vila, I. (2013). El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis?: Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4).
8. Feijóo Sánchez, B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias

- dogmáticas. *derecho Penal Y Criminología*, 21(69), 37–76. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1113>
9. Montoya, Y. (Coord.). (2016). *Manual de delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>
 10. Pariona Arana, R. B. (2024). El concepto de funcionario público en el derecho penal. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 16(22), 293-317. <https://doi.org/10.35292/ropj.v16i22.825>
 11. Rojas, F. (2000). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
 12. Reátegui Sánchez, James (2015) *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Juristas Editores
 13. Reyna Alfaro, Luis (2022) *Derecho Procesal Penal. Un estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
 14. Robles, R. (2003) *Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgo penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.
 15. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2005). *Límites éticos en la asunción de casos por parte del abogado penalista: sobre qué y a quién se puede defender*. En *Cuadernos de Política Criminal* (pp. 229-247).
 16. Torres, D. (2019). El concepto de funcionario público y la Casación 634-2015. *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*. LIMA, pp. 14-22. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/COMENTARIO2.pdf>
 17. Wohlers, W. (1999). *Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?*. Suiza
 18. Código Penal Peruano 1991
 19. Código Procesal Penal Peruano 2004
 20. Constitución Política del Perú 1997
 21. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Permanente. Casación N° 661-2016/Piura
 22. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N° 1126-2017/Ancash
 23. Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 1687-2024/Junín. Sala Penal Permanente. Sentencia de fecha 06 de noviembre del 2024 <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7304220/6240993-casacion-1687-2024.pdf>

24. Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 388-2012-Ucayali. Sala Penal Permanente. Sentencia de fecha 12 de septiembre del 2013. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/Casacion-388-2012-Ucayali-LPDerecho.pdf>
25. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad N° 1117-2010-Piura. Sala Penal Permanente. Sentencia de fecha 03 de marzo del 2011
26. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad N° 59-2018/Lima Norte. Sala Penal Transitoria. Sentencia de fecha 24 de octubre del 2018. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Recurso-Nulidad-59-2018-Lima-Este-LPDerecho.pdf>
27. Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 581-2015-Piura. Sala Penal Permanente. Sentencia de fecha 05 de octubre del 2016. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2016/10/Casaci%C3%B3n-581-2015-Piura-Excepci%C3%B3n-de-improcedencia-de-acci%C3%B3n-caso-Edita-Gerrero.pdf>
28. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Pernal Permanente. Recurso de Casación N° 468-2019/Lima.
29. Corte Suprema de Justicia de la República. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b25acb004a1e45aaa271ea91cb0ca5a5/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+2-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b25acb004a1e45aaa271ea91cb0ca5a5>
30. Organización de las Naciones Unidas (2004) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
31. Organización de Estados Americanos (1996). Convención Interamericana contra la corrupción. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_b-58_contra_corrupcion.pdf



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 525-2022/NACIONAL
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título. Excepción de improcedencia de acción. Delito de colusión.

Sumilla 1. Este Tribunal Supremo tiene una consolidada doctrina jurisprudencial respecto a la excepción de improcedencia de acción. Esta excepción importa, siempre, un medio de defensa formal y, propiamente, cuestiona un presupuesto procesal vinculado a la causa: el carácter de injusto típico y punible del hecho atribuido por la Fiscalía. 2. En estos casos es de rigor tener presente la comprensión que se requiere para determinar si una persona realizó una conducta descrita en un tipo delictivo concreto –en sus elementos objetivos y subjetivos–. Desde el tipo objetivo es de tener presente que la determinación del sentido de la conducta legalmente prevista exige criterios valorativos, esto es, analizar si el comportamiento del agente despliega un riesgo suficientemente relevante según la previsión o exigencia del tipo –a lo que se agrega, en los tipos de resultado, que dicho riesgo se realice en el resultado–. 3. El encausado PESCHIERA RUBINA no es funcionario público y, por tanto, no puede ser autor del delito de colusión desleal. El asesor, en estricto, por naturaleza no es funcionario público, al carecer de una titulación o investidura al respecto; que su marco de actuación, luego de su contratación, se halla claramente delimitado al no estarle facultado tomar decisiones u ordenar, ni poseer la normal capacidad de disposición de la que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos; que distinto es el caso, desde luego, de los profesionales o expertos nombrados o designados con esa finalidad e integran el organigrama o estructura institucional. 4. La emisión de un informe jurídico, sea cual sea su sentido, expresa la opinión de un experto sobre el tema o materia que le solicite un cliente. En principio, como ya se anotó, la tipicidad de la conducta requiere que ésta realice un riesgo relevante en el sentido del tipo delictivo, penalmente prohibido. Una opinión profesional no es vinculante y corresponde a quien lo solicita decidir lo que corresponda. La conducta del investigado PESCHIERA RUBINI se califica como una conducta neutral, no es un acto típico de delito alguno. Nada de lo fácticamente señalado por la Fiscalía constituye, desde una perspectiva alternativa, un acto de cooperación.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, seis de octubre 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 el encausado LUIS ARNALDO NAPOLEÓN PESCHIERA RUBINI contra el auto de vista de fojas sesenta y ocho, de seis de agosto de dos mil veintiuno, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veinte, de treinta de marzo de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al

respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de colusión agravada en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el Equipo Especial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios mediante la Disposición setenta y ocho adjunta, de fojas ciento catorce vuelta del cuaderno formado en esta Sala Suprema, de veintisiete de febrero de dos mil veinte, formalizó la investigación preparatoria contra la investigada Nadine Heredia Alarcón y otros, entre ellos el imputado recurrente LUIS ARNALDO NAPOLEÓN PESCHIERA RUBINI, por delitos de colusión agravada y otros en agravio del Estado.

∞ Los hechos objeto de investigación se relacionan con la presunta existencia de un pacto colusorio y una serie de irregularidades en la tramitación de las concesiones denominadas: “Concesión para Proyecto Gasoducto Andino del Sur” y “Concesión Mejoramiento de la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gaseoducto Sur Peruano”.

∞ La imputación concreta contra LUIS ARNALDO NAPOLEÓN PESCHIERA RUBINI, a título de autor por delito de colusión agravada (ex artículo 384, segundo párrafo, del Código Penal –en adelante, CP–, consiste en que aprovechando su condición de abogado del Estudio jurídico “Delmar Ugarte Abogados” y asesor legal del Comité de Pro Seguridad Energética, Dirección Ejecutiva y jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, habría formado parte del pacto colusorio, pues intervino directamente en perjuicio del patrimonio del Estado al dirigir su conducta conforme a lo ilícitamente acordado por la pareja presidencial –Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón– y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht.

∞ El investigado PESCHIERA RUBINI elaboró y participó en la coordinación del informe jurídico titulado “Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de un postor precalificado” de veintiocho de junio de dos mil catorce, para respaldar la posición de los miembros del Comité de Pro Seguridad Energética de PROINVERSIÓN de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor del Grupo Empresarial Odebrecht.

∞ La Fiscalía atribuyó al imputado PESCHIERA RUBINI, en su condición de servidor público –así se le calificó–, que integró el Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” como abogado del Estudio “Delmar Ugarte Abogados”, firma contratada por PROINVERSIÓN mediante los contratos 042-2013-PROINVERSION, de veinticuatro de diciembre de dos mil trece, y 007-2014-PROINVERSION, de

veintiséis de marzo de dos mil catorce. Entendió la Fiscalía que el investigado PESCHIERA RUBINI se insertó en la estructura de PROINVERSIÓN como asesor, pues brindó servicios de asesoría y emitió opiniones a solicitud de los funcionarios públicos autorizados en los términos de referencia, siempre subordinado al Comité de Pro Seguridad Energética, a la Dirección Ejecutiva y al jefe del Proyecto. Afirmó la Fiscalía que la opinión jurídica del investigado PESCHIERA RUBINI de veintiocho de junio de dos mil catorce ocasionó perjuicio patrimonial al Estado.

SEGUNDO. Que el procedimiento impugnatorio se ha desarrollado como a continuación se detalla:

1. El investigado PESCHIERA RUBINI mediante escrito de fojas dos, de diecisiete de febrero de dos mil veintiuno, dedujo excepción de improcedencia de acción. Alegó que no emitió opinión jurídica en calidad de funcionario público; que, como asesor legal externo, no tiene capacidad para decidir; que solo emite opiniones legales, de suerte que el que se tome en cuenta no altera su naturaleza; que, por tanto, carece de un título habilitante; que, por otro lado, no existió perjuicio patrimonial para el Estado; que la Carta 26-2014-PROINVERSION no debía generar efecto jurídico alguno; que, en cumplimiento de las bases actualizadas al dieciséis de mayo de dos mil catorce, se descalificó al gaseoducto Peruano del Sur porque la información del sobre uno permanecía inalterable; que la falta de veracidad en la que incurrió el gaseoducto citado era insubsanable; que su conducta se limitó a señalar lo que indican las bases del proceso de selección.
2. El Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional por auto de primera instancia de fojas veinte, de treinta de marzo de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Consideró lo siguiente:
 - A. El investigado PESCHIERA RUBINI era un asesor externo, vinculado a PROINVERSIÓN por medio de un contrato de servicios de asesoría legal; es decir, no era parte de la estructura estatal, pero se incorporó a ella por la naturaleza de la asesoría permanente que brindó, por lo que es evidente que participó de la función pública, pues el Comité de Pro Seguridad Energética al que asesoró era el encargado de llevar a cabo el proceso de concesión; que ello constituye una función pública, y participó en ella al elaborar sus informes y opiniones legales. Por consiguiente, es un funcionario o servidor público a los efectos penales, a tenor del artículo 425, numeral 3, del CP.
 - B. En relación a si el investigado tenía o no poder de decisión, de un análisis valorativo de los elementos de convicción se tiene como imputación en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria que parte del pacto colusorio era la

descalificación del consorcio competidor de la empresa Odebrecht, lo cual se materializó con la opinión legal que emitió; que pronunció hasta dos opiniones, la primera en el sentido de dar un plazo al consorcio competidor, que llegó a ejecutarse, y la segunda concluir por la descalificación del consorcio competidor, lo cual finalmente terminó ocurriendo. Es claro, entonces, que intervino conjuntamente con otros imputados en la toma de decisión, modificando la primera opinión acordada.

- C. Sobre el perjuicio patrimonial, el Ministerio Público ha cumplido con señalar en qué habría consistido el perjuicio patrimonial. Como se trata de un elemento que requiere valoración de los elementos de convicción incorporados a la causa, no se puede determinar a través de una excepción.
 - D. La conducta atribuida al investigado PESCHIERA RUBINI se subsume en el tipo penal de colusión agravada. En atención a los hechos el citado imputado puede ser considerado funcionario o servidor público, y en razón de ese cargo participó de una contratación pública, en la que habría existido presuntamente un pacto colusorio para beneficiar al consorcio ganador, conformado por la empresa Odebrecht, y otorgarle la buena pro. El aludido pacto colusorio habría ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado.
3. El investigado PESCHIERA RUBINI interpuso recurso de apelación por escrito de fojas treinta y nueve, de veintiséis de abril de dos mil veintiuno. Instó la revocatoria del auto desestimatorio. Sus argumentos tienen una consistencia similar a la de su escrito de excepción de improcedencia de acción.
4. Concedido el recurso de apelación por auto de fojas cincuenta y tres, de nueve de junio de dos mil veintiuno, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, previo trámite impugnatorio, expidió el auto de vista de fojas sesenta y ocho, de seis de agosto de dos mil veintiuno, que confirmó el auto de primera instancia. Sus argumentos son como sigue:
- A. La Disposición setenta y ocho, de veintisiete de febrero de dos mil veinte, detalló que el investigado PESCHIERA RUBINI es autor del delito de colusión agravada, pues aprovechó su condición de abogado del Estudio jurídico “Delmar Ugarte Abogados” y asesor legal del Comité de Pro Seguridad Energética, de la Dirección Ejecutiva y del jefe del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” para ser parte del pacto colusorio.
 - B. Se atribuyó al mencionado investigado la condición de servidor público porque integró el proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” como abogado del Estudio jurídico “Delmar Ugarte Abogados” –firma contratada por

PROINVERSIÓN mediante los contratos 042-2013 y 007-2014–; que él se insertó en la estructura de PROINVERSIÓN como asesor, y, como tal, brindó servicios de asesoría y emitió opiniones a solicitud de los funcionarios públicos autorizados en los términos de referencia; que está subordinado al Comité de Pro Seguridad Energética, a la Dirección Ejecutiva y al jefe del Proyecto; que sus funciones debieron estar orientadas a velar por los intereses del Estado, lo que no ocurrió al momento de elaborar la opinión jurídica de fecha veintiocho de junio de dos mil catorce, pues ocasionó perjuicio patrimonial al Estado.

- C. El investigado PESCHIERA RUBINI indicó que no tenía poder de decisión dentro del proceso de negociación y que no opinó en calidad de funcionario público. Al respecto, como es criterio adoptado por esta Sala Superior, para determinar realmente si los investigados al momento de los hechos ostentaban la condición de sujetos públicos es necesario realizar actividad probatoria y, luego, valorar los elementos de convicción que se obtengan al respecto; que estos aspectos, por su propia naturaleza, no se pueden efectuar en un incidente de improcedencia de acción. Además, como se sabe, 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, lo que faculta al titular de la acción penal para variar el título de imputación de los investigados si devienen situaciones que no se tenían en cuenta al inicio de la investigación preparatoria formalizada. Por lo tanto, no es de recibo el agravio postulado por la defensa en este extremo.
- D. Respecto la distorsión de la imputación para sostener que se necesita valorar elementos de convicción para determinar si el investigado PESCHIERA RUBINI tenía capacidad de decisión, es de precisar que en un incidente de excepción de improcedencia de acción no son admitidas las cuestiones probatorias, vía en que se puede verificar el contenido de los referidos contratos.
- E. Solo se debe tener en cuenta lo relatado en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pues este medio técnico de defensa cuestiona el juicio de subsunción normativa, de puro derecho; que 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; que, siendo así, el juez de primera instancia realizó un correcto desarrollo para desestimar la improcedencia de acción.

5. El investigado PESCHIERA RUBINI por escrito de fojas ochenta y tres, de veinticinco de agosto de dos mil veintiuno, interpuso recurso de casación. El Tribunal Superior por auto de fojas noventa y siete, de tres de setiembre de dos mil veintiuno, concedió el citado recurso.

TERCERO. Que el encausado PESCHIERA RUBINI en su escrito de recurso de casación de fojas ochenta y tres, de veinticinco de agosto de dos mil veintiuno, invocó el motivo de casación de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso se establezca que la tipicidad del delito de colusión debe desarrollarse en atención a la concreta capacidad de decisión que se ejerció (o no) en el hecho atribuido; y que el rol de un asesor legal externo que emitió una opinión jurídica exige un análisis de su concreta conducta sin revisar el material probatorio.

CUARTO. Que, elevada la causa, este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas ochenta y ocho, de diez de mayo del año en curso, declaró bien concedido el recurso de casación, que se examinará bajo las causales de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material**.

∞ Se examinará si los hechos imputados, desde la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, constituyen delito de colusión desleal; esto es, si se cumplen los elementos del tipo delictivo previsto y sancionado por el artículo 384 del CP.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día viernes veintinueve de septiembre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la defensa del encausado PESCHIERA RUBINI, doctor Carlos Constante Ávalos Rodríguez, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia privada de lectura de la sentencia el día de 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 si los hechos imputados, desde la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, constituyen delito de colusión desleal. Esto es, si se cumplen los elementos del tipo delictivo previsto y sancionado por el artículo 384 del CP,

centrados en la calidad de sujeto activo idóneo y en el rol de un abogado cuando emite dictámenes jurídicos en el marco de un contrato de prestación de servicios profesionales a una institución pública.

SEGUNDO. Que este Tribunal Supremo tiene una consolidada doctrina jurisprudencial respecto a la excepción de improcedencia de acción. Esta excepción importa, siempre, un medio de defensa formal y, propiamente, cuestiona un presupuesto procesal vinculado al objeto procesal: el carácter de injusto típico y punible del hecho atribuido por la Fiscalía. Al respecto, el artículo 6, apartado 1, literal 'b', del CPP estatuye que esta excepción es viable: “[...] cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”.

∞ Las excepciones procesales, de modo general, importan alegaciones en las que el imputado pone de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, la existencia de algún óbice procesal o la falta de requisitos de algún acto procesal concreto [DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO y otros: *Derecho Procesal Civil El proceso de declaración*, 2da. Edición, Editorial CEURA, Madrid, 2003, p. 264].

∞ Esta configuración, específicamente de la excepción de la improcedencia de acción, plantea la necesidad de un examen jurídico penal de la imputación del Ministerio Público en sus propios términos, por lo que no está en cuestión si los hechos narrados por la Fiscalía son o no verdaderos –el análisis del material investigativo en este caso no es de recibo–, tampoco pueden agregarse hechos alternativos o excluirse o modificarse determinados datos relatados en la imputación fiscal.

∞ En estos casos es de rigor tener presente la comprensión que se requiere para determinar si una persona realizó una conducta descrita en un tipo delictivo concreto –en sus elementos objetivos y subjetivos–. Desde el tipo objetivo es de tener presente que la determinación del sentido de la conducta legalmente prevista exige criterios valorativos, esto es, analizar si el comportamiento del agente despliega un riesgo suficientemente relevante según la previsión o exigencia del tipo –a lo que se agrega, en los tipos de resultado, que dicho riesgo se realice en el resultado– [SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO – IÑIGO CORROZA, ELENA: *Delictum 2.0*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2017, pp. 20-21]. En el marco de la excepción de improcedencia de acción este análisis se realiza sin acudir a medio de investigación alguno, que dé lugar al elemento de investigación (de convicción, según los términos del CPP) y a un resultado probatorio específico.

TERCERO. Que al encausado PESCHIERA RUBINI, abogado del Estudio jurídico “Delmar Ugarte Abogados” –firma contratada por PROINVERSIÓN–, se le imputa autoría del delito de colusión desleal agravada porque intervino directamente en la elaboración y coordinación de la opinión jurídica de

veintiocho de junio de dos mil catorce, que permitió descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor del Grupo Empresarial Odebrecht. Así consta en los puntos quinientos noventa y nueve a seiscientos dos de los folios doscientos diecisiete a doscientos dieciocho de la disposición de formalización setenta y ocho.

∞ Sobre estos datos fácticos, la Fiscalía estimó que el investigado PESCHIERA RUBINI se insertó en la estructura de PROINVERSIÓN encontrándose subordinado al Comité Pro Seguridad Energética, a la Dirección Ejecutiva y al jefe del Proyecto, para lo cual citó los términos de los contratos 042-2013-PROINVERSIÓN y 007-2014-PROINVERSIÓN, que señalaban que debía prestar asistencia en la elaboración de todos aquellos documentos e instrumentos legales involucrados en los proyectos materia de la presente contratación, así como deberá prestar al Comité Pro Seguridad Energética de PROINVERSIÓN, asesoría legal integral.

∞ Ahora bien, lo que expone la Fiscalía no son propiamente hechos atribuidos al investigado PESCHIERA RUBINI, sino interpretaciones o deducciones a partir de los contratos suscritos con el Estudio “Delmar Ugarte Abogados” y del tenor de los informes jurídicos expedidos. Los hechos en sentido estricto son que el imputado PESCHIERA RUBINI es abogado que integra el Estudio jurídico “Delmar Ugarte Abogados”; que este Estudio suscribió dos contratos con PROINVERSIÓN; que en su mérito se emitió la opinión jurídica de veintiocho de junio de dos mil catorce; que esa opinión, aceptada por PROINVERSIÓN, sirvió para descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor del Grupo Empresarial Odebrecht. Por lo demás, no hay datos añadidos a la concertación atribuida, solo el emitir opiniones jurídicas.

CUARTO. Que el delito de colusión desleal es uno especial propio y de infracción de deber, así como, en el supuesto agravado, de resultado de lesión. El sujeto activo solo puede ser un funcionario o servidor público que interviene, directa o indirectamente, por razón de su cargo en una contratación pública –de concesión, en el *sub lite*–. Una interpretación auténtica desde el Derecho penal de funcionario público está prevista en el artículo 425 del CP. El invocado inciso 3 del citado artículo 425 del CP califica de funcionario o servidor público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Ello significa que el acceso a la función pública importa que el agente ejerza funciones de esa naturaleza en las instituciones públicas.

∞ En el presente caso, primero, PROINVERSIÓN y el Estudio “Delmar Ugarte Abogados” suscribieron dos contratos de asesoramiento, ningún abogado del Estudio pasó a integrar o ser parte del organigrama de PROINVERSIÓN pues se trató de un contrato de servicios profesionales, no regulado por el Derecho

administrativo, en el que no existe dependencia o vínculo de subordinación. Segundo, con independencia de que PROINVERSIÓN realiza funciones públicas, es de entender que la designación del Estudio y del encausado no fueron un acto de incorporación reglado por el derecho público, según los cauces legalmente previstos. Tercero, el contrato de asesoramiento jurídico, normado por el Derecho Civil, no importa la realización de actos funcionariales o asumir las tareas de la Administración (de PROINVERSIÓN); el abogado, en estas condiciones, que emite una opinión legal no tiene un deber especial derivado del ejercicio de una función pública cualquiera, y como tal no trabaja para la Administración Pública ni ejerce funciones en ella. Cuarto, la ley, por lo demás, en forma expresa, no incluye a los asesores jurídicos externos como funcionarios públicos. Es claro, entonces, que el asesor, en estricto, por naturaleza no es funcionario público, al carecer de una titulación o investidura al respecto; que su marco de actuación, luego de su contratación, se halla claramente delimitado al no estarle facultado tomar decisiones u ordenar, ni poseer la normal capacidad de disposición de la que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos; que distinto es el caso, desde luego, de los profesionales o expertos nombrados o designados con esa finalidad e integran el organigrama o estructura institucional [cfr.: ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, 5ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 82].

∞ En consecuencia, el encausado PESCHIERA RUBINA no es funcionario público y, por tanto, no puede ser autor del delito de colusión desleal.

QUINTO. Que, por otro lado, afirma la Fiscalía que el investigado PESCHIERA RUBINI formó parte del pacto colusorio –entre la pareja presidencial Humala Tasso - Heredia Alarcón, directivos de PROVINVERSIÓN y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht– al emitir el informe jurídico titulado “Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de un postor precalificado” de veintiocho de junio de dos mil catorce, para respaldar la posición de los miembros del Comité de Pro Seguridad Energética de PROINVERSIÓN de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor del Grupo Empresarial Odebrecht.

∞ La emisión de un informe jurídico, sea cual sea su sentido, expresa la opinión de un experto sobre el tema o materia que le solicite un cliente. En principio, como ya se anotó, la tipicidad de la conducta requiere que ésta realice un riesgo relevante en el sentido del tipo delictivo, penalmente prohibido. Una opinión profesional no es vinculante y corresponde a quien lo solicita decidir lo que corresponda. La conducta del investigado PESCHIERA RUBINI se califica como una conducta neutral, no es un acto típico de delito alguno. Nada de lo fácticamente señalado por la Fiscalía constituye, desde una perspectiva alternativa, un acto de cooperación. Luego, la aparente

causalidad de la opinión emitida con la decisión de PROINVERSIÓN y el denunciado perjuicio al patrimonio público no es suficiente para entender que integró el pacto colusorio imputado a los demás investigados. El consultor jurídico, según lo resaltado, se adecuó a su rol de abogado y, como ya se ha enfatizado, él no es garante de evitar la realización de presuntas conductas delictivas atribuidas a sus clientes. Las citas de los contratos de servicios que hace la Fiscalía [vid.: párrafo seiscientos dos de la Disposición], de ninguna manera revela que el asesor debe concluir en sus informes lo que le pide la institución.

∞ En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala de Casación en la sentencia 526-2022/Nacional, de diecisiete de febrero de dos mil veintitrés, y en la sentencia 1095-2021/Nacional, de veintisiete de marzo de dos mil veintitrés. Es patente, entonces, que el auto de vista no siguió esta doctrina legal.

∞ En definitiva, el recurso de casación debe ampararse. Se interpretó incorrectamente los artículos 384 y 425, inciso 3, del CP y, además, la garantía de tutela jurisdiccional que exige, como uno de sus derechos instrumentales, que se dicte una resolución de fondo fundada en Derecho. Por ello, como no se requiere de un nuevo debate, la sentencia casatoria debe ser rescindente y rescisoria.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material**, interpuesto por el encausado LUIS ARNALDO NAPOLEÓN PESCHIERA RUBINI contra el auto de vista de fojas sesenta y ocho, de seis de agosto de dos mil veintiuno, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veinte, de treinta de marzo de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de colusión agravada en agravio del Estado. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista. **II. Y**, actuando en sede instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia de fojas veinte, de treinta de marzo de dos mil veintiuno, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción; reformándola: declararon **FUNDADA** dicha excepción deducida por el encausado LUIS ARNALDO NAPOLEÓN PESCHIERA RUBINI. En tal virtud, de conformidad con el artículo 6, apartado 2, del CPP: **SOBRESEYERON** el proceso definitivamente respecto a dicho encausado por el delito de colusión agravada en agravio del Estado, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales por estos hechos y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra; registrándose. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley y debido cumplimiento, al que se



RECURSO CASACIÓN N.º 525-2022/NACIONAL

devolverán las actuaciones. **IV. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por licencia de la señora Carbajal Chávez. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJAN TUPÉZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

PEÑA FARFÁN

CSMC/YLPR

