

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre la Sentencia de Casación N. 526-
2022/CS (Caso Juan Doroteo Monroy Gálvez)**

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogado que presenta:**

Enrique Alberto Pimentel Palomino

ASESORA:

Mariella Lenkiza Valcárcel Angulo

Lima, 2023

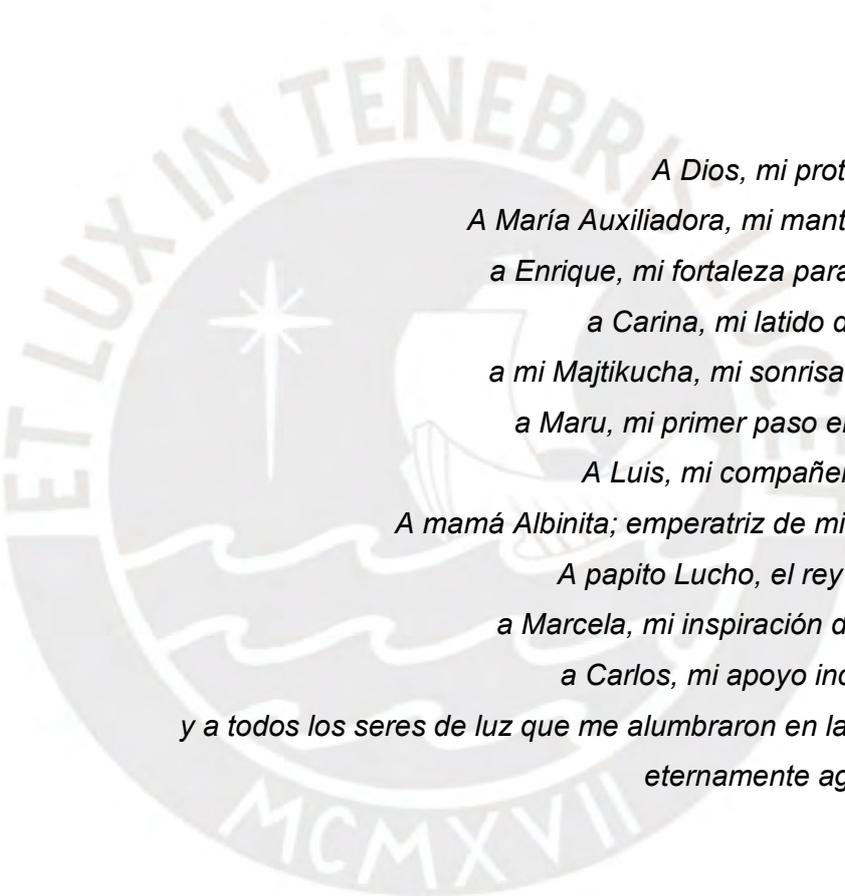
Informe de Similitud

Yo, MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “Informe Jurídico sobre la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS (Caso Juan Doroteo Monroy Gálvez)”, del autor / de la autora ENRIQUE ALBERTO PIMENTEL PALOMINO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como 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, 13 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: VALCÁRCEL ANGULO, MARIELLA LENKIZA	
DNI: 41212132	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0002-2808-3728	



*A Dios, mi protector de fe;
A María Auxiliadora, mi manto maternal;
a Enrique, mi fortaleza para despertar;
a Carina, mi latido del corazón;
a mi Majtikucha, mi sonrisa en el cielo;
a Maru, mi primer paso en las letras;
A Luis, mi compañerito de vida;
A mamá Albinita; emperatriz de mi existencia;
A papito Lucho, el rey de la casa;
a Marcela, mi inspiración de cada día;
a Carlos, mi apoyo incondicional;
y a todos los seres de luz que me alumbraron en la oscuridad;
eternamente agradecido...*

Resumen

El presente Informe Jurídico tiene por objeto principal analizar la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS. Esta Sentencia es importante a efectos jurídico-penales, debido a que resuelve temas como las conductas neutrales en los Delitos contra la Administración Pública y su tratamiento procesal en la excepción de improcedencia de acción. Así, la pregunta central que surge de su análisis es la siguiente: ¿Se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión? Para ello, el presente informe jurídico se ha valido de distintos instrumentos para un adecuado análisis como la remisión a normas, jurisprudencia y doctrina. Después de la investigación rigurosa llevada a cabo, se concluyó que el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez no es cómplice primario en el delito de colusión, ya que su conducta se encuentra conforme a derecho.

Palabras clave

Imputación objetiva, principio de prohibición de regreso, conducta neutra, excepción de improcedencia de acción, recurso de casación.

ABSTRACT

The main purpose of this Legal Report is to analyze the Cassation Judgment No. 526-2022/CS. This Judgment is important for legal-criminal purposes, because it resolves issues such as neutral conduct in Crimes against the Public Administration and its procedural treatment in the exception of inadmissibility of action. Thus, the central question that arises from his analysis is the following: Can lawyer Juan Doroteo Monroy Gálvez be accused of being a primary accomplice in the crime of collusion? For this, the present legal report has used different instruments for an adequate analysis such as the reference to norms, jurisprudence and doctrine. After the required investigation carried out, it was concluded that the lawyer Juan Doroteo Monroy Gálvez is not a primary accomplice in the crime of collusion, since his conduct is in accordance with the law.

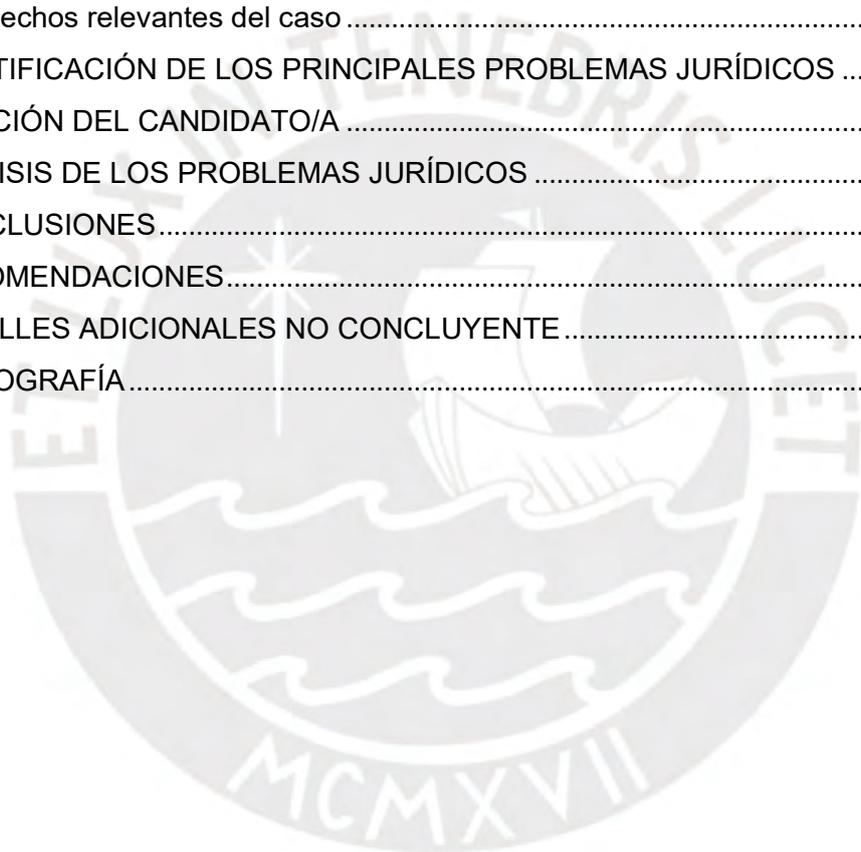
Keywords

Objective imputation, principle of prohibition of return, neutral conduct, exception of inadmissibility of action, appeal.

Índice

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
I.1.	Justificación de la elección de la resolución	1
I.2.	Presentación del caso.....	2
II.	DENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	4
II.1.	Antecedentes	4
II.2.	Hechos relevantes del caso	5
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
IV.	POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
V.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	16
VI.	CONCLUSIONES.....	103
VII.	RECOMENDACIONES.....	105
VIII.	DETALLES ADICIONALES NO CONCLUYENTE.....	107
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	108



Cuadro de datos principales del caso

N. de Sentencia / nombre del caso	Sentencia de Casación N. 526-2022/CS / Caso Juan Doroteo Monroy Gálvez
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Penal General Derecho Penal Especial Derecho Administrativo Filosofía del Derecho
Denunciante	Estado peruano
Denunciado	Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez
Instancia jurisdiccional	Corte Suprema
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Penal General / Derecho Penal Especial / Derecho Administrativo

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

Para obtener el título profesional de abogado, se ha decidido sustentar la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS debido a que este tipo de fallos tiene una gran importancia en el desarrollo del derecho y su análisis permite una comprensión más profunda sobre el principio de prohibición de regreso en los delitos contra la Administración Pública.

La Sentencia de Casación N. 526-2022/CS que he elegido se trata del caso del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez Monroy, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia este año, 2023. El caso en cuestión, presenta ciertas complejidades y aspectos relevantes que lo hacen especialmente interesante para su análisis y sustentación desde los límites de la imputación objetiva.

El caso se refiere a cómo los actos neutros pueden ser pasibles de la comisión del delito de colusión en agravio del Estado, lo que implica una cuestión jurídica de gran importancia en áreas del Derecho penal, procesal penal, administrativo e, incluso, la filosofía. En este sentido, la sentencia de casación analiza detalladamente los argumentos de las partes, la jurisprudencia comparada y la doctrina relacionada, lo que permite una comprensión más profunda de los criterios utilizados en este caso.

Además, la Sentencia de Casación se centra en si las conductas del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez son conductas criminógenas o son conductas neutras que contribuyeron a la comisión del delito de colusión, lo que implica una interpretación compleja y detallada de la normativa aplicable en el caso. La Corte Suprema de Justicia en este caso requirió una metodología rigurosa para la interpretación de los hechos

En resumen, se ha elegido esta sentencia de casación para la obtención del título de abogado, debido a que presenta una serie de aspectos relevantes y complejos que permiten un análisis detallado y riguroso sobre los límites a la imputación objetiva. En particular, el caso presenta una cuestión jurídica de gran importancia con relación al principio de prohibición de regreso en el mega caso de corrupción "Odebrecht", una interpretación detallada de los hechos por parte de la fiscalía y la defensa y una consideración decisoria de alto impacto de la Corte Suprema. Por ello, se considera que

todo lo anteriormente mencionado sobre esta sentencia sea calificada como una especialmente interesante para su análisis en el marco del presente informe.

I.2. Presentación del caso

La sentencia de casación, en cuestión, evalúa si Juan Doroteo Monroy Gálvez, en su rol de abogado consultor jurídico, mediante su informe jurídico, es responsable, en complicidad primaria, del delito de colusión en agravio del Estado.

El caso nos describe la situación del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, cuya conducta se habría encuadrado en el delito de colusión. En efecto, PROINVERSIÓN lo convocó para emitir dictámenes jurídicos en su rol como abogado libre –consultor jurídico específicamente– acerca de la posición asumida por la Contraloría General de la República (que indicaba que las empresas consorciadas tenían procesos con el Estado y que, por ello, no debían suscribir los contratos).

Sin embargo, los informes descartaron la comunicación en contra de la Contraloría General de la República, lo que imposibilitó un control posterior a las consorciadas Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari, a las que se les adjudicó el tramo dos y tres del Proyecto Corredor Vial Sur – Perú – Brasil. Tiempo después, se descubrió el impacto que tuvo la suscripción de ese contrato debido a que se generó un gran alcance de corrupción por parte de la empresa Odebrecht.

El problema de este hecho talla en distintos enfoques: En primer lugar, como problema principal, surge la pregunta: ¿se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión?

En segundo lugar, como problemas secundarios, con respecto a los problemas sustantivos, surgen las siguientes preguntas: ¿los informes que realizó el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez pueden ser evaluados desde el principio de la prohibición de regreso? y ¿el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez cumple con el rol de abogado consultor?

Con respecto a los problemas procesales, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es el objeto de la Excepción de Improcedencia de Acción que se analiza en la Sentencia de Casación N.526-2022/Corte Suprema?

Con respecto a los problemas complementarios, surgen las siguientes preguntas: ¿el recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión? y ¿la Excepción de Improcedencia de Acción supone una evaluación de la tipicidad en la Sentencia de Casación N.526-2022/Corte Suprema?

En cuanto a nuestra postura, Juan Doroteo Monroy Gálvez no es responsable en complicidad primaria del delito de colusión. Además, respondiendo a los otros problemas, por un lado, los hechos, objeto de imputación, no cumplen con los estándares de imputación objetiva penal. Por otro lado, se estimó correctamente la excepción de improcedencia de acción.

En cuanto a los instrumentos jurídicos más importantes, se utilizará la normativa, la jurisprudencia y la doctrina académica para la elaboración de este informe jurídico. En cuanto a la normativa principal se compone por la Constitución Política del Perú, el Código Penal, el Nuevo Código Procesal Penal, el Código de Ética del Abogado y los regímenes especiales con respecto a la contratación pública. En cuanto a la jurisprudencia, se considera útil resoluciones supremas como la Sentencia de Casación N. 526-2022 (Caso Juan Monroy), la Sentencia de Casación N. 1095-2021(Caso Jorge Danós), el Recurso de Nulidad N. 1645-2018 (Caso prohibición de regreso), etc. En cuanto a la doctrina, se revisarán diversas fuentes dogmáticas teóricas y prácticas, siguiendo a autores como Santiago Mir Puig, Mario Maraver, García Conlledo, Claus Roxin, Shuneman, Gunter Jakobs, Montoya Vivanco, Abanto Vázquez, etc.

Finalmente, para las conclusiones más relevantes arribadas en el análisis, se concluirá respondiendo a las preguntas propuestas que habrán sido analizadas desde un aspecto de fondo como de forma. En específico, se concluirá respondiendo a determinar si los hechos, objeto de imputación, contra Juan Doroteo Monroy Gálvez, cumplen con los supuestos de imputación objetiva como cómplice primario o son parte de la conducta neutral del rol de un consultor jurídico.

II. DENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

El contexto del caso Monroy se suscita debido al escándalo de mega corrupción de Odebrecht en el Perú. La empresa brasileña se vio involucrada en varios proyectos de infraestructura, incluyendo el Proyecto Corredor Vial Sur – Perú – Brasil, que acabaron los tramos dos y tres adjudicados a los Consorcios Urcos-Inambari e Inambari-Iñapari para mejorar la conectividad de transporte entre Perú y Brasil.

El proyecto constaba de la construcción de cinco (5) tramos entre Perú y Brasil. Para ello, el gobierno peruano realizó una serie de licitaciones en las que se adjudicaron el tramo dos (2) al Consorcio Urcos-Inambari, y el tramo tres (3), adjudicado al Consorcio Inambari-Iñapari. Sin embargo, estas licitaciones fueron denunciadas por corrupción.

En efecto, en estos dos mega proyectos de construcción, se alegó que Odebrecht había pagado sobornos a funcionarios públicos peruanos para obtener la adjudicación del contrato. De ese modo, las investigaciones del Ministerio Público generaron que distintos actores de la Administración Pública terminen siendo denunciados e, incluso, a través del Poder Judicial, sentenciados por corrupción. La corrupción que se había generado traspasó todo nivel de esfera pública y privada, desde los altos funcionarios hasta los privados que participaron en las licitaciones públicas.

Con respecto a estos últimos, los privados involucrados en este caso de mega corrupción fueron grandes empresarios que representaban a Odebrecht a través de distintas empresas y consorcios, pero también personas que, individualmente, a través de sus conductas, generaron sospecha por su participación en alguna de las etapas en las licitaciones públicas.

Es así que, uno de estos actores individuales que participó, indirectamente, en las etapas de licitación pública entre Odebrecht y el gobierno, a través de PROINVERSIÓN, es el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez. Este abogado fue convocado para resolver cuestiones procesales en la licitación pública con respecto a los consorcios mencionados para la suscripción de los contratos de los tramos dos (2) y tres (3). La conclusión de Juan Doroteo Monroy Gálvez, mediante cuatro (4) informes, fue beneficiosa para los consorcios a pesar de que contaban con procesos contra el Estado.

De ese modo, parte de la fundamentación de PROINVERSIÓN para suscribir los contratos con Odebrecht, fue utilizar los informes que emitió el abogado.

Por esta razón, la fiscalía denunció al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez por ser presuntamente cómplice primario del delito de colusión en agravio del Estado al concertarse con los representantes de la empresa “Odebrecht y Asociados” y con funcionarios públicos para favorecerla en el proceso de concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Perú – Brasil IIRSA – SUR, tramo dos y tres.

II.2. Hechos relevantes del caso

El 04 de agosto del año 2005, en la mañana, antes de que se firmara la suscripción del contrato de la buena pro entre PROINVERSIÓN, y el Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari para la concesión por el tramo dos y tres del Proyecto Corredor Vial Sur, Perú – Brasil, la Vicecontralora General de la República envió el Oficio N. 262-2005-CG/CV para informar que la empresa Odebrecht, que era parte de los Consorcios, mediante los reportes de la Procuraduría Pública adscrita a la Contraloría General, tenía procesos judiciales por y contra el Estado peruano, lo cual suspendió la suscripción del contrato.

Ese mismo día, el 04 de agosto del año 2005, a consecuencia del oficio 262-2005-CG/CV, la Oficina de Asesoría Legal de PROINVERSIÓN solicitó por teléfono los servicios del Estudio Monroy Abogados para la elaboración de informes legales sobre la implicancia del Oficio en la contratación de las empresas de los Consorcios ganadores de los Tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú — Brasil.

En la tarde del 04 agosto del año 2005¹, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez emitió el Informe Legal N. 1. Este informe permitió que la consorciada Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari firmen el contrato de concesión por el tramo dos y tres del Proyecto Corredor Vial Sur, Perú – Brasil. En efecto, dicho informe

¹ Si bien, en la Casación en cuestión, no se hace referencia al contenido de los informes 1, 2 y 3 emitidos por el Estudio de abogados de Juan Monroy, a efectos de un adecuado análisis, tras la revisión individual de cada uno de los informes en el expediente completo, nos permitiremos ampliar el estudio de la casación para continuar con los hechos relevantes del caso.

concluyó en que el oficio de la Contraloría era inocuo respecto a la regularidad del concurso llevado a cabo por PROINVERSIÓN y que el oficio confundía a los sujetos involucrados, pues no eran los mismos sujetos Constructora Odebrecht que Constructora Odebrecht, ya que el primero no tenía procesos y el segundo nunca había sido notificado.

El 23 de agosto de 2005, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez emitió el Informe Legal N. 2. En este informe, se absolvió cuatro preguntas que advierten que, por un lado, la Constructora Norberto Odebrecht S.A no tiene ningún proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado y que, por otro lado, la Constructora Norberto Odebrecht S.A. nunca ha sido notificada con la demanda. Por tanto, Odebrecht no habría incurrido en algún impedimento para la firma del contrato.

El 08 de septiembre del año 2005, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez emitió el Informe Legal N. 3. Este informe emitió opinión sobre los actuados de los procesos judiciales a los que había hecho referencia la Vicecontralora en el Oficio, el mismo que concluyó en que Constructora Norberto Odebrecht S.A, como integrante del Consorcio Chimú, no tiene ningún proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado. Además, se reiteró, en el informe legal, que Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Constructora Norberto Odebrecht S.A. NO son la misma persona jurídica.

El 12 de septiembre de 2005, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez emitió el Informe Legal N. 4. Este informe concluye que la Constructora Norberto Odebrecht S.A. tiene un proceso judicial derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado, pero, al ser tercero civilmente responsable, no tiene como finalidad la determinación de una responsabilidad derivada de sus obligaciones contractuales, tal como lo marcaba el impedimento, sino una reparación civil derivada de un ilícito penal.

El 22 de junio del año 2020, el Ministerio Público inició la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a través de la Disposición Fiscal N. 24 contra Juan Doroteo Monroy Gálvez por ser cómplice primario del delito de colusión en agravio del Estado.

El 30 de diciembre del año 2020, la defensa del investigado Juan Doroteo Monroy Gálvez dedujo excepción de improcedencia de acción, alegando que las conductas del abogado Monroy son conductas neutras y, por tanto, atípicas del delito de colusión.

El 15 de marzo del año 2021, el Juez del Tercer Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios de la Corte Superior Nacional, tras llevarse a cabo la audiencia correspondiente, emitió auto que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del investigado Juan Doroteo Monroy Gálvez.

El 30 de marzo del año 2021, la defensa del investigado Juan Doroteo Monroy Gálvez interpuso recurso de apelación contra el auto de primera instancia.

El 20 de julio del año 2021, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente en delitos de corrupción de funcionarios confirmó el auto de primera instancia denegando el recurso de excepción de improcedencia de acción de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez.

El 22 de octubre del año 2021, la defensa del investigado Juan Doroteo Monroy Gálvez interpuso recurso de casación contra el auto de vista de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente en delitos de corrupción de funcionarios que denegó la excepción de improcedencia de acción.

El 22 de septiembre del año 2022, el Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación, por las causales de inobservancia del precepto constitucional e infracción de precepto material.

El 10 de febrero del año 2023, el Tribunal Supremo expidió el decreto para la audiencia de casación.

El 17 de febrero del año 2023, se emitió la sentencia de casación que declaró fundado recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez y casaron el auto de vista, revocando el auto de primera instancia que declaró improcedente la excepción de improcedencia de acción. Por lo tanto, se sobreseyó definitivamente el proceso seguido contra Juan Doroteo Monroy Gálvez por delito de colusión en agravio del Estado y se archivó definitivamente la causa seguida en su contra, anulando sus antecedentes.

En cuanto a la posición de la parte denunciante, el Ministerio Público imputa a Juan Doroteo Monroy Gálvez como cómplice primario del delito de colusión al haberse concertado con Odebrecht y los funcionarios de PROINVERSIÓN. En efecto, la fiscalía sostiene que el investigado emitió cuatro informes legales para PROINVERSIÓN, de los cuales el primero fue el que concretó el pacto colusorio entre los sujetos implicados.

Estos informes legales concluyeron en contra de la posición de la Contraloría General de la República y que no se contó con una información completa del asunto. Además, estos documentos sirvieron para que PROINVERSIÓN descarte la opinión de la Contraloría General de la República y se proceda a la firma de los contratos cuestionados, además de haberse realizado en un corto tiempo sospechoso; que existía un pacto colusorio arribado con Odebrecht a cambio de beneficios y sobornos, de suerte que para materializarlo se contó con la intervención del investigado Monroy Gálvez a través de sus informes legales. Adicionalmente, la fiscalía señala que, de manera aislada, la emisión de estos informes podría ser considerada como una conducta neutra, pero, de forma general, es un aporte esencial. Por ello, no es una conducta estereotipada.

En cuanto a la posición de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez, se señala que su conducta es atípica y no constituye delito. De hecho, se señala que Juan Monroy actuó dentro de su rol de abogado consultor como conductas neutras. Para ello, se deduce el medio técnico de defensa de la excepción de improcedencia de acción al ser que el hecho no constituye delito por su atipicidad y debatir un análisis de subsunción normativa de puro derecho (el relato de la propia fiscalía).

Así, Juan Doroteo Monroy Gálvez habría realizado una conducta neutral conforme a la Constitución Política del Perú, el Código de Ética del Abogado y la normativa. Es más, se argumenta que los informes del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez no fueron vinculantes (según la Ley 27444) para la firma del contrato de concesión ni que exista alguna posición de garantía para vigilar las acciones de quien lo contrata, además de que los informes se enmarcan en las consultas y no extienden un análisis más allá de lo consultado. Finalmente, se concluye que la “C” que le faltaba a “construtora” no se refería al tipeo, sino a una partida registral distinta de sujetos procesales diferentes con respecto a la consulta de PROINVERSIÓN.

Finalmente, en cuanto a la argumentación de la Sala Suprema, se bifurca el análisis del caso en los siguientes aspectos: Por un lado, la excepción de improcedencia de acción se debe estimar porque el hecho no constituye delito y que basta con el relato acusatorio para discutir si la conducta del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez constituye delito de colusión en agravio del Estado. Por otro lado, como el pacto colusorio ya se habría realizado entre Odebrecht y los funcionarios del estado antes de la emisión de los informes, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez no solo no habría sabido de este pacto, sino que los informes que emitió tienden a entenderse como el producto de conductas neutrales, debido a que actuó conforme a su rol de consultor jurídico y se limitó a responder sobre lo que se planteó, sin siquiera formular recomendaciones, por lo demás no solicitadas.



III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal

- 1.1. ¿Se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión?

2. Problemas secundarios

2.1. Problemas sustantivos

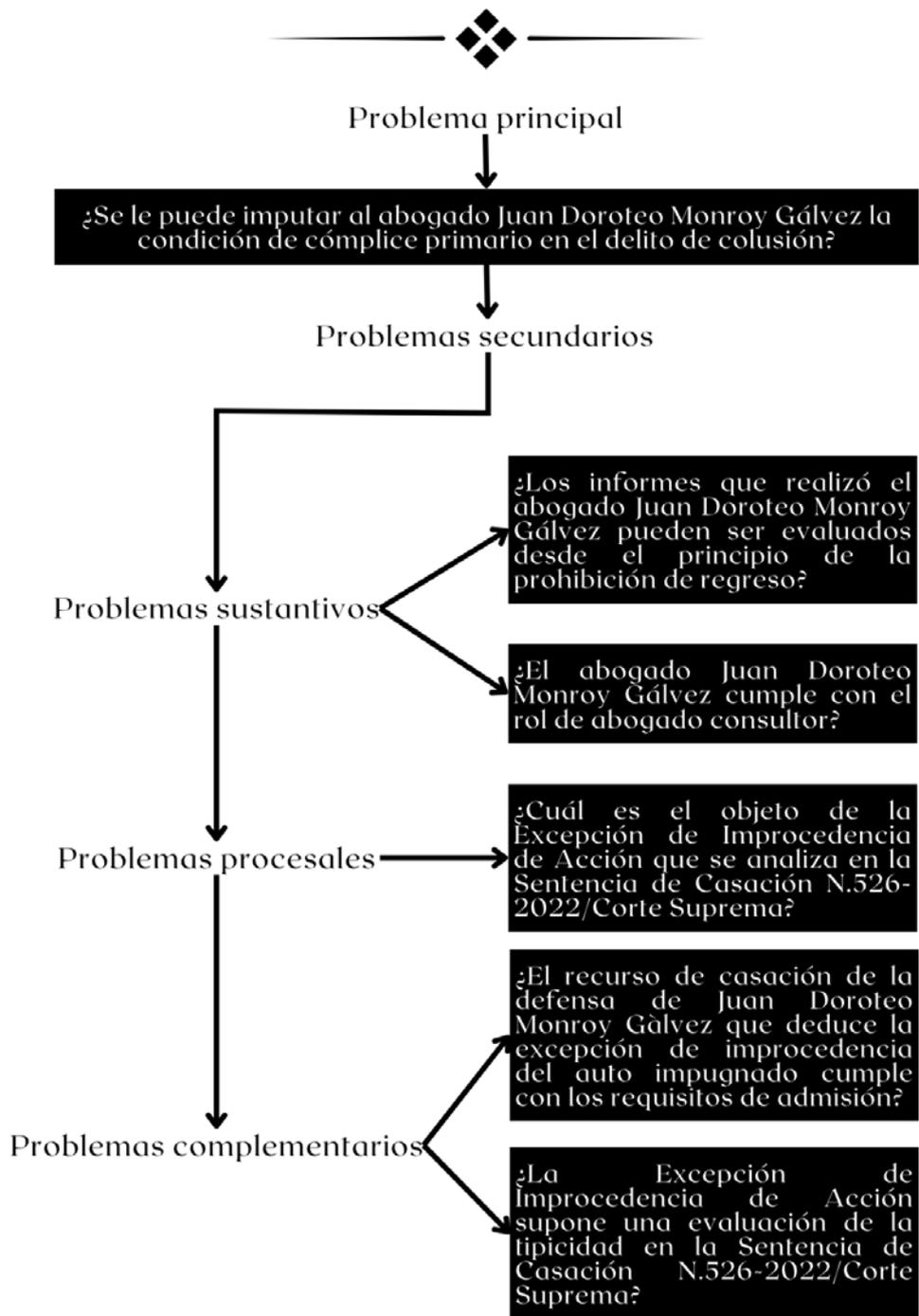
- 2.1.1. ¿Los informes que realizó el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez pueden ser evaluados desde el principio de la prohibición de regreso?
- 2.1.2. ¿El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez cumple con el rol de abogado consultor?

2.2. Problemas procesales

- 2.2.1. ¿Cuál es el objeto de la Excepción de Improcedencia de Acción que se analiza en la Sentencia de Casación N.526-2022/Corte Suprema?

3. Problemas complementarios

- 3.1. ¿El recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión?
- 3.2. ¿La Excepción de Improcedencia de Acción supone una evaluación de la tipicidad en la Sentencia de Casación N.526-2022/Corte Suprema?



Enrique Alberto
Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

Respuesta a la pregunta principal:

¿Se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión?

El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez realizó conductas atípicas, en específico conductas neutras de acuerdo a su rol de abogado consultor. Por ende, la condición de cómplice primario en el delito de colusión no es subsumible a su hecho y no es imputable penalmente.

Respuesta a las preguntas secundarias:

¿Los informes que realizó el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez pueden ser evaluados desde el principio de la prohibición de regreso?

Para que una conducta sea considerada penalmente relevante, ha de analizarse bajo la teoría del delito como una conducta antijurídica e imputable personalmente (culpabilidad). De ese modo, “el primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley. Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito”. (Mir, 2016: 158)

En la antijuridicidad, en un inicio, se analiza la imputación objetiva. Es decir, “una conducta será típica en sentido objetivo cuando despliegue un riesgo relevante en el sentido del tipo. Dicho de otro modo: que despliegue un riesgo suficientemente relevante desde el punto de vista del tipo en cuestión y que dicho riesgo se realice en el resultado” (Delictum).

Entonces, si se considera que el hecho no es típico, el análisis de la teoría del delito concluye sin continuar con el estudio de sus elementos posteriores como la imputación subjetiva o la imputación personal (culpabilidad). En aplicación a ello, las conductas del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez son atípicas al ser consideradas como conductas neutras. Es decir, su comportamiento se enfrascó, objetivamente, en su rol de abogado consultor al emitir informes que, si bien concluyeron en un delito posterior de parte de

terceros, no revelan una conducta penalmente relevante, pues la emisión de informes es parte de su conducta estereotipada como abogado especialista en Derecho Procesal.

Por ello, consideramos que las conductas de Juan Doroteo Monroy Gálvez pueden ser evaluadas desde el principio de prohibición de regreso como comportamiento neutral, debido a que no cumplen con los supuestos de la imputación objetiva.

¿El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez cumple con el rol de abogado consultor?

El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, quien, como consultor particular externo a la Administración Pública, emitió una opinión jurídica plasmada en cuatro informes legales, cumpliendo con las normas jurídicas y los límites de su rol profesional.

Su opinión legal no tiene el sentido de ser un aporte adecuado y esencial, por lo cual no existe conexión alguna entre el acto de emisión de un informe legal y la subsunción típica de complicidad primaria del delito de colusión. De ese modo, consideramos necesario proponer tres criterios concurrentes para determinar los contornos estereotipados del obrar acorde al rol profesional del abogado:

1. Comportamiento adecuado a la normativa
2. Solicitud con apariencia jurídica
3. Respuesta delimitada a la consulta

Por lo tanto, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez cumple con el rol de abogado consultor en la emisión de sus informes.

¿Cuál es el objeto de la Excepción de Improcedencia de Acción que se analiza en la Sentencia de Casación N.526-2022/Corte Suprema?

Se presenta una excepción de improcedencia de acción que se fundamenta en dos situaciones: (i) cuando el hecho denunciado no constituye delito; o, (ii) cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente². En este caso, dichos fundamentos evidencian que los hechos imputados al Dr. Juan Doroteo Monroy Gálvez no se encuentran

² Nuevo Código Procesal Penal (art. 6.1)

subsumibles como complicidad primaria en la tipicidad del delito de colusión. A pesar de que tales hechos sean acreditables, no satisfacen "el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido al injusto penal". En otras palabras, el hecho imputado en este caso no configura una complicidad en el delito de colusión.

Por ello, en la presente excepción se sostiene que la opinión legal emitida por el Dr. Juan Doroteo Monroy Gálvez es la expresión del ejercicio de su rol profesional de abogado, el cual se ajusta dogmáticamente al sentido jurídico de las conductas neutrales, las cuales "carecen de significado delictivo y son absolutamente compatibles con el Derecho". Dado que la conducta neutra simboliza el significado del ejercicio estándar de una conducta que por sí misma es atípica, se otorga contenido cabal a la Excepción de Improcedencia de Acción presentada.

Respuesta a los problemas complementarios:

¿El recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión?

De acuerdo con la sentencia de casación en cuestión, se concede el recurso de casación por las causales de inobservancia del precepto constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por la defensa del encausado Juan Doroteo Monroy Gálvez contra el auto de segunda instancia.

¿La Excepción de Improcedencia de Acción supone una evaluación de la tipicidad en la Sentencia de Casación N.526-2022/Corte Suprema?

"La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que contrapone la acción penal. Así, o se regulariza el procedimiento o se sobresee el proceso. De ese modo, se busca evitar que se continúe con la persecución o juzgamiento para la sustanciación de la causa penal. Por ello, tiene una relación jurídico procesal de validez del proceso" (Peña Cabrera, 2019: 170 – 177). El objeto de la excepción de improcedencia de acción se fundamenta en el análisis de puro derecho de los actos que o no son subsumibles a un tipo penal o no son actos antijurídicos penalmente.

En el caso Monroy, en su calidad de abogado consultor jurídico, la Corte Suprema señala que sus conductas son atípicas al emitir informes para PROINVERSIÓN. Por tanto, se evaluó la tipicidad de los hechos con relación a la complicidad primaria en el delito de colusión. En consecuencia, la Corte Suprema sobreseyó el proceso debido a que la conducta del imputado no era perceptible para la persecución penal.

Posición individual sobre el fallo de la resolución

Como respuesta preliminar, el presente informe jurídico concuerda con el fallo de la resolución de la Sala Suprema a favor del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no se está de acuerdo con el análisis de la sentencia.



V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Introducción

El presente informe jurídico, tiene como objetivo analizar y desarrollar los problemas jurídicos del caso del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez. Para ello, se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de la doctrina correspondiente, la normativa vigente, la jurisprudencia aplicable y los hechos relevantes del caso.

En primer lugar, se expondrán los antecedentes, de manera resumida, del caso, con el fin de contextualizar los hechos y las circunstancias que dieron lugar a la controversia jurídica. En segundo lugar, se llevará a cabo un análisis crítico de los problemas jurídicos presentados en la Sentencia de Casación, con el fin de determinar la relevancia teórica con relación al caso en concreto, comenzando por los problemas secundarios y terminando resolviendo en el problema principal. En tercer lugar, se presentarán las recomendaciones y alternativas para la resolución del conflicto, valorando las posibilidades y las consecuencias de cada opción, con el fin de encontrar una solución práctica en armonía con el caso correspondiente. Finalmente, se presentarán las conclusiones a las que se ha llegado tras el análisis jurídico realizado.

A continuación, se comenzará con el análisis debido:



ESQUEMA DEL INFORME

- 1 Hechos
- 2 Análisis crítico de los problemas jurídicos
 - Problemas secundarios
 - Problema principal
- 3 Recomendaciones y alternativas
- 4 Conclusiones

1. Análisis crítico de los problemas jurídicos

La Sentencia de Casación N. 526-2022/CS resuelve el caso del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez. Ante ello, se han identificado problemas jurídicos que, a su vez, contendrán un análisis crítico. Para ello, por un lado, tal como se expone en la imagen del esquema, se desarrollarán primero los problemas secundarios para tener una base sólida y, por otro lado, después se resolverá el problema principal de la Resolución Suprema. A continuación, se desarrollarán dichos problemas propuestos:

Problemas secundarios - Problemas sustanciales

¿Los informes que realizó el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez pueden ser evaluados desde el principio de la prohibición de regreso?

Para analizar la conducta del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, es necesario determinar si su comportamiento generó un riesgo penalmente relevante. Para ello, recurriremos a la explicación breve de la teoría del delito, ruta metodológica que ayudará a responder esta cuestión.

Según Santiago Mir Puig, “la teoría del delito reúne en un sistema los elementos [mínimos] que pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos [de acuerdo a cada modelo de Estado] (el agregado es nuestro)” (2016: 146). Este sistema de elementos mínimos que constituye un delito puede variar de acuerdo a distintas teorías dogmático-penales. Por ello, el presente informe jurídico seguirá una línea marcada de la teoría bipartita del delito.

De ese modo, el delito tendría los siguientes elementos: De acuerdo al precursor de esta teoría, Von Liszt, el delito es un acto humano (trascendente al mundo exterior), contrario al derecho (acto que contraviniendo formalmente un mandato o prohibición del orden jurídico que implica la lesión o peligro de un bien jurídico) y acto culpable (acto doloso o culposo de un individuo responsable). (1927: 252)

Sin embargo, ante tesis modernas de un sector autorizado de la doctrina penal, el delito es un “comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible” (Mir Puig, 2016: 148). No obstante, ante teorías más contemporáneas, este informe no considera a la punibilidad ni el

comportamiento estrictamente humano como elementos constitutivos del delito. Por ello, para que el delito sea considerado como tal, lo consideramos como el **comportamiento³ antijurídico e imputable personalmente** (culpable)⁴.

Ante ello, “la antijuridicidad significa la [conducta] contraria al Derecho penal [con juicios objetivos y subjetivos], mientras que [la imputación personal] (culpabilidad) significa la posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable” (Mir Puig, 2016: 149). En efecto, si el análisis de una conducta supera los filtros anteriormente mencionados, será considerada una conducta delictiva, pero, si la conducta no supera los escaños de la ruta metodológica para el análisis del delito, la conducta mantendrá un sentido irrelevante para el Derecho Penal.

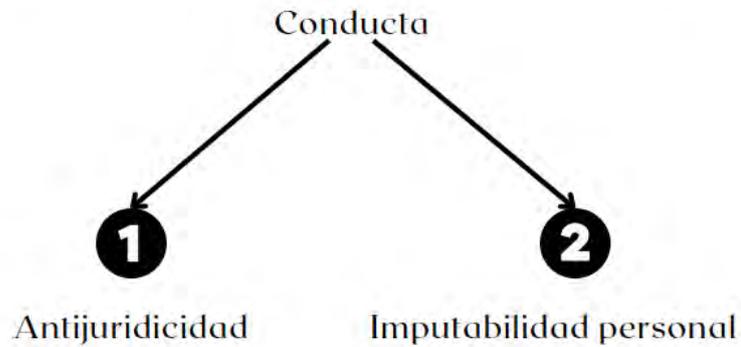


³ Ante la prevalencia de nuevos bienes jurídicos, surgen los delitos económicos, en los que “es consustancialmente un delito empresarial, es decir, cometido en una organización de personas” (Silva Sánchez, 2020: 29). En otras palabras, el delito no solo puede ser cometido por el ser humano, sino que también puede ser cometido por una persona jurídica.

⁴ El cambio de etiqueta de “culpabilidad” a “imputación personal” es semántica y material. Semánticamente, “la culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social” (Villavicencio, 2011: 565). Materialmente, el objeto de la culpabilidad trae a colación una relación moral y ética con categorías que el Derecho penal ha superado con el tiempo. Ahora, el objeto del derecho penal busca la neutralidad bajo principios constitucionales o valoraciones libertarias, que no se relacionan mucho con lo ético o la moral. Por ello, consideramos que la etiqueta de imputación personal tiene una correcta función en la doctrina penal contemporánea.



Elementos del delito



Enrique Alberto
Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico

En aplicación, la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS, con respecto al tema de fondo, a nuestro juicio, contiene tres subpuntos jurídicos sustanciales: 1) el análisis de la participación en los delitos contra la administración pública, 2) el delito de colusión y 3) los límites a la imputación subjetiva: el principio de prohibición de regreso. A continuación, se tratarán los subpuntos mencionados.



Sentencia de Casación N. 526-2022/CS

- 1** El análisis de la participación en los delitos contra la administración pública
- 2** El delito de colusión
- 3** Los límites a la imputación objetiva: el principio de prohibición de regreso

Enrique Alberto
Pimentel Palomino

Caso Monroy - Informe Jurídico



1) Con respecto al análisis de la participación en los delitos contra la administración pública

Para poder cubrir el ámbito de aplicación de este tema, debemos remitirnos al terreno de la parte general de los delitos contra la Administración Pública (DAP). Los DAP son delitos especiales, delitos que, en su mayoría, exigen de alguna cualidad especial de parte del autor.

Es decir, los delitos especiales se describen como aquellos que solo pueden ser realizados por personas que poseen ciertas características o condiciones específicas requeridas por el tipo penal. Esta es la esencia de los delitos especiales, pues no cualquiera puede cometerlos. (Gómez Martín, 2003: 32 – 33).

Bajo ese punto, los DAP, en su gran mayoría (especialmente en el delito de colusión), exigen que el autor sea un funcionario público. Sin embargo, surge la cuestión siguiente: “¿Un ciudadano (*extraneus*) que no es funcionario público (*intraneus*) puede ser sancionado penalmente por un delito funcional?” (Montoya Vivanco, 2015: 51)

Si bien es claro que los tipos penales de los DAP describen comportamientos de autores, las reglas de la parte general, en específico la autoría, que se encuentra regulada en el artículo 23 del Código penal peruano⁵, y, en específico la participación, que se encuentra regulada en el artículo 25 del Código penal peruano⁶, deben mantener una concordancia de interpretación sistemática con el artículo 26⁷ del mismo instrumento legal. Por tanto, si bien no existe un artículo específico que establezca la participación en delitos contra la Administración Pública, es posible argumentar que no es óbice para dejar en la impunidad contribuciones de *extraneus*.

Por lo anterior, a pesar de que existan dos teorías, las teorías de la impunidad⁸ y las teorías de la responsabilidad, a nuestro juicio, la última teoría es la más adecuada, en

⁵ Código Penal: Artículo 23.- El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

⁶ Código Penal: Artículo 25.- El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. (...)

⁷ Código Penal: Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

⁸ Robles Planas, uno de los principales defensores de esta teoría, argumenta que el individuo externo o ajeno (*extraneus*) nunca será penalmente responsable de un delito especial. Su

la que el *extraneus* sí es susceptible de calificación participativa en los delitos funcionariales. En efecto, “las teorías de la responsabilidad sostienen que el *extraneus* que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente” (Montoya Vivanco, 2015: 68).

De ese modo, según Montoya, citando a Rueda Martín, el individuo ajeno o *extraneus* puede ser penalmente responsable de un delito especial llevado a cabo por el intraneus en su capacidad de autor. Esto se debe a que, aunque el *extraneus* no forma parte oficialmente del conjunto de posibles autores (por ejemplo, no posee la característica específica de ser un funcionario público), su participación auxiliar contribuye a la violación o amenaza del bien jurídico que se encuentra en una posición de vulnerabilidad con respecto al intraneus. (2015, 69). En consecuencia, el título de imputación para el ciudadano que no es funcionario público (*extraneus*) debe tener una sanción por el delito especial con respecto a la contribución de vulnerabilidad del bien jurídico en cuestión⁹.

Entonces, la teoría de la unidad del título de imputación señala que el sujeto externo a la Administración Pública, será sancionado como partícipe del delito especial de corrupción que se haya cometido. Por ejemplo, ante un delito de colusión, el funcionario público será autor del tipo penal mientras que el *extraneus* responderá por su participación, como cómplice primario, secundario o instigador.

En conclusión, en los delitos contra la administración pública, si bien los comportamientos de participación del *extraneus* no se encuentran regulados directamente, consideramos que, bajo una interpretación sistemática, aquel que no tiene la calidad especial puede ser sancionado por su contribución en la vulneración a un bien jurídico funcional en la Administración Pública.

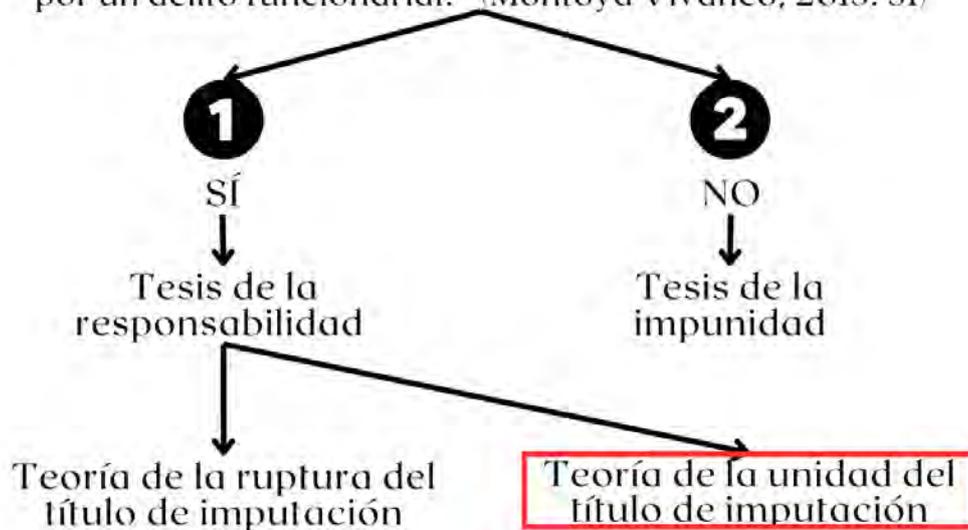
argumento se basa en que la responsabilidad penal de este sujeto es independiente o principal, y no surge de la responsabilidad del perpetrador del delito especial. (Montoya Vivanco, 2015: 67)

⁹ Rueda Martín señala que “[por el lado objetivo], La idea fundamental que determina la tipicidad de los delitos especiales contra la Administración pública es el control social predominante que ejerce el funcionario público, donde ciertos bienes jurídicos se ven involucrados de manera esencial o incidental para el desempeño de funciones sociales en las que el *extraneus* es partícipe en un delito contra la Administración pública. Desde el punto de vista subjetivo, el *extraneus* está consciente de que el bien jurídico que se pretende transgredir en dicha estructura social es más accesible para el funcionario público o para la autoridad.



Con respecto al análisis de la participación en los delitos contra la administración pública

“¿Un ciudadano (extraneus) que no es funcionario público (intraneus) puede ser sancionado penalmente por un delito funcional?” (Montoya Vivanco, 2015: 51)



El presente informe se decanta por la teoría de la unidad del título de imputación

Enrique Alberto
Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico

2) Con respecto al delito de colusión

El delito de colusión simple y agravada se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal¹⁰. Como primer punto, en cuanto al bien jurídico protegido, por un lado, en el bien jurídico protegido¹¹ del delito de colusión, “el sector mayoritario considera al patrimonio como uno de los bienes específicos a proteger, pero agrega que el tipo también protege los deberes de lealtad, la legalidad del ejercicio funcional, el carácter público de la función, entre otros” (Ingrid Díaz, 2016: 157)

Por otro lado, Montoya, citando a Erick Guimaray, indica que “el bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este” (Montoya, 2015: 137)

La jurisprudencia nos señala lo siguiente: por un lado, la Casación 542-2017/Lambayeque señala que el bien jurídico en el delito de colusión es la “expectativa del Estado en la leal, idónea, diligente y satisfactoria representación de los intereses del Estado en cualquier proceso de negociación con terceros” (fundamento noveno).

Por otra parte, la Sentencia de Casación 1546- 2019/Piura considera que el bien jurídico es

“(1) el correcto funcionamiento de los organismos del Estado en el ámbito de la contratación y de la liquidación —al proceso de contratación y, de otro lado, a lo que se debe pagar—, de manera que se garanticen los principios de economía y eficiencia en los procesos de gasto público, así como, colateralmente, (ii) la evitación del riesgo contra los principios de objetividad, imparcialidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. En suma, legalidad del ejercicio funcional en el ámbito de la contratación pública en aras de la asignación eficiente de los recursos públicos”. (Fundamento tercero)

¹⁰ Código Penal: Artículo 384. -El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, (...)

¹¹ El Bien Jurídico se refiere a las situaciones o propósitos que son esenciales para una vida social segura y libre que respalde los derechos humanos y fundamentales de las personas, o para el funcionamiento efectivo del sistema gubernamental establecido para lograr dicho objetivo. (Roxin, 2007: 448)

Entonces, si bien existen diversas propuestas para establecer el bien jurídico del artículo 384, consideramos que los bienes jurídicos protegidos son la legalidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas, incluyendo a este espectro el patrimonio administrado por el Estado. (Pariona Arana, 2017: 25)

Como segundo punto, con respecto a los elementos típicos del delito de colusión, cabe desarticular los siguientes aspectos: 1) funcionario/servidor público; 2) intervención directa o indirecta por razón del cargo; 3) cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado; 4) concertación; 5) interesados; y 6) defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado.

- 1) El sujeto activo del delito de colusión es un funcionario público especial: “el funcionario o servidor público, quien tiene deberes especiales, como el de intervenir, por razón de su cargo, en cualquier etapa de los procesos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”. (Pariona Arana, 2017: 31 - 32) De ese modo, el funcionario/servidor público puede tener dos elementos: “el título habilitante para cargo público (que puede ser otorgado por ley, elección o designación por autoridad competente) y la Participación en el ejercicio de funciones públicas (como posibilidad de toma de decisiones en la Administración pública)”. (Montoya Vivanco, 2015: 40)
- 2) Con respecto a la intervención directa o indirecta por razón del cargo, para la intervención directa del funcionario con deberes especiales de contratación, deberá ser sancionado como autor del delito de colusión. Para la intervención indirecta, la Sentencia de Casación 1626-2018 /San Martín indica que la concertación con el o los interesados pueden efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. (fundamento 10.3)
- 3) Con respecto a cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, es necesario dirigirse a las normas extrapenales, sobre todo

administrativas, como los regímenes de contratación pública. Por ejemplo, la normativa aplicable puede ser la Ley de Contrataciones del Estado, el Decreto Legislativo de Asociaciones Público-Privadas, la Ley de Obras por impuestos, etc. Además, cabe señalar que esta intervención puede suceder en cualquier fase de la contratación pública (fase preparatoria, fase de selección y fase de ejecución).

- 4) Con respecto a la concertación, el delito de colusión es un delito de encuentro¹². De ese modo, tanto el funcionario como el interesado concertarán para generar el riesgo penalmente relevante contra la Administración Pública. El verbo "concertar" implica un acuerdo ilegal entre un particular y un agente público que representa los intereses del Estado. Es importante destacar que este tipo de acuerdos son ilegales y van en contra de la ética y la transparencia en la gestión pública. Así, según Pariona, se trata del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado. (2017: 43)

- 5) Con respecto al interesado, en el punto 1, ya se analizó al funcionario público. En cambio, para el tercero, este es considerado como el particular interesado dentro de las fases de la contratación pública. Este sujeto, a diferencia del funcionario público, no cuenta con deberes especiales. Para la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N. 1408 – 2007/Lima Norte, el particular actúa con el título de imputación de complicidad o inducción¹³. Sin embargo, una crítica interesante es que, en el delito de colusión, no se puede considerar al interesado como un simple cómplice o colaborador, ya que conjuntamente con el funcionario público, ambos cometen el delito. La interpretación del delito de colusión como un delito de participación necesaria y encuentro, demuestra la relevancia de la

¹² Montoya señala que los delitos de encuentro son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse. (2015: 63)

¹³ “Ha habido cuestionamientos respecto a la condena por complicidad en el delito de colusión a aquellos que no son funcionarios públicos, específicamente a los acusados que no están vinculados a Serpost. En respuesta a esta objeción, es necesario reafirmar la doctrina legal establecida por este Supremo Tribunal. El delito de colusión es un delito de encuentro, que implica la intervención de un funcionario público y de quien se pone de acuerdo con él, siendo este último un participante necesario. Aunque la conducta del individuo favorecido con el contrato colusorio no tiene una descripción típica explícita, su participación ha sido esencial para llevar a cabo el fraude por concertación, lo que sin duda debe ser penalizado como cómplice primario. No puede ser considerado coautor porque no cumple con la característica personal específica que el delito requiere: ser funcionario o servidor público. Sin embargo, el desprecio por la acción puede ser menor que el del autor”. (Fundamento noveno)

intervención del interesado como la contraparte del funcionario en el acuerdo ilícito. Por lo tanto, ambos son igualmente responsables y el injusto penal del delito es cometido por los dos. En resumen, en el caso de los interesados en el delito de colusión, la participación activa en el pacto ilícito los convertiría en coautores del delito. (Pariona Arana, 2017: 121 – 122).

- 6) Con respecto a la defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado, el tipo de colusión se “agrava”. No obstante, para la Casación 542-2017-Lambayeque, el delito de colusión simple es un tipo totalmente distinto al delito de colusión agravada, ya que “(...) El elemento normativo “para defraudar al Estado” (denominado modalidad simple) y “defraudare patrimonialmente al Estado” (denominado modalidad agravada) no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o en su caso lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada). En la segunda modalidad, se regula un “delito de resultado”, lo que implica que para su consumación se requiere acreditar una lesión efectiva del patrimonio del Estado”. (fundamento décimo octavo)

Como tercer y último punto, en el tipo subjetivo, el artículo 384 del Código Penal exige que el delito sea doloso. El dolo, según el artículo 12 del Código Penal peruano, establece que “las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa (...)”¹⁴. Como el dolo no tiene un concepto normativo, se ha tenido distintos estudios para su contenido y aplicación. Por ello, es posible diferenciar cuatro enfoques:

“En primer lugar, un enfoque psicológico volitivo, que, para afirmar el dolo, exige probar la efectiva existencia de los elementos cognitivo y volitivo en la mente del autor. En segundo lugar, un enfoque psicológico cognitivo, que únicamente requiere la prueba del elemento cognitivo. En tercer lugar, un enfoque normativo volitivo, que no pretende probar la efectiva concurrencia de los elementos del dolo, sino que establece criterios para imputar al sujeto el conocimiento y voluntad de realizar el tipo. Finalmente, un

¹⁴ Aunque el actual artículo del Código Penal no proporciona una definición de “dolo” desde su origen, lo establece únicamente para la simple atribución penal como norma general de la tipicidad subjetiva. Por lo tanto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado acercarse a un concepto para su correcta atribución. (Pimentel, 2023)

enfoque normativo cognitivo, que elabora criterios de atribución del conocimiento para calificar la conducta como dolosa”. (Sánchez-Málaga, 2016: 64)

Este informe se decanta por el enfoque cognitivo normativo. El dolo sería la imputación del conocimiento. Según Ramón Ragués, el dolo es la imputación el conocimiento bajo los siguientes criterios normativos: (1999)

- **Los conocimientos mínimos:** Se refieren al conocimiento atribuible a cualquier sujeto imputable sobre situaciones mínimas. Por ejemplo, se infiere que una persona mayor de edad conoce que el fuego quema.
- **Las transmisiones previas de conocimientos:** Se refieren al conocimiento atribuible a un sujeto imputable cuando se haya acreditado. Por ejemplo, se infiere que un contador conoce sobre las normas tributarias por sus documentos de estudio de pregrado o posgrado.
- **La exteriorización del propio conocimiento:** Se refieren al conocimiento atribuible a un sujeto imputable simultáneo al hecho. Por ejemplo, se infiere que un sujeto conocía el manejo de un arma que disparó cuando, antes de hacerlo, comentó que es policía y que, se acreditó, su función.
- **Las características del sujeto:** Se refieren al conocimiento atribuible a un sujeto imputable que se entienden vinculados a su rol estereotipado. Por ejemplo, se infiere que un médico cirujano conoce la ubicación de las arterias cuando la víctima fue acuchillada por este en dichas zonas del cuerpo.
- **Conocimiento espacial:** Se refieren al conocimiento atribuible a un sujeto imputable en el momento del injusto. Por ejemplo, se infiere que los dueños de una discoteca que no tiene autorización de funcionamiento conocen del riesgo que generan cuando admiten a clientes que exceden el aforo y el local solo tiene una salida.

En este sentido, en el delito de colusión, el dolo se imputará a través de la inferencia del juez por la exteriorización del conocimiento que el sujeto activo, cómplice o instigador haya realizado con su conducta. Por ejemplo, en el delito de colusión, dentro del aspecto probatorio, son los indicios los que forman el análisis del razonamiento probatorio del juez. (Pariona Arana, 2017: 143) Así, se podrían tomar aspectos como el objeto de la persona jurídica, la experiencia del postor, reuniones extraoficiales entre el funcionario y el tercero interesado, las pericias de valor de la contratación pública, la selección irregular, los tipos de documentos entregables, etc. Estos medios probatorios podrían

ser parte de las transmisiones previas de conocimiento o las características del sujeto.
Dependerá del tipo de conducta para atribuir el conocimiento.



3) Con respecto a los límites a la imputación objetiva: el principio de prohibición de regreso

La imputación objetiva es la actividad del operador jurídico a través de la cual se hace responsable a un determinado sujeto jurídico por un suceso. Sin embargo, la imputación objetiva tendrá ciertas aproximaciones según cada teoría. En este informe, se expondrán tres tesis principalmente: la tesis de Claus Roxin, la tesis de Günther Jakobs y la tesis de Santiago Mir Puig.

En primer lugar, según Claus Roxin, la imputación objetiva es la realización de un riesgo penalmente relevante en un resultado lesivo. Para ello, introduce el juicio de imputación objetiva desde la creación de un riesgo penalmente relevante. Es decir, por un lado, desde el juicio de valor de la acción, el sujeto aumenta un riesgo permitido o crea un riesgo prohibido. Por otro lado, desde el juicio de valor del resultado, el sujeto realiza un riesgo derivando el resultado. “Resumiendo, se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido, y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo”. (Claus Roxin, 1997: 93)

En oposición a ello, para la exclusión de la imputación objetiva de la acción, el sujeto no crea ningún riesgo, actúa dentro del riesgo permitido, disminuye el riesgo o no controla el riesgo mientras que, para la exclusión de la imputación objetiva del resultado, el sujeto crea un riesgo distinto al riesgo que produjo el resultado, hay una autopuesta en peligro de la víctima, el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma o se produce una conducta alternativa adecuada a derecho. (Claus Roxin, 1997: 97 - 131)

En segundo lugar, según Günther Jakobs, la imputación objetiva tiene un criterio puramente normativo desde el punto de vista de que la conducta tiene un carácter objetivo cuando es delictiva. Así, para el autor, los seres humanos somos parte del mundo social y, como tal, tenemos la responsabilidad de cumplir con ciertos roles. En primer lugar, estos roles establecen un estándar que debemos administrar en nuestro actuar social. En segundo lugar, cuando se presenta una situación que involucra a un autor, una víctima o a terceras personas es importante determinar quién es responsable del suceso. Si alguien ha fallado en cumplir con su rol, ya sea como autor o víctima, es importante que asuma las consecuencias correspondientes. Finalmente, es importante

resaltar que esta regla aplica tanto para hechos dolosos como para hechos imprudentes. (Günther Jakobs, 1996: 91 – 101)

En oposición a ello, la imputación objetiva se excluirá por tres situaciones: el principio de prohibición de regreso (conducta estereotipada inocua que favorece al hecho delictivo de otro), el principio de confianza (división del trabajo y organización) y el ámbito de responsabilidad de la propia víctima (autoexposición de la víctima). (Günther Jakobs, 1996: 145 – 169)

Finalmente, según Santiago Mir, la antijuridicidad penal requiere la realización de un tipo penal sin causas de justificación. Así, la tipicidad penal es necesaria para que un hecho sea antijurídico. Es decir, que esté específicamente establecido en la ley como un determinado tipo de delito. Esto asegura que el acto tenga relevancia penal, ya que no todos los actos ilícitos tienen carácter penal, sino sólo aquellos que se enmarcan en un tipo específico de delito. (Santiago Mir, 2016: 158)

En oposición a ello, según el autor, para que se configure un delito, es necesario que una conducta humana se ajuste a un "tipo" de comportamiento previsto. Sin embargo, esto no es suficiente, ya que puede ocurrir que dicho comportamiento típico esté justificado por una causa de justificación. En este caso, no habrá antijuridicidad en la conducta y no se podrá considerar que se trata de un delito. (Santiago Mir, 2016: 432)

El presente informe se decanta por las dos primeras posturas (Claus Roxin y Günther Jakobs). No obstante, entre ambas tesis, la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS se inclina mayoritariamente por la tesis de Günther Jakobs. De ese modo, se desarrollará dicha tesis, sobre todo en cuanto a la exclusión de imputación objetiva en el extremo del principio de prohibición de regreso.

Para Günther Jakobs, como se señaló anteriormente, la sociedad se fundamentaría en la división de roles. Estos roles tendrán un concepto estereotipado o social. En efecto, si un sujeto actúa dentro de su rol socialmente estereotipado, su conducta estará acorde al derecho. Por ejemplo, Caro Jhon expone un ejemplo ilustrativo: el caso del estudiante. Un estudiante que trabajaba sus lecturas hasta altas horas de la noche todas las semanas ayudaba con la luz de su cuarto a que las personas puedan pasar con buena visión en la oscuridad, pero un día dejó de hacerlo y una señora que pasaba por la oscuridad se lesionó al caerse. La pregunta es la siguiente: ¿el estudiante es

responsable de esas lesiones? Y la respuesta es no, debido a que él tiene un rol de estudiante, pero ningún deber con los ciudadanos que caminen por su casa en las noches. (Efaja Lima, 2015: 28:00 – 32:00)

En efecto, uno de los límites de imputación objetiva que Jakobs señala, según los roles, es el principio de prohibición de regreso. Según el autor, el primer paso en el análisis de las acciones para determinar si resultan relevantes desde un punto de vista penal, es identificar el papel que juega el agente dentro del contexto de la acción. De esta manera, la idea de "rol" se refiere a "un sistema de posiciones que están definidas normativamente y que pueden ser ocupadas por diferentes individuos". Por ello, ante cualquier hecho que genere un delito, es necesario analizar los roles de cada sujeto. "He aquí el punto decisivo, la aportación del tercero no sólo es algo común, sino que su significado es de modo estereotipado inocuo. (Günther Jakobs, 1998: 21)

Por ejemplo, Feijoo Sánchez expone el caso de un taxista que realiza un viaje estándar, como muchos otros que ha realizado, y que sospecha, debido al origen y destino del viaje, que el pasajero lleva consigo un paquete con droga en su interior. Se concluye que, en general, estas conductas no deberían ser prohibidas, ya que no tienen sentido hacerlo por el hecho de que ocasionalmente alguien pueda aprovecharlas para cometer un delito. Este argumento destaca que estas acciones no son intrínsecamente ilegales y que es importante considerar todas las circunstancias antes de determinar que ellas constituyen un delito. (2020: 138-140)

No obstante, el presente informe jurídico considera que este análisis aún es escueto e insuficiente. Por ello, si bien se adopta la tesis de Günther Jakobs, como posición personal, **este análisis sobre el principio de prohibición de regreso se adherirá a la teoría de Mario Maraver sobre el principio de prohibición de regreso (tesis doctoral)**.

A modo de introducción, Maraver sostiene que el principio de prohibición de regreso se inspira en el principio de autorresponsabilidad: no todo es de todos. Es decir, cada sujeto tiene deberes de garante por competencia (control de riesgo) o deberes de garante por institución (protección del bien jurídico). Así, como primer punto, se posiciona el principio de prohibición de regreso en los deberes de garante por competencia para delimitar estos deberes de garante y después, como segundo punto, analizar si la conducta es neutral.

Maraver sostiene que se puede invocar el principio de prohibición de regreso cuando hay, por lo menos, dos sujetos: A y B. A realiza una conducta y B toma la conducta de A y le da sentido delictivo. La conducta de A es un aporte. A sería una suerte de complicidad o de “coautor”, pues se ha hecho un aporte importante y casi simultáneo a lo que hace B. ¿Entonces, cuándo A puede invocar una prohibición de regreso? A puede invocar la prohibición de regreso cuando realiza un comportamiento dentro del orden. Si el sujeto se mantiene dentro de su límite, por más que causalmente se entienda como aporte, no responde como autor.

Es necesario señalar que la prohibición de regreso no es un sinónimo del comportamiento “estereotipado”. Se puede afirmar que la “prohibición de regreso es el género y el comportamiento neutral es la especie”. De ese modo, el principio de prohibición de regreso solo rige cuando estamos ante garante por competencia de organización o, como lo indica Maraver, “un competente del control de riesgos”, es decir, marcado por ese “deber”, el hecho de que la organización del sujeto no dañe a terceros. (Maraver, 2007: 406)

Entonces, es necesario delimitar quién tiene posición de garante y competencia sobre una actividad determinada, y qué riesgos le compete a cada sujeto. Entonces, en la prohibición de regreso está “A” que le compete un determinado ámbito y “B” que le compete otro determinado ámbito.

En el ejemplo anteriormente expuesto sobre el taxista, este puede hasta saber incluso que el pasajero lleva droga, pero si él sigue a su velocidad normal, respeta las reglas de tránsito, mantiene su carro en buen estado, no busca atajos. El taxista, en términos causales, ha aportado a algún delito relacionado al tráfico de drogas, pero él puede argumentar comportamiento neutral dejando de lado el título de imputación de coautoría o complicidad, aun así, conozca (dolo) del curso lesivo. En los términos de la delimitación de garante, el taxista tiene garante por competencia, pues le compete el riesgo de su automóvil, no atropellar a la gente, no cruzar la luz roja, no andar a velocidad no permitida, etc. Es decir, al taxista le compete todo riesgo que salga de su auto, pero no le compete otros riesgos.

En cuanto a la autoría y participación, la prohibición de regreso excluye la autoría y coautoría, pero no la complicidad. La diferencia entre quienes son autores y quienes, al

no serlo, sólo pueden responder como partícipes se encuentra en la posición de garante o en la competencia frente el riesgo. La idea es demostrar que el participante no es simplemente alguien a quien se le atribuye el incidente con un menor nivel de responsabilidad o sin poder reconocerle como autor, sino alguien sobre quien, desde un principio, la imputación debe llevarse a cabo de manera diferente. La referencia no es directamente el curso dañino, sino el comportamiento del tercero responsable que contribuye a la producción del resultado penalmente relevante. (Maraver, 2007: 410-411)

Adicionalmente, como complemento de Maraver, el profesor Joachim Hruscka tiene una aproximación interesante sobre el Principio de Prohibición de Regreso. Hruscka sostiene que la acción se define como una "conducta libre" (actio libre) que implica la independencia del sujeto con respecto a los impulsos que lo determinan. Esta libertad implica la posibilidad de actuar racionalmente, ya que el individuo se enfrenta a la cosa a conocer sin dejarse llevar por impulsos naturales, sin condicionamientos que limitan su libertad de forma sustancial. (2000: 196)

De ese modo, la imputabilidad es considerar un proceso como acción libre y esta libertad es la imputabilidad de la acción. Sin embargo, como exclusión de esta imputación está el principio de prohibición de regreso. Por ello, la prohibición de regreso no determina la libertad del autor porque el autor actúa libremente. Así, la prohibición de regreso llama la atención de una contradicción que se da cuando se comprende un proceso físico como libre y a la vez como naturalmente necesario (como actio libera y como actio physique necessaria) junto a otro proceso libre, pero delictivo, de un tercero que conduce la primera acción. (Hruschka, 2000: 196)

En conclusión, de todos los aspectos analizados, este informe considera que el principio de prohibición de regreso tendrá que ser analizado, primero, desde un punto de vista de la delimitación del deber de garante por competencia (control de riesgos) para, después, analizar si la conducta es neutra. Así, bajo este análisis, que propone la tesis Maraver, primero, se excluirá el título de imputación de autor para, después, evaluar si se excluirá el título de imputación de cómplice o inductor.



PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE REGRESO



Enrique Alberto
Pimentel Palomino

Caso Monroy - Informe Jurídico



En aplicación a la pregunta correspondiente, se responderá a la cuestión “¿Los informes que realizó Juan Doroteo Monroy Gálvez cumplen con los supuestos de imputación objetiva o pueden ser evaluados desde el principio de prohibición de regreso?” desde los tres puntos teóricos analizados anteriormente.

En primer lugar, con respecto al análisis de la participación en los delitos contra la administración pública, es claro que el presente informe sigue la teoría de unidad de título de imputación en los delitos contra la administración pública. De ese modo, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez sí podría ser pasible de ser imputado como cómplice del delito de colusión.

El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez es un *extraneus* que, a solicitud de PROINVERSIÓN, realizó cuatro informes legales sobre el oficio de la Vicecontraloría, el cual indicaba que los Consorcios, en los que participaba Odebrecht, no debían de firmar el contrato de buena pro en la fase de selección, debido a que tenía procesos contra el Estado. Estos informes indicaban que el oficio de la Vicecontraloría era inocuo en sus conclusiones. Uno de los análisis es que el oficio se refería a un sujeto procesal distinto al de la fase de selección de la contratación pública.

De ese modo, cuando PROINVERSIÓN recepcionó el Informe N.1, procedió a continuar con la firma de los Consorcios en los que Odebrecht participaba. Siendo así, por el principio de accesoriedad, se habrían identificado a los autores, como Percy Velarde Zapater (Asesoría Legal de PROINVERSIÓN), y a Juan Doroteo Monroy Gálvez como cómplice primario. En consecuencia, se habría generado un ambiente de mega corrupción entre los funcionarios de PROINVERSIÓN y Odebrecht.

De esto, se puede señalar que, bajo la opción de que *extraneus* también pueden ser cómplices o instigadores de delitos contra la Administración Pública, los informes del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez habrían generado una contribución al hecho delictivo de corrupción. Por tanto, sí sería posible que él, por su contribución, pueda ser etiquetado como cómplice del delito de colusión. Sin embargo, aún es necesario analizar los otros dos filtros teóricos.

En segundo lugar, con respecto al delito de colusión, este delito se halla en el artículo 384 del Código Penal. Este artículo establece que “el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las

modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado (...)."

El verbo rector es la "concertación", entendida como el concurso de dos voluntades orientadas a una finalidad criminal: defraudar al Estado. Bajo este marco, y, en función a los criterios interpretativos basados en los principios de lesividad y mínima intervención, el delito de colusión simple supone una "puesta en peligro" del patrimonio del Estado. (Pariona Arana, 2017: 89)

En relación a la configuración del tipo penal del delito de colusión, Pariona indica que "el abarcamiento punitivo de la colusión simple supone el reproche de los actos de concertación orientados a defraudar al patrimonio del Estado". (Pariona Arana, 2017: 91)

En el caso, la fiscalía, en su relato fáctico, sí señaló que existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios de PROINVERSIÓN y Odebrecht. De manera causal, los informes que realizó el abogado Juan Monroy Gálvez sí habrían sido una contribución suficiente para concretar o materializar el acuerdo colusorio a fin de la defraudación del Estado por parte de los funcionarios y Odebrecht. Sin embargo, aún queda analizar el último filtro, y más importante, de imputación objetiva.

Finalmente, con respecto a los límites a la imputación objetiva: el principio de prohibición de regreso, este informe sigue la tesis de Maraver. De ese modo, es necesario evaluar si la conducta del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, por la emisión de sus informes, es parte de una conducta penalmente relevante o mantiene una línea de prohibición de regreso.

Por un lado, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez ciertamente tiene un deber de garante por competencia frente a la Administración Pública. Al ser un *extraneus*, el abogado tiene el deber de control de sus propios riesgos. Por ejemplo, tiene el deber de seguir las reglas de conducta de la normativa general frente a su rol de abogado consultor jurídico. Es así que puede tener una serie de deberes como responder a las consultas que le solicitan de manera óptima y adecuada desde el régimen ético y normativo.

Por otro lado, ahora que se sabe que Juan Doroteo Monroy Gálvez tiene un deber por competencia, es posible excluir la autoría (además no podría ser autor por no ser *intraneus*). Sin embargo, el problema es identificar la complicidad. Como anteriormente se señaló que el abogado tenía el deber de controlar sus riesgos dentro de su ámbito de cumplimiento, es necesario identificar si su conducta fue neutra.

Al identificar que los informes que realiza un particular no son vinculantes, al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez no le compete lo que terceros, sobre todo funcionarios, hagan con sus informes¹⁵. Lo que realmente le compete a Juan Doroteo Monroy Gálvez es ceñirse a realizar un informe óptimo de parte de quien lo solicite. En los informes que realiza el abogado, se puede identificar que el contenido contiene opiniones especializadas jurídicas propias de su profesión. Si bien existe una conclusión que perjudica la opinión de la Vicontraloría, los informes contendrán siempre una inclinación “inocua” siempre que se trate de opiniones fundamentadas del ámbito de la propia profesión. Por ello, sí es posible señalar que las conductas de Juan Doroteo Monroy Gálvez fueron neutrales, puesto que la emisión de sus informes se remite netamente al ejercicio de su posición.

En conclusión, como las conductas del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez no terminan de superar todos los filtros, sino solamente los dos primeros, nuestra postura considera que los informes que realizó el abogado Monroy no cumplen con los supuestos de imputación objetiva. Por tanto, pueden ser evaluados desde el principio de prohibición de regreso.

¹⁵ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 182.2.- Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.

¿El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez cumple con el rol de abogado consultor?

El encausado Juan Doroteo Monroy Gálvez se desempeñó como abogado consultor. De acuerdo a los hechos, su función, como consultor particular externo a la Administración Pública, se basó en emitir una opinión jurídica plasmada en cuatro informes legales a través de la solicitud de PROINVERSIÓN sobre las implicancias del Oficio N. 262-2005-CG/CV para concretar la fase de selección con las consorciadas Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari.

De ese modo, por un lado, cabe determinar cuáles son los parámetros que cumple un abogado consultor externo a la Administración Pública. Por otro lado, se debe indicar si el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez se desempeñó dentro de los parámetros de un abogado consultor externo a la Administración Pública.

Con respecto a los parámetros que cumple un abogado consultor externo a la Administración Pública, es necesario identificar las bases de la profesión jurídica. Como acción principal, se encuentra el término “abogar”, que viene del latín *advocāre* y, de acuerdo a la RAE, hace alusión a la defensa en juicio, sea por escrito o de palabra. Además, como segunda acepción, define el término como “interceder, hablar en favor de alguien”¹⁶.

El Tribunal Constitucional indica que el abogado es el profesional del derecho que ejerce, entre otros servicios, la dirección y defensa de las partes en los procesos judiciales. La abogacía, así como el ejercicio de cualquier profesión, está al servicio y beneficio de la sociedad, por lo que su puesta en práctica debe estar imbuida de normas éticas y deontológicas¹⁷. Así, según Padilla y Frías, el abogado se concibe como el “Licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico. (2014)

La pregunta siguiente es cómo determinar el ámbito de movimiento legal de un abogado. Para ello, la limitación al ámbito estrictamente profesional hace que “el operador jurídico conforme su personalidad privada y personal como desee, pero que extreme la atención

¹⁶ (S/f). RAE.es. Recuperado el 24 de mayo de 2023, de <https://dle.rae.es/abogar>

¹⁷ Fundamento 8 del Expediente N. 03833-2008-PA/TC Madre de Dios

en el cumplimiento de las normas deontológicas establecidas en el entorno de sus tareas profesionales”. (Santana Ramos, 2018: 6)

Es de especial atención, entonces, analizar la deontología jurídica. Según Saldaña Serrano, la deontología –entendida esta en términos muy amplios– sería aquella disciplina encargada de establecer la naturaleza, fin y sobre todo los límites en los que se ha de encauzar una actividad profesional. Estas restricciones simplemente representan los deberes, principios y virtudes que deben ser seguidos por cualquier persona que ejerza una profesión. (2013: 38)

Para ello, corresponde identificar la función que cumple la profesión jurídica desde su finalidad en una función social. De acuerdo con Peces Barba, “se trata de un término general que engloba a todos aquellos que regularmente trabajan en el campo del Derecho, ya sea como creadores, intérpretes, asesores o aplicadores del mismo. Precisamente, es este papel el que distingue su actividad de la de los ciudadanos comunes” (Peces Barba Martínez, 1987: 72).

Así, teniendo como primera base el rol que debería de regir el comportamiento de un abogado, cabe analizar el rol de un abogado consultor. En específico, el abogado consultor “es el profesional a quien se solicita que dictamine, verbalmente o por escrito, sobre una o varias consultas que se le han formulado también en forma verbal o escrita”¹⁸.

En efecto, el abogado consultor es aquel profesional del Derecho que se dedica a la absolución técnica y especializada de consultas en una respectiva área del Derecho. Por ello, para que pueda evaluarse que el comportamiento del abogado consultor ha sido adecuado o conforme a Derecho, consideramos proponer **tres criterios concurrentes para determinar los contornos estereotipados del obrar acorde al rol profesional del abogado consultor:**

- 1. Criterio 1 – Comportamiento adecuado a la normativa:** En primer lugar, la conducta debe delimitarse a los principios de la Constitución Política como el principio al libre desarrollo y bienestar¹⁹. En segundo lugar, la conducta del

¹⁸ Abogado consultor. (s/f). Enciclopedia-juridica.com. Recuperado el 24 de mayo de 2023, de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/abogado-consultor/abogado-consultor.htm>

¹⁹ Constitución Política del Perú (art. 2.1)

abogado consultor debe encuadrarse al Código de Ética del Abogado como una conducta con valores morales objetivos²⁰. Finalmente, debe remitirse a las demás normativas del Derecho que rijan el comportamiento del abogado consultor.

En primer lugar, **con respecto a la Constitución Política del Perú**, el artículo 2 inciso 1 establece que “toda persona tiene derecho a (...) su libre desarrollo y bienestar”. Desde la jurisprudencia, por un lado, el Tribunal Constitucional indica que “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad”.²¹ (Fundamento 14: 20)

Por otro lado, del mismo modo, en otra sentencia, el Tribunal Constitucional expone lo siguiente: “[En el] derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, (...) la libertad natural del ser humano se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana [salvo límites razonablemente adecuados]”.²² (fundamento 23) (el agregado es nuestro)

Desde la doctrina, por un lado, se apunta que este derecho tiene su ámbito de protección constitucional en la libertad y, “en específico, en todo aquello que las personas decidan y deseen hacer, siempre que sea constitucionalmente admisible”. (Sosa Sacio, 2018: 188) Por otro lado, Robert Alexy, en su libro “Teoría de los Derechos Fundamentales”, analiza a la libertad general de acción como “la libertad de hacer y omitir lo que se quiera”. (2008: 333)

En conclusión, la norma suprema establece que las personas tienen derecho a su libre desarrollo. Eso incluye que, de acuerdo a su personalidad, el sujeto de derecho pueda tener la libertad de hacer o no hacer lo que desee siempre que no dañe la esfera de libertad ajena. En ese sentido, un abogado consultor actúa dentro de su libertad de manera que, al ser contratado, pueda brindar servicios de absolución de consultas.

²⁰ Código de Ética del Abogado (arts. 1, 2, 3, 5, 6.1 y 12)

²¹ Expediente N. 2868-2004-AA/TC – Áncash

²² Expediente N. 00032-2010-PI/TC – Lima

En segundo lugar, **con respecto al Código de Ética del Abogado**, es necesario reconocer que, según nuestra postura, su contenido es de irrestricto cumplimiento. A pesar de que esta norma no se encuentra publicada en “El Peruano”, su validez es reconocida. De hecho, si bien es necesario que una norma se encuentre publicada para su validez y eficacia, es posible señalar que, según el artículo 20 de la Constitución Política del Perú²³, el Código de Ética del Abogado es parte del cumplimiento profesional.

El Código de Ética del Abogado y su Reglamento fueron aprobados por la Resolución de Presidencia de Junta de Decanos 001-2012-JDCAP-P el 14 de abril de 2012. Ante ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que los colegios profesionales cuentan con autonomía para efectos de establecer su regulación y organización. (...) [Así] busca, esencialmente, controlar la formación y actividad de aquellos para que la práctica de la profesión colegiada responda a los parámetros deontológicos y de calidad exigidos por la sociedad a la que sirve²⁴. (Fundamentos 8 y 12)

En síntesis, según una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de la interpretación del Tribunal Constitucional, es posible señalar que el Código de Ética del Abogado es de obligatorio cumplimiento para el profesional en Derecho desde el punto de vista deóntico.

Entonces, es importante analizar los siguientes artículos para poder paramentar el rango de libertad de un abogado consultor. Según el artículo 1 del Código, el servicio de consultoría es parte del alcance de dicha norma.²⁵ Se puede afirmar que el abogado consultor se rige bajo los parámetros deónticos de esta norma.

²³ Constitución Política del Perú: Artículo 20.- Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

²⁴ Expediente N. 3954-2006-PA/TC – Lima

²⁵ Código de Ética del Abogado: Artículo 1.- En consecuencia, el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código.

Además, el artículo 2 del Código indica que “la Abogacía es una profesión liberal”.²⁶ Entonces, como se analizó anteriormente, la libertad no solo es parte de una protección constitucional, sino que puede ser entendida como la posibilidad de actuar racionalmente, ya que el individuo se enfrenta a la cosa a conocer sin dejarse llevar por impulsos naturales, sin condicionamientos que limitan su libertad de forma sustancial. (Joachim Hruschka, 2000: 196) Así, el abogado consultor puede actuar de manera libre bajo sus estándares profesionales de absolucón de consultas.

Asimismo, el artículo 3 señala que la abogacía tiene una misión. Parte de este fin profesional es la consolidación de un Estado de Derecho. “El Estado de Derecho es un modelo de organización que ha ido emergiendo y desarrollándose a lo largo de las condiciones históricas de la modernidad. Este modelo se estableció como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y requerimientos de la vida real, tanto de naturaleza socioeconómica como ética y cultural.” (Elías Díaz, 1996: 63) El abogado consultor debe respetar un Estado de Derecho en el marco de su libertad.

También, el artículo 5 establece que el abogado debe desempeñarse con estricta observancia de las normas jurídicas y de una conducta ética que refleje el honor y la dignidad profesional.²⁷ En efecto, es claro que el abogado consultor deberá absolver las consultas a su cargo siempre que no se transgredan las normas establecidas.

Del mismo modo, el artículo 6.1 reza que la actuación del abogado debe regirse a principios éticos.²⁸ Los principios son de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe (...). Estos deberes éticos del abogado consultor son principios que, desde el ámbito deóntico, deben dirigirse al bien social.

²⁶ Código de Ética del Abogado: Artículo 2.- La abogacía es una profesión libre. Cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia. Su objetivo esencial es la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general.

²⁷ Código de Ética del Abogado: Artículo 5.- El abogado y la abogada son servidores de la justicia y su deber profesional es defender los derechos de sus patrocinados, honrando la confianza depositada en su labor; la cual debe desempeñarse con estricta observancia de las normas jurídicas y de una conducta ética que refleje el honor y la dignidad profesional.

²⁸ Código de Ética del Abogado: Artículo 6.- Son deberes fundamentales del abogado: 1) Actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe; así como del honor y dignidad propios de la Profesión;

Finalmente, el artículo 12 señala que los servicios que preste el abogado deben tener una debida diligencia, además de cumplir con ciertos deberes como la información.²⁹ El abogado consultor deberá absolver las dudas de su contratista o cliente con responsabilidad profesional informando adecuadamente los alcances de su consulta.

En conclusión, es menester analizar sistemáticamente el Código de Ética del Abogado para establecer parámetros deónticos del comportamiento de un abogado consultor. En consideración a ello, se han analizado los artículos más relacionados a la conducta de un abogado consultor.

Finalmente, **con respecto a otras normativas que rigen el comportamiento del abogado consultor**, la conducta del abogado consultor no solo debe regirse a la norma suprema y su establecido deóntico. Para ello, es necesario remitir el análisis a otras fuentes del Derecho que rijan el comportamiento del abogado consultor para su debida responsabilidad. Por un lado, estas pueden ser leyes, códigos, reglamentos, etc. Por otro lado, una fuente importante se encuentra en la jurisprudencia de los órganos supremos (no necesariamente en el ámbito de Derecho penal) de modo que las resoluciones supremas podrían señalar distintos criterios para el adecuado comportamiento de un abogado consultor como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, etc.

Por ejemplo, el artículo 284 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la abogacía es una función social al servicio de la justicia y el Derecho.³⁰ Otro ejemplo se encuentra en el Código Penal que establece delitos en los que el abogado podría ser partícipe o, incluso, autor. De igual manera, el Código Civil puede establecer conductas regladas para un profesional, como el abogado, susceptibles de responsabilidad civil.

En conclusión, el aspecto normativo es un indicador objetivo para que se pueda analizar si el comportamiento de un abogado ha sido adecuado a la normativa.

²⁹ Código de Ética del Abogado: Artículo 12.- El abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el presente Código

³⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial: Artículo 284.- La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho. Toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el Abogado de su libre elección

Interpretaciones como la Norma Suprema y los códigos pueden dar luces para un análisis objetivo de una conducta neutral del profesional del derecho, en específico, del abogado consultor.

2. **Criterio 2 – Solicitud con apariencia jurídica:** “En principio, la doctrina concuerda en considerar que la apariencia se relaciona con una situación jurídica y, más precisamente, con un derecho subjetivo: se habla, justamente, de apariencia jurídica, de apariencia del derecho, de apariencia de la situación jurídica o, con una expresión específicamente construida, de *apparentia iuri*”. (Falzea Angelo, 1997: 177)

Para ello, es necesario remitirse al Derecho Civil para encontrar mayor información sobre la apariencia jurídica. Por ejemplo, otras acepciones indican que la apariencia jurídica es “la eficacia que el ordenamiento jurídico otorga a una situación jurídica que, en principio, es ineficaz, haciendo aparecer lo irreal como real, basándose en un fenómeno que manifiesta objetivamente a otro, a través de signos socialmente apreciables. (Vega Soyer, 2008: 280)

De ese modo, la doctrina civil señala que, para que se proteja la apariencia jurídica, es necesario contrastar los siguientes requisitos: en primer lugar, **el requisito objetivo o material**, “alude a la situación de hecho o fáctica en que se apoya el tercero o persona beneficiada por la apariencia, la cual indican una determinada situación jurídica que es, cabalmente, la que induce a obrar a quien percibe aquellos signos”. (Bustos Pueche, 1999: 68) En aplicación, el abogado consultor y el solicitante formarán un negocio jurídico que, a efectos concretos, tiende a ser permitido legalmente.

En segundo lugar, **el requisito subjetivo o psicológico** expone que se debe constatar si el protegido con la apariencia jurídica “actuó o no con buena fe y si fue llevado a error por una fuerza potencial suficiente del elemento objetivo o material”. (Bustos Pueche, 1999: 68) Para ello, la buena fe debe ser entendida desde un “estado de conocimiento con relación a un título o relación jurídica que afecta al tercero”. (Cano Martínez, 1990: 65) De este requisito, se bifurcan las siguientes situaciones: Por un lado, lo ideal es que el abogado consultor absuelva la consulta mientras lo solicitado aparente estar dentro del parámetro de la licitud. Por otro lado, sin embargo, a nuestro criterio, este conocimiento solo

se le será exigido o imputable siempre que la solicitud no cuente con la debida apariencia jurídica.

En tercer lugar, el **requisito formal** indica que el negocio del tercero sea a título oneroso para que pueda beneficiarse con la protección jurídica. (Bustos Pueche, 1999: 88) Es decir, la consulta que ha de ser absuelta también debe tener un valor oneroso, ya que, ante la ausencia del pago, la sospecha generada por una absolución gratuita puede reforzarse para revocar alguna conducta neutra de un abogado consultor. Además, este pago debe ser razonable y encontrarse dentro de una regulación adecuada al mercado de consultoría jurídica.

Finalmente, el **requisito negativo** hace referencia al carácter excepcional de la apariencia jurídica, en la medida que va contra la razón natural de las cosas, al beneficiar al tercero en contra del real titular del derecho. (Bustos Pueche, 1999: 88) Por ello, si la ley establece determinados contenidos como ilícitos, la apariencia jurídica no podrá alegarse. Por ejemplo, el Decreto Legislativo 1249 incorpora al abogado como “sujeto obligado a informar” sobre el delito de lavado de activos. Entonces, el abogado consultor no podría alegar un contenido con apariencia jurídica si la consulta que absuelve tiene una evidente relación con el delito de lavado de activos.

En conclusión, **una solicitud con apariencia jurídica** es un indicador objetivo-subjetivo para que se pueda analizar si el comportamiento de un abogado ha sido adecuado a la normativa. El análisis de los requisitos abordados puede brindar un mayor enfoque sobre una conducta neutral del profesional del derecho, en específico, del abogado consultor.

- 3. Criterio 3 – Respuesta delimitada a la consulta:** Otro fundamento del sentido estandarizado o neutral de la emisión de los informes legales radica en el contenido del documento. Por ello, la profesionalidad al emitir una opinión jurídica plasmada en un informe legal debe limitarse al análisis y conclusión de la propia consulta que se solicite.

En efecto, también, debe de tomarse en cuenta el análisis del producto del abogado consultor. Este producto debe regirse bajo datos estrictamente relacionados a la solicitud del cliente bajo una adecuada información. Para ello,

el artículo 15 del Código de Ética del Abogado brinda una aproximación al alcance del encargo que solicite el cliente. De ese modo, el abogado está obligado a explicarle al cliente con claridad, suficiencia e idoneidad los alcances e implicancias de la relación profesional. Para ello, **el presente trabajo propone tres subcriterios concurrentes para determinar si existe una respuesta delimitada a la consulta**: preguntas abiertas y preguntas cerradas, elementos de la comunicación y reglas específicas de redacción de textos. Al final, se concluirá en la síntesis de estos análisis.

En primer lugar, **con respecto a las preguntas abiertas y preguntas cerradas**, según la Real Academia Española (RAE), una interrogante indica “pregunta” y “cuestión dudosa”.³¹ Para ello, deben tomarse en cuenta el tipo de pregunta que se realice. El presente informe jurídico toma dos grandes grupos: las preguntas abiertas y las preguntas cerradas. Por un lado, las preguntas abiertas “son aquellas formuladas de manera que llaman al declarante a informarnos todo lo que conoce sobre el caso, pero con un foco o alcance delimitado”. (Moreno, 2020: 83) Las preguntas abiertas se utilizan cuando se desea formular una pregunta sin proponer una lista de respuestas. Una de las ventajas de la pregunta abierta es que “da a los encuestados la oportunidad de expresarse libremente sobre un tema”. (Parra, 2020)

Generalmente, las preguntas abiertas inician con las siguientes interrogantes: ¿qué..?, ¿cómo...?, ¿cuándo...?, ¿dónde...?, ¿por qué...?, ¿cuáles...?, ¿para qué...?, ¿cuán...?, ¿cuánto...?, etc. De este modo, el abogado consultor, si bien tiene libertad de poder responder abiertamente, incluso, bajo múltiples respuestas, es evidente que existen parámetros delimitados como alcances de la propia pregunta. Por ejemplo, si la pregunta tiene la siguiente forma “¿Qué implicancias tiene este documento A con respecto a este proceso B?”, el abogado consultor podrá realizar su análisis correspondiente, pero difícilmente podría ser entendida una respuesta parametrada si, además de responder las implicancias, realiza recomendaciones injustificadas en su informe.

Por otro lado, las preguntas cerradas son “interrogaciones formuladas de modo que permitan focalizar (...) un punto específico de información que sea relevante

³¹ Consultado en: <https://www.rae.es/dpd/interrogante>

(...) o, permitiéndole optar entre dos o más alternativas que se expresarán o estarán implícitas en la pregunta formulada”. (Moreno, 2020: 84) En otras palabras, las preguntas cerradas se utilizan cuando se desea proponer una lista de respuestas a los encuestados. (Parra, 2020)

Generalmente, las preguntas cerradas no inician con “¿qué...?, ¿cómo...?, ¿cuándo...?, ¿dónde...?, ¿por qué...?, ¿cuáles...?, ¿para qué...?, ¿cuán...?, ¿cuánto...?, etc.”. Por el contrario, es común que la pregunta ausente estos indicadores antes mencionados. Por ejemplo, si la pregunta tiene la forma siguiente: “¿El contrato tiene alguna cláusula de penalidad?”, el abogado consultor tendrá que concluir con una respuesta afirmativa o negativa. Cabe señalar que no debe confundirse una pregunta cerrada con una pregunta abierta. Por ejemplo: “¿podría dar mayor información?” Ante ello, la respuesta primigenia es afirmativa o negativa. Es decir, la respuesta no engloba la información que se tenga que dar, sino si es posible que se pueda dar una mayor información. Entonces, sigue siendo una pregunta cerrada.

En segundo lugar, **con respecto a los elementos de la comunicación**, para parametrizar la respuesta del abogado consultor, consideramos necesario realizar un símil con los elementos de la comunicación³². En primer lugar, se encuentra el emisor (solicitante de consulta), aquel que procede el mensaje. En segundo lugar, se encuentra el receptor (abogado consultor), el que recibe el mensaje. En tercer lugar, se encuentra el mensaje (la solicitud), la información que se transmite. En cuarto lugar, se encuentra el código (la solicitud redactada). Finalmente, se encuentra el canal (el documento), la vía por la que circula el mensaje.

Consideramos que, según los elementos de la comunicación, los dos factores más importantes para el abogado consultor son el mensaje y el código. Por un lado, el mensaje es importante porque transmite la información que se solicita. Es decir, la idea del solicitante está contenida en el mensaje; es lo que se pide que se absuelva. Por otro lado, el código es importante porque el mensaje llega transformado en el sistema semántico de la palabra escrita. Es decir, la redacción de lo que se pide que se absuelva.

³² Recuperado en: <http://huitoto.udea.edu.co/derecho/metodologial/comunicacion.pdf>

Finalmente, **con respecto a las reglas específicas de redacción de textos**, Shoschana Zusman indica que el texto jurídico debe ser claro, conciso y correcto. Claridad significa expresar exactamente lo que se quiere decir, usando palabras y frases comunes en lugar de oscuras, evitando eufemismos, eliminando adjetivos y adverbios excesivos, evitando vaguedades o evasivas, absteniéndose de usar expresiones como "parece", "parece", "se considera", o "se mantiene", y utilizando un lenguaje sencillo. (2011: 349 - 350)

La concisión involucra transmitir la máxima cantidad de información con el mínimo número de palabras. Para ello, se debe evitar repeticiones, eliminar redundancias como "mire, vea" o "correctamente incorporado". En otras palabras, es necesario delimitarse al punto y eliminar la información tangencial que no ayuda a establecer el punto principal. (2011: 349 - 350)

La corrección lingüística asegura el uso de la gramática correcta. Las reglas gramaticales son esenciales para comprender, hablar y escribir un idioma correctamente. Un informe legal con errores ortográficos no solo puede afectar la calidad general del contenido, sino su sentido sobre las ideas principales. (2011: 349 - 350)

Antes de pasar a las conclusiones, pensamos que es de suma importancia preguntarse lo siguiente: **¿si el contenido del informe no se delimita a la consulta, pierde su neutralidad?** La respuesta evidentemente es no. Es común revisar en los informes jurídicos apartados o agregados como recomendaciones o, incluso, preguntas adicionales que el abogado consultor analiza sin que el solicitante de la consulta las haya pedido.

Si bien estos casos pueden tener un análisis mayor para determinar la neutralidad. **El presente trabajo propone tres clasificaciones para este subcriterio, a partir de la valoración del contenido, para determinar si el agregado que supera los límites de la consulta convierte al contenido del informe jurídico en un contenido arbitrario:**

1. **Agregados necesarios:** Si el informe jurídico contiene apartados o recomendaciones que están ligados necesariamente a la consulta y son

estrictamente importantes para absolver la pregunta, el abogado consultor puede realizar un contenido mayor a la pregunta consultada para la conclusión del informe. Sin embargo, de todos modos, la relación de este contenido es tan sustancial que, ante su ausencia, no sería posible responder adecuadamente la pregunta solicitada.

Por ejemplo, si la pregunta es la siguiente: “¿hasta qué punto es necesario que exista una identidad entre el sujeto denunciado y el sujeto que realizó el hecho?”, es necesario responder, también, a la pregunta “¿cuándo debe considerarse iniciado un proceso judicial?”

- 2. Agregados innecesarios:** Si el informe jurídico contiene apartados o recomendaciones que no están ligados a la consulta, pero tampoco determinan la conclusión del análisis, estos agregados serán innecesarios. Es crucial que este apartado no determine objetivamente la conclusión final del informe jurídico del abogado consultor.

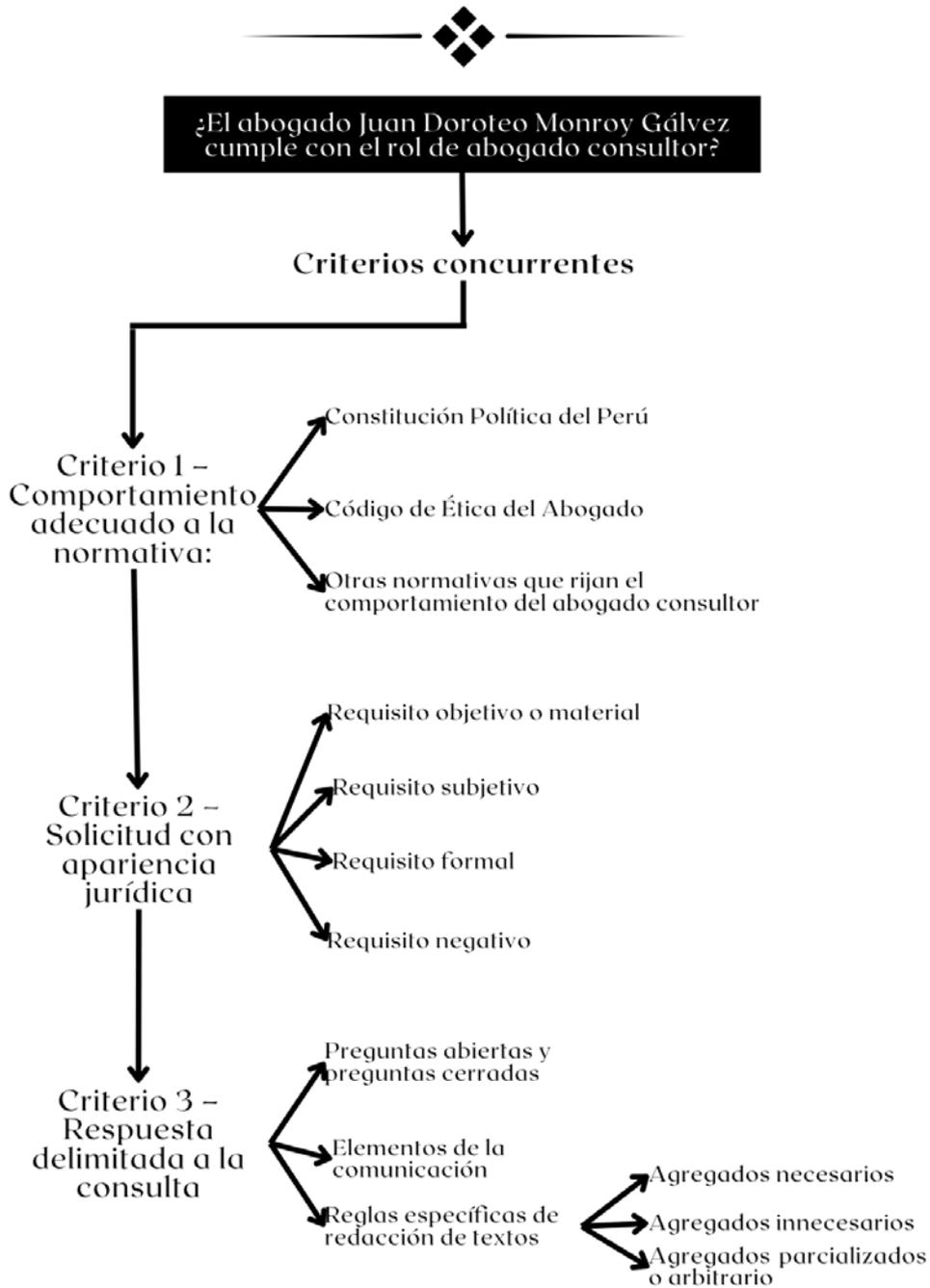
Por ejemplo, mantengamos la pregunta anterior: “¿hasta qué punto es necesario que exista una identidad entre el sujeto denunciado y el sujeto que realizó el hecho?”. Si el informe agrega lo siguiente: “En caso la demanda sea declarada improcedente y la resolución que así lo declara es apelada, ¿cuándo debe entenderse que se ha iniciado un proceso?”, es claro que este apartado es innecesario para responder a la pregunta principal. Es decir, en la conclusión del informe, no existirá una relación objetiva que indique que el agregado innecesario haya determinado el análisis de la absolución de la consulta.

- 3. Agregados parcializados o arbitrarios:** Este agregado o recomendación es el que puede traer problemas de neutralidad. Si el informe jurídico contiene apartados que no están ligados a la consulta ni fundamentados, pero sí determinan objetivamente la conclusión del análisis, estos agregados serán parcializados o arbitrarios.

Por ejemplo, con la pregunta “¿hasta qué punto es necesario que exista una identidad entre el sujeto denunciado y el sujeto que realizó el hecho?”. Si existe un apartado que señala “llama la atención que el

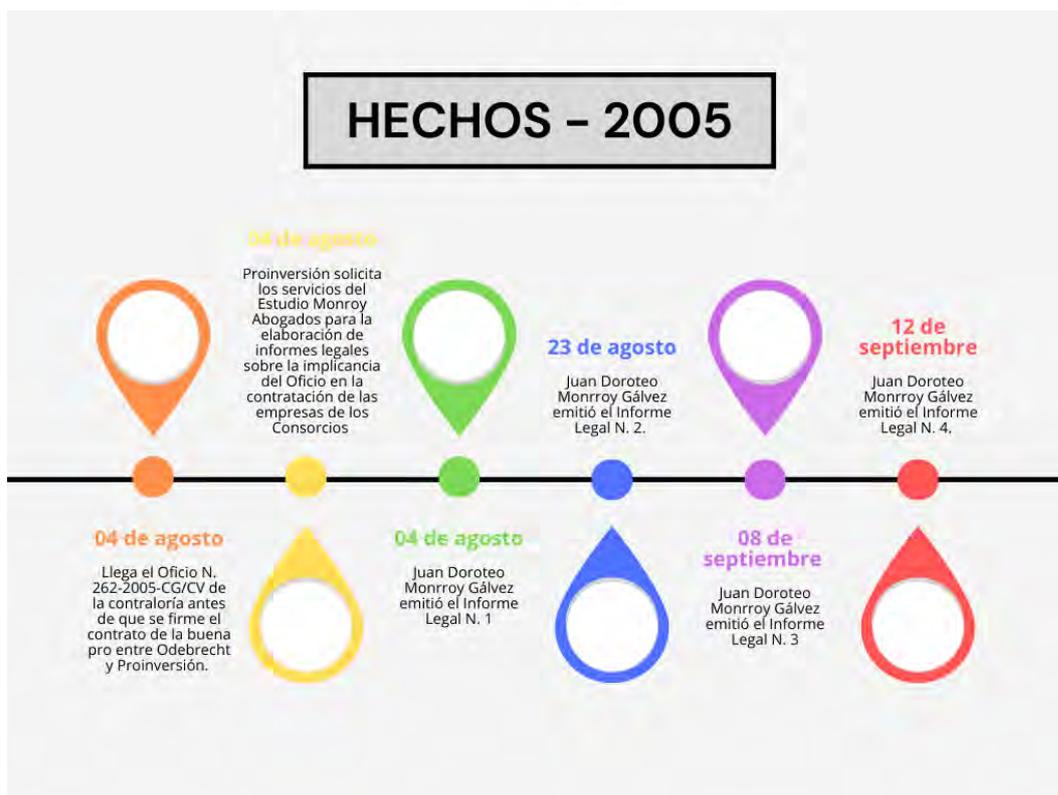
denunciado “X” no haya sido notificado por la fiscalía cuando tenía la obligación de hacerlo” y, con esto, la conclusión se vea objetivamente relacionada a este apartado, es claro que la respuesta extralimitaría los parámetros de la consulta, pues, si la pregunta se basa en la identidad del sujeto denunciado y el sujeto del hecho (sin nombre o identificación), no se puede identificar una relación con una respuesta sobre un caso concreto y sobre una respuesta que no responde directamente lo solicitado. Además, si la conclusión termina con un “no es necesario que exista ninguna relación entre el sujeto denunciado y el sujeto del hecho”, es posible razonar que la conclusión se habría visto relacionada con ese agregado parcializado o arbitrario.

En **conclusión**, si se sintetizan los tres análisis sobre la respuesta delimitada a la consulta, es posible parametrizar la respuesta. En efecto, el informe jurídico debe mantener una comunicación eficaz, es decir, un contenido delimitado a una pregunta abierta o a una pregunta cerrada. Además, el abogado consultor debe entender cuál es el mensaje de la consulta y debe identificar cuáles son los límites del código de la consulta. Finalmente, el informe del abogado consultor debe tener un contenido claro, conciso y correcto para mantener una respuesta sustancialmente relacionada a la consulta bajo las reglas de redacción de textos. Cabe destacar que, en caso la respuesta supere los límites de la consulta, no convierte automáticamente la calidad del informe en arbitrario, sino que será necesario valorar cada apartado o recomendación en concreto para verificar si estos han determinado o no la conclusión final del informe jurídico de un abogado consultor.



Enrique Alberto Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico

En aplicación al caso del abogado Juan Doroteo Monrroy Gálvez, es necesario analizar sus informes emitidos para PROINVERSIÓN y determinar si cumple con el rol de abogado consultor. Si bien, en la Casación en cuestión, no se hace referencia al contenido de los informes 1, 2, 3, y 4 emitidos por el Estudio de abogados de Juan Doroteo Monrroy Gálvez, a efectos de un adecuado análisis, tras la revisión individual de cada uno de los informes en el expediente completo, nos permitiremos ampliar el estudio de la casación para continuar con el análisis de neutralidad sobre el adecuado cumplimiento del rol de abogado consultor. Por ello, en la siguiente imagen se identifican los hechos relevantes con este análisis.



En primer lugar, según el primer criterio sobre el comportamiento adecuado a la normativa, cabe recordar que el carácter intelectual de los abogados es obvio, pues aplican los conocimientos propios de la Ciencia del Derecho para solucionar los problemas jurídicos que se le plantean. (García Piñeiro, 2009). Por ello, la emisión de informes jurídicos son parte del ámbito de producción de un abogado consultor. En este caso, Juan Doroteo Monrroy Gálvez emitió informes a solicitud de PROINVERSIÓN sobre la situación de Odebrecht con relación a su contratación con el Estado.

Al ser Juan Doroteo Monroy Gálvez un abogado consultor del Estudio Monroy Abogados, parte de su producción profesional era la emisión de informes jurídicos. Estos informes absuelven consultas de los clientes contratistas. Entonces, tratándose de la emisión de informes, cabe indicar que los artículos mencionados anteriormente del criterio 1 amparan la conducta de Juan Doroteo Monroy Gálvez.

Es decir, tanto normativamente como la Constitución Política del Perú, el Código de Ética del Abogado y otras normas y tanto jurisprudencialmente y demás fuentes del Derecho, la conducta de Juan Doroteo Monroy Gálvez se encuentra debidamente amparada y regulada. Para que el presente trabajo no sea repetitivo, es necesario, nuevamente, recordar que los artículos que regulan la conducta de un abogado consultor ya han sido analizados anteriormente.

Sin embargo, así como el abogado tiene derechos, también tiene obligaciones. En efecto, al abogado consultor, se le exige una obligación de resultados, pues, habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención de aquéllos depende de forma exclusiva de la voluntad de este. Así sucede cuando lo que debe hacer el Abogado es redactar informes, dictámenes, otros documentos (Reglero 2007: 791) Por el contrario, ante un servicio de litigio, al abogado defensor se le exige una obligación de medios, pues su *lex artis* dependerá de su debida diligencia, mientras que la decisión final de esta debida diligencia no dependerá del abogado, sino del juez.

En este caso, Juan Doroteo Monroy Gálvez es un abogado consultor. Por ello, tiene libertad de emitir informes legales, pero también tiene una obligación de resultados. Así, se le exige que el informe mantenga objetividad y neutralidad en cuanto a la absolución de las consultas que sus clientes le formulen, pues el resultado final del informe depende, en su plenitud, del abogado consultor Juan Doroteo Monroy Gálvez.

En segundo lugar, según el segundo criterio sobre la solicitud con apariencia jurídica, es necesario analizar las consultas, tanto individualmente como de manera general, que solicitó PROINVERSIÓN al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez. Para este análisis se utilizarán los criterios para determinar si la consulta tiene apariencia jurídica.

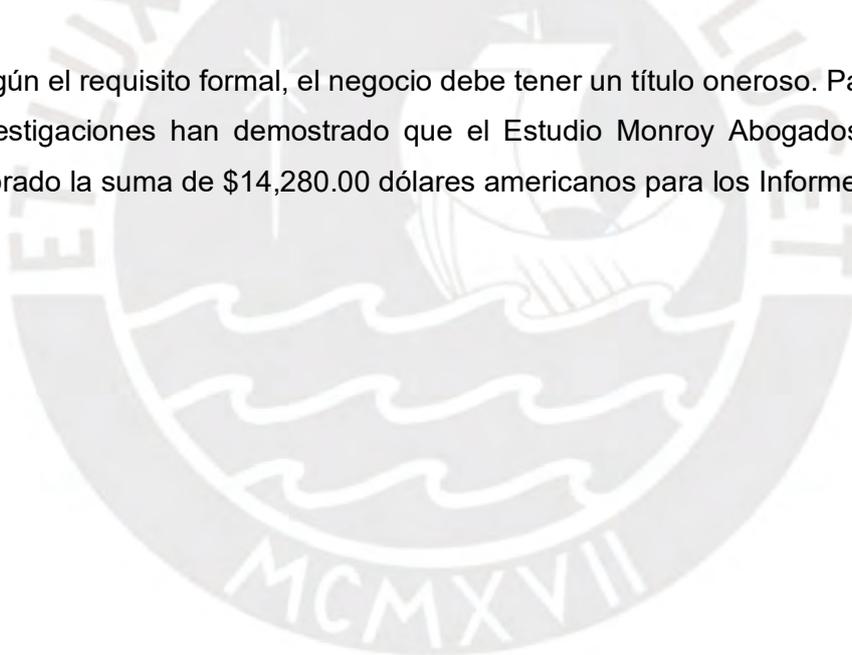
- 1. Consulta del Informe N.1:** La consulta del Informe N. 1 es la siguiente:

“Implicancias del Oficio N. 262-2005-CG/VC respecto del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil”

Según el requisito objetivo o material, en aplicación, el abogado consultor y el solicitante formarán un negocio jurídico que, a efectos concretos, tiende a ser permitido legalmente. De ese modo, la solicitud planteada por PROINVERSIÓN no se encuentra prohibida normativamente en el espectro legal peruano.

Según el requisito subjetivo o psicológico, cabe cuestionarse si Juan Doroteo Monroy Gálvez actuó con buena fe (conocimiento) con respecto a la pregunta formulada por PROINVERSIÓN. A priori, de acuerdo a la pregunta, se puede deducir que, como la solicitud aparenta estar dentro del marco de la licitud, el abogado consultor podría estar en condiciones de responder esta consulta.

Según el requisito formal, el negocio debe tener un título oneroso. Para ello, las investigaciones han demostrado que el Estudio Monroy Abogados sí habría cobrado la suma de \$14,280.00 dólares americanos para los Informes N. 1 y N. 2.



ESTUDIO MONROY ABOGADOS
SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
CALLE ROMA N° 376
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 441-0994
FAX: (51-1) 421-4994

**PROINVERSIÓN
MESA DE PARTES**
23 AGO. 2005
17:25

161
R.U.C. 20502562194
FACTURA
001- N° 0001055
LA RECEPCIÓN NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

Fecha de Emisión: 23 de Agosto de 2005

Señor(es): **AGENCIA DE PROMOCION DE LA INVERSION PRIVADA**
Dirección: **Av. Paseo de la Republica N° 3381 - San Isidro**
R.U.C.: **20380799643**

DESCRIPCION	VALOR DE VENTA
Preparación del Informe Legal de fecha 04 de agosto de 2005 con relación al Oficio N° 282-2005-CG/VC y del Informe Legal ampliatorio de fecha 23 de agosto de 2005.	512,000.00
SON: Catorce mil doscientos ochenta con 00/100 Dólares Americanos S. E. U. O.	
Operación Sujeta al Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central D.L. 940 R.S. 163 2004/Sumat Dedución 14%	\$1,999.20
Depositar en Bca. de la Nación Cta. Solos 00-000259073	\$12,280.80
Módulo a pagar al estudio \$	
CANCELADO	SUB-TOTAL 512,000.00
Lima, de del 200...	I.G.V. 19% 2,280.00
	TOTAL 514,280.00

GRAFICA PRINT E.I.R.L.
R.U.C. 20128842691
Teléfono: 426 4188
Del 001- 0000001 al 0001109
F.I. 05-08-2001
Autorización Sunat N° 0110483021
Emisión Válida hasta: 05-08-2005

ESTUDIO MONROY ABOGADOS

ADQUIRENTE O USUARIO

33 34

Según el requisito negativo, la solicitud debe estar razonablemente en el ámbito permitido. En este caso, para la pregunta sobre las implicancias del oficio de la Vicecontraloría en el proceso de selección de PROINVERSIÓN con respecto a Odebrecht, es posible analizar que sí es razonablemente permitido solicitar que consecuencias tendría un documento de la Vicecontraloría en el proceso de selección de una licitación pública. Con mayor razón, es posible responder una consulta que aparenta ser razonablemente permitida.

2. Consulta del Informe N. 2: La consulta del Informe N. 2 es la siguiente:

2.1. “Consulta remitida a través del correo electrónico de fecha 8 de agosto de 2005”

³³ Caso Odebrecht: factura desmentiría a Juan Monroy sobre entrega de informe. (2017, marzo 1). Canal N. <https://canaln.pe/actualidad/caso-odebrecht-factura-desmentiria-juan-monroy-sobre-entrega-informe-n267245>

³⁴ Perú, N. (2017, marzo 1). IIRSA Sur: Factura contradice a abogado Juan Monroy. Perú21. <https://peru21.pe/politica/iirsa-sur-factura-contradice-abogado-juan-monroy-67497-noticia/>

- 2.1.1. Desarrollo (doctrinario y normativo) acerca de la necesidad de que exista identidad entre la persona a quien se imputa judicialmente un hecho y la persona a quien se dirige la demanda
- 2.1.2. ¿Cuándo debe considerarse iniciado un proceso judicial?
- 2.1.3. En caso la demanda sea declarada improcedente liminarmente y la resolución que así lo declara es apelada, ¿cuándo debe entenderse que se ha iniciado un proceso?
- 2.1.4. Desde un punto de vista estrictamente legal (y sobre la base de las DJ presentadas por los postores): ¿Incurrirían en falsedad los postores si hubieren presentado las DJ a pesar de tener conocimiento de la existencia de una demanda en su contra, que fue declarada improcedente y apelada por el demandante, pero cuyo concesorio no les ha sido notificado?
- 2.1.5. La denuncia civil interpuesta por quien ha sido demandado por el Estado contra un tercero, ¿supone que este tercero tenga un proceso judicial iniciado por el Estado? (el escenario supone que este tercero hubiere sido considerado como litisconsorte pasivo necesario). En todo caso, ¿cuáles son las formas procesales por las cuales el Estado puede iniciar un proceso judicial contra la persona, además de la interposición de una demanda o una reconvencción?

Según el requisito objetivo o material, en aplicación, se plantearon cinco preguntas al abogado consultor. El solicitante y Juan Doroteo Monroy Gálvez realizaron un negocio jurídico que, a efectos concretos, tiende a ser permitido legalmente. De ese modo, la solicitud planteada por PROINVERSIÓN no se encuentra prohibida normativamente en el espectro legal peruano, pues, de las preguntas, se desprenden consultas académicas y aplicativas.

Según el requisito subjetivo o psicológico, similar al análisis del Informe N. 1, cabe cuestionarse si Juan Doroteo Monroy Gálvez actuó con buena fe (conocimiento) con respecto a la pregunta formulada por PROINVERSIÓN. A priori, de acuerdo a la pregunta, se puede deducir que, como la solicitud aparenta estar dentro del marco de la licitud, el abogado consultor podría estar en condiciones de responder esta consulta.

Según el requisito formal, el negocio debe tener un título oneroso. Similar al análisis del Informe N. 1, las investigaciones han demostrado que el Estudio Monroy Abogados sí habría cobrado la suma de \$14,280.00 dólares americanos para los Informes N. 1 y N. 2.

ESTUDIO MONROY ABOGADOS
SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
CALLE ROMA N° 376
LIMA 27 - PERÚ
CENTRAL: (51-1) 441-0594
FAX: (51-1) 421-4894

PROYEKSIUN MESA DE PARTES
NO. 007531
23 AGO. 2005
17:25

RECIBIDO 001- N° 0001055
LA RECEPCIÓN NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

161
R.U.C. 20502562194
FACTURA

Fecha de Emisión: 23 de Agosto de 2005

Señor(es): **AGENCIA DE PROMOCION DE LA INVERSION PRIVADA**
Dirección: **Av. Paseo de la Republica N° 3361 - San Isidro**
R.U.C.: **20380793643**

DESCRIPCION	VALOR DE VENTA
Preparación del Informe Legal de fecha 04 de agosto de 2005 con relación al Oficio N° 282-2005-CG/VC y del Informe Legal ampliatorio de fecha 23 de agosto de 2005.	512,000.00
SON: Catorce mil doscientos ochenta con 00/100 Dólares Americanos S. E. U. O.	
Operación Sujeta al Sistema de Pago de Obligaciones Tributarias con el Gobierno Central	
D.L. 940 R.S. 183 2004/Suma Deducible 14%	\$1,280.00
Depositar en Bco. de la Nación Cta. Solos 00-000250073	\$12,280.00
Monto a pagar al estudio \$	\$12,280.00
CANCELADO	\$12,000.00
Lima, día del 200...	SUB - TOTAL
	I.G.V. 19%
	2,280.00
	TOTAL
	\$14,280.00

GRAFICA PRINT E.I.R.L.
R.U.C. 20128842691
Teléfono: 426 4188
Del 091- 0000801 al 8001105
Pi 05-08-2001
Autorización Sunat N° 0110488021
Emisión Válida hasta: 05-08-2005

ESTUDIO MONROY ABOGADOS

ADQUIRENTE O USUARIO

35 36

Según el requisito negativo, la solicitud debe estar razonablemente en el ámbito permitido. En este caso, las preguntas académicas sí pueden responderse mientras que las preguntas aplicativas parecerían estar dentro del espectro permitido legal con respecto a la responsabilidad de los postores en la licitación pública.

3. Consulta del Informe N. 3: La consulta del Informe N. 3 es la siguiente:

3.1. Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil

³⁵ Caso Odebrecht: factura desmentiría a Juan Monroy sobre entrega de informe. (2017, marzo 1). Canal N.

<https://canaln.pe/actualidad/caso-odebrecht-factura-desmentiria-juan-monroy-sobre-entrega-informe-n267245>

³⁶ Perú, N. (2017, marzo 1). IIRSA Sur: Factura contradice a abogado Juan Monroy. Perú21. <https://peru21.pe/politica/iirsa-sur-factura-contradice-abogado-juan-monroy-67497-noticia/>

- 3.1.1. Procesos judiciales iniciados por el Estado donde se habrían incorporado (en calidad de “litisconsortes necesarios pasivos”) a las empresas que conforman el consorcio que ganó la buena pro
- 3.1.2. Proceso seguido ante el 14 JECI donde el estado (a través de la contraloría) habría demandado a una de las empresas constructoras ganadoras de la buena pro (Exp. N. 17392- 2004)

Según el requisito objetivo o material, en aplicación, el abogado consultor y el solicitante formarán un negocio jurídico que, a efectos concretos, tiende a ser permitido legalmente. De ese modo, la solicitud planteada por PROINVERSIÓN no se encuentra prohibida normativamente en el espectro legal peruano.

Según el requisito subjetivo o psicológico, cabe cuestionarse si Juan Doroteo Monroy Gálvez actuó con buena fe (conocimiento) con respecto a la pregunta formulada por PROINVERSIÓN. A priori, de acuerdo a la pregunta, se puede deducir que, como la solicitud aparenta estar dentro del marco de la licitud, el abogado consultor podría estar en condiciones de responder esta consulta.

Según el requisito formal, el negocio debe tener un título oneroso. Para ello, las investigaciones han demostrado que el Estudio Monroy Abogados habría cobrado \$12,495 dólares americano por los Informes N. 3 y N. 4³⁷.

Según el requisito negativo, la solicitud debe estar razonablemente en el ámbito permitido. Por ende, la consulta sobre el análisis de los actuados judiciales en los cinco procesos de Odebrecht indicados por la Contraloría General de la República en los que se habrían configurado los impedimentos respecto de las empresas que conforman los Consorcios ganadores de la buena pro es razonablemente permitida para ser respondida, debido a que aparenta una suerte de consulta jurídica.

4. Consulta del Informe N. 4: La consulta del Informe N. 4 es la siguiente:

4.1. Oficio N. 295/2005/DEA- LEG/ PROINVERSIÓN

³⁷ Correo. (2017, marzo 5). Abogado Monroy tiene otra factura por 12,495 dólares. Correo. <https://diariocorreo.pe/politica/abogado-monroy-tiene-otra-factura-por-12-495-dolares-735170/>

- 4.1.1. Proceso penal seguido ante el Tercer Juzgado Especializado 127 140) en lo Penal de Huamanga
- 4.1.2. Documentación alcanzada por PROINVERSIÓN
- 4.1.3. Análisis de los impedimentos de las bases del concurso y su relación con el proceso penal antes citado

Según el requisito objetivo o material, en aplicación, el abogado consultor y el solicitante formarán un negocio jurídico que, a efectos concretos, tiende a ser permitido legalmente. De ese modo, la solicitud planteada por PROINVERSIÓN sobre el análisis del comunicado remitido por la Contraloría General de la República, en que se les informa la existencia de un proceso penal tramitado ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga contra diversos funcionarios y directivos de la empresa Contratista Norberto Odebrecht S.A no está prohibido según la normativa nacional.

Según el requisito subjetivo o psicológico, cabe cuestionarse si Juan Doroteo Monroy Gálvez actuó con buena fe (conocimiento) con respecto a la pregunta formulada por PROINVERSIÓN. Desde el inicio, al ser la pregunta una que busca analizar si Odebrecht tenía procesos que impedían la firma del otorgamiento de la buena pro, se puede inferir que, a efectos penales, el conocimiento del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez le permitía absolver tal consulta.

Según el requisito formal, el negocio debe tener un título oneroso. Para ello, las investigaciones han demostrado que el Estudio Monroy Abogados habría cobrado \$12,495 dólares americano por los Informes N. 3 y N. 4³⁸.

Según el requisito negativo, la solicitud debe estar razonablemente en el ámbito permitido. En este caso, analizar los procesos penales contra Odebrecht para determinar si tiene impedimentos para el otorgamiento de la buena pro en la licitación pública es razonablemente válido, debido a que dicha pregunta aparenta mostrar una consulta jurídica.

³⁸ Correo. (2017, marzo 5). Abogado Monroy tiene otra factura por 12,495 dólares. Correo. <https://diariocorreo.pe/politica/abogado-monroy-tiene-otra-factura-por-12-495-dolares-735170/>

En este caso, según el análisis de cada informe, se puede determinar que las consultas superan el primer filtro de apariencia jurídica. De forma general, nuestra postura considera que el objeto principal de las preguntas que PROINVERSIÓN le consulta al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez comprende analizar si la situación jurídica de la empresa Odebrecht le permitiría ser acreedor de la firma del otorgamiento de la buena pro sin impedimento alguno de acuerdo a las bases de la licitación y según el oficio de la Vicecontraloría. En efecto, todas las consultas que se relacionan al objeto en cuestión serían parte del espectro de la apariencia jurídica con respecto al análisis de cada criterio propuesto por la doctrina jurídica.

Finalmente, según el último criterio sobre la respuesta delimitada a la consulta, nuevamente, es de crucial importancia analizar cada informe para beneficio académico del presente trabajo. En ese sentido, cabe postular dos salvedades: 1) el análisis de las preguntas abiertas y cerradas se realizarán en conjunto con el análisis de los elementos de la comunicación (analizando el código y el mensaje) y 2) el análisis de las reglas específicas en redacción de textos será suplementario con relación a los agregados necesarios para analizar con mayor detenimiento los agregados innecesarios y parcializados, debido a que se asumirá que los agregados necesarios serán todos aquellos que nos estén en los otros dos agregados distintos.

Por un lado, con respecto a las **preguntas abiertas y preguntas cerradas** y los **elementos de la comunicación**, se realizará un cuadro para determinar cada consulta según el tipo de pregunta de cada informe emitido por el abogado consultor Juan Doroteo Monroy Gálvez:

Informe N. 1
Pregunta abierta
[Código]: “Implicancias del Oficio N. 262-2005-CG/VC respecto del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil”
Si bien esta consulta no mantiene semánticamente un signo de interrogación, es claro que puede entenderse como [Mensaje] “¿Qué implicancias tiene el

<p>Oficio N. 262-2005-CG/VC respecto del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil?".</p> <p>De ese modo, esta consulta es abierta, pues deja múltiples respuestas según el análisis del oficio en cuestión con relación a la licitación pública. Por ello, el abogado consultor puede formular expansivamente, según su análisis, múltiples respuestas de la solicitud.</p>	
<p>Informe N. 2</p>	
<p>[Código] Referencia: Consulta remitida a través del correo electrónico de fecha 8 de agosto de 2005</p>	
<p>[Código]: Desarrollo (doctrinario y normativo) acerca de la necesidad de que exista identidad entre la persona a quien se imputa judicialmente un hecho y la persona a quien se dirige la demanda.</p>	
<p>Pregunta abierta</p>	<p>Pregunta cerrada</p>
<ul style="list-style-type: none"> ● [Código]: ¿Cuándo debe considerarse iniciado un proceso judicial? ● [Código]: En caso la demanda sea declarada improcedente liminarmente y la resolución que así lo declara es apelada, ¿cuándo debe entenderse que se ha iniciado un proceso? ● [Código]: En todo caso, ¿cuáles son las formas procesales por las cuales el Estado puede iniciar un proceso judicial contra la persona, además de la interposición de una demanda o una reconvención? 	<ul style="list-style-type: none"> ● [Código]: Desde un punto de vista estrictamente legal (y sobre la base de las DJ presentadas por los postores): ¿Incurrirían en falsedad los postores si hubieren presentado las DJ a pesar de tener conocimiento de la existencia de una demanda en su contra, que fue declarada improcedente y apelada por el demandante, pero cuyo concesorio no les ha sido notificado? ● [Código]: La denuncia civil interpuesta por quien ha sido demandado por el Estado contra un tercero, ¿supone que este tercero tenga un proceso judicial iniciado por el Estado?

Por un lado, desde las preguntas abiertas, de las tres cuestiones, dos inician con “¿Cuándo...?” y una con “¿Cuáles...?”. De ese modo, el **[Mensaje]** de las preguntas indica una respuesta que puede ser extendida y englobar múltiples respuestas según el análisis de la cuestión para saber el inicio de un proceso judicial.

Por otro lado, desde las preguntas cerradas, en este caso, la respuesta no engloba la información que se tenga que dar, sino la posibilidad del supuesto. **[Mensaje]** La primera pregunta indica si se incurriría o no se incurrirá en un supuesto mientras que la segunda pregunta indica si supone o no supone que un tercero tenga un proceso judicial con el Estado. Sin embargo, si bien siguen siendo preguntas cerradas, para darle mayor sustento a un SÍ o a un NO, el abogado consultor puede ampliar su respuesta. No obstante, la pregunta en sí solo invoca la posibilidad o imposibilidad de un supuesto de hecho.

Informe N. 3

[Código] Referencia: Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil

Pregunta abierta

[Código]: Análisis de los actuados judiciales en los cinco procesos indicados por la Contraloría General de la República (en adelante, la Contraloría), en los que, según ésta, se habrían configurado los impedimentos respecto de las empresas que conforman los Consorcios ganadores de la buena pro, en el Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, como se advierte de la carta remitida a PROINVERSIÓN el pasado 3 de agosto (en adelante, la Carta)

Si bien estas consultas no mantienen semánticamente un signo de interrogación, es claro que pueden entenderse como **[Mensaje]** “¿[Cuál es] / [Qué arrojaron los] análisis de los actuados judiciales en los cinco procesos indicados por la Contraloría General de la República (en adelante, la Contraloría), en los que, según ésta, se habrían configurado los impedimentos respecto de las empresas que conforman los Consorcios ganadores de la buena pro, en el Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, como se advierte de la carta remitida a PROINVERSIÓN el pasado 3 de agosto (en adelante, la Carta)?”

<p>Así, la consulta indica que la respuesta será amplia. Cabe indicar que la amplitud de la respuesta no será porque la pregunta indica el análisis de cinco procesos judiciales, sino porque cada proceso tendrá individualmente un análisis, cuya respuesta podrá ser extendida a la situación de cada proceso con múltiples respuestas.</p>
<p>Informe N. 4</p>
<p>[Código] Referencia: Oficio N. 295/2005/DEA- LEG/ PROINVERSIÓN</p>
<p>Pregunta abierta</p>
<p>[Código]: Sobre el comunicado (Of. N. 802-2005-CG/SGE) remitido a Vuestra oficina por el Secretario General de la Contraloría General de la República, en el que se les informó la existencia de un proceso penal tramitado ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga contra diversos funcionarios y directivos de la empresa Contratista Norberto Odebrecht S.A.</p>
<p>Si bien esta consulta no mantiene semánticamente un signo de interrogación, es claro que puede entenderse como [Mensaje] “¿[Cuál es el análisis / la situación] sobre el comunicado (Of. N. 802-2005-CG/SGE) remitido a Vuestra oficina por el secretario general de la Contraloría General de la República, en el que se les informó la existencia de un proceso penal tramitado ante el Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Huamanga contra diversos funcionarios y directivos de la empresa Contratista Norberto Odebrecht S.A.?”</p>
<p>Así, la pregunta es abierta, pues indica múltiples respuestas. El análisis se extenderá de la situación del proceso penal. Por ello, el radio de la respuesta mantendrá su amplitud de la absolución de la consulta.</p>

Por otro lado, con respecto a las **reglas específicas de redacción de textos**, de acuerdo al análisis realizado de cada informe, se señalarán los agregados necesarios, innecesarios o parcializados de cada informe que emitió el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez.

1. **Agregados necesarios:** Tal como se estructuró anteriormente. Se entenderá que son agregados necesarios todo el contenido del informe que no esté señalado en los innecesarios ni en los agregados arbitrarios.
2. **Agregados innecesarios:** Se analizará cada informe emitido por el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez:

2.1. Informe N. 1 (Lima, 4 de agosto de 2005)

La conclusión del Informe N. 1 es la siguiente:

III. CONCLUSIÓN

En función de lo señalado, consideramos que el Oficio de Contraloría es inocuo respecto de la regularidad del Concurso llevado a cabo por Proinversión, porque se refiere a sujetos distintos de los que conformaron los Consorcios que se adjudicaron la buena pro y porque además, por lo menos en la primera de las situaciones judiciales a que se refiere la Contraloría, se evidencia que no existe juicio iniciado contra Constructora Norberto Odebrecht.

De esta manera, no genera ningún cuestionamiento (ni eficacia jurídica alguna) respecto de la regularidad del Concurso para la concesión de los Tramos Viales del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil.

Sin otro particular, quedamos a su disposición para cualquier consulta complementaria o aclaración que consideren pertinente.

Atentamente,



Juan Monroy Gálvez

39

A nuestro juicio, existe un apartado que consideramos innecesario en la absolución de la consulta. Es el siguiente:

1. En primer lugar, llama la atención de que Contraloría General comunicó a Proinversión del impedimento el mismo día en que se suscribe el contrato de concesión, a pesar de que la demanda contra una de las empresas que formaría el Consorcio fue interpuesta, por dicha entidad, el 9 de marzo del 2004, es decir, por lo menos 16 meses antes de la suscripción del contrato de concesión.

40

³⁹ Página 5 del Informe N. 1, emitido el 4 de agosto de 2005.

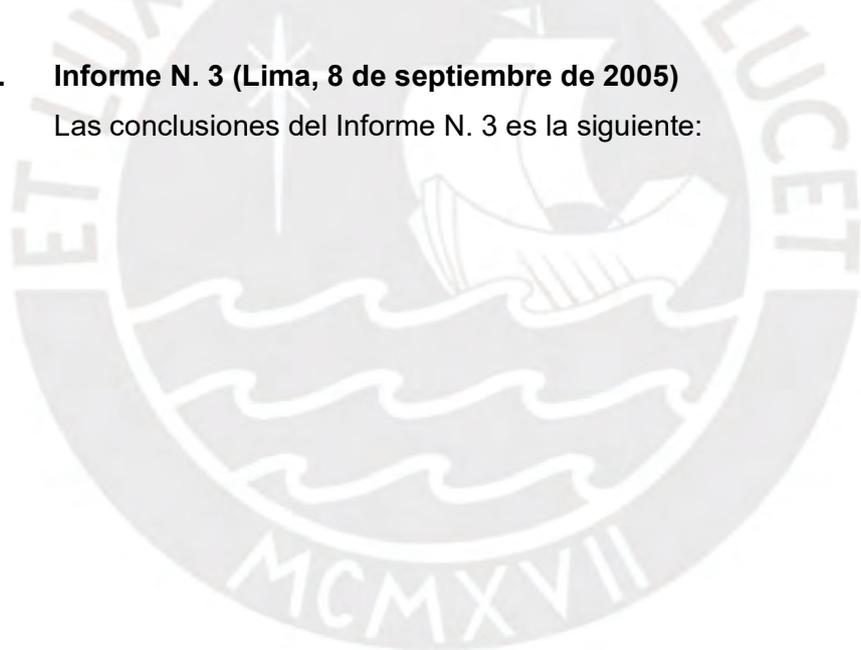
⁴⁰ Página 4 del Informe N. 1, emitido el 4 de agosto de 2005.

En general, el informe se centra en analizar si el Oficio de Contraloría afecta la regularidad del Concurso llevado a cabo por PROINVERSIÓN, y si las empresas involucradas pueden ser consideradas como sujetos demandados en un proceso judicial.

La conclusión del informe señala que el Oficio de Contraloría es inocuo, con base en discrepancias en los nombres de las empresas y en la falta de un proceso judicial iniciado correctamente. No obstante, el apartado sobre “llama la atención...” es innecesario, ya que no está directamente relacionado con la pregunta principal. Si bien, consideramos, incluso que tiene un tenor parcializado al sugerir cierto grado de negligencia o falta de diligencia por parte de la Contraloría General, parece no definir la conclusión del informe según el análisis del contenido total.

2.2. Informe N. 3 (Lima, 8 de septiembre de 2005)

Las conclusiones del Informe N. 3 es la siguiente:



III. CONCLUSIONES

- 3.1 Graña y Montero S.A.A no tuvo ningún impedimento para contratar porque el Estado no le ha interpuesto proceso judicial en su contra.
- 3.2 Constructora Norberto Odebrecht S.A., como integrante del Consorcio Chimú, no tiene ningún proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado.
- 3.3 Ninguna de las empresas antes citadas incurren en el impedimento comenidó en el referido Anexo 4. Formulario 4.
- 3.4 Constructora Norberto Odebrecht S.A. nunca ha sido notificada con demanda ni, en general, con acto procesal alguno, por lo que resultan correctos los datos consignados en las declaraciones juradas remitidas durante el desarrollo del concurso.

Sin otro particular y agradeciendo la confianza depositada en el Estudio, quedamos de ustedes para la información complementaria que desearan solicitar respecto de los términos del presente informe.

Atentamente,


Juan Monroy Gálvez

| 41

A nuestro juicio, se encuentra un apartado innecesario:

⁴¹ Páginas 20 y 21 del Informe N. 3, emitido el 8 de septiembre de 2005.

El contenido de las pretensiones planteadas por la demandante está claramente delimitado. La Contraloría ha solicitado que el Órgano Jurisdiccional le ampare determinado petitorio, bajo determinados hechos configurantes de su pretensión y ha establecido correctamente los sujetos pasivos de la relación material, según el derecho discutido que pretende le sea tutelado. En efecto, la Contraloría considera que la inejecución de las obligaciones de supervisión, ocasionaron que montos mayores sean reconocidos a favor del Consorcio Chimú. Ello no hubiera ocurrido si los supervisores hubieran cumplido a cabalidad sus funciones, por ello, los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ha generado deben ser resarcidos por los directos responsables: "los supervisores"⁴². En ese sentido, el proceso está dirigido contra los supervisores, porque ellos - según la demanda- fueron precisamente quienes incumplieron obligaciones derivadas de su relación contractual con el Estado. Sin embargo, el Estado -la Contraloría- en ningún momento cuestionó o dirigió pretensión alguna contra el Consorcio Chimú, reclamando la ejecución o la responsabilidad derivadas de sus obligaciones contractuales.

En consecuencia, la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A no tiene ningún impedimento para ser postor, debido a que no tiene ningún proceso judicial interpuesto por el Estado derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales como constructor, ni tampoco el Consorcio Chimú, del cual es integrante.

42

Este informe realiza un análisis de los procesos que tenía el Consorcio Chimú, a la que pertenecía Constructora Norberto Odebrecht S.A. Así, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez indica que los cuatro procesos judiciales buscan que los supervisores del Proyecto de Obras Chavimochic indemnicen al Estado por daños causados al incumplir sus obligaciones.

En efecto, los responsables serían los supervisores, pero no la Constructora Norberto Odebrecht S.A. En consecuencia, Constructora Norberto Odebrecht SA no tendría impedimentos para ser postor, ya que no enfrenta procesos judiciales interpuestos por el Estado por

⁴² Páginas 16 y 17 del Informe N. 3, emitido el 8 de septiembre de 2005.

incumplimiento de obligaciones contractuales, ni el Consorcio Chimú, del cual formaba parte.

A nuestro juicio, este apartado tiene una característica especial, pues se tiene una argumentación parcializada, pero fundamentada. Se conviene eximir de responsabilidad a la empresa para atribuir la responsabilidad a los propios sujetos (supervisores). Si bien la argumentación señala que son dos sujetos distintos, consideramos que, a pesar de ello, son parte de la representación del Consorcio.

Actualmente, en el Perú, la discusión penal sobre la incorporación de la persona jurídica a un proceso es medianamente innovadora a comparación de la discusión civil sobre la demanda contra una persona jurídica. En consideración a ello, sin embargo, nuestra postura es que el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez fundamentó su tesis basándose en un sector de la doctrina civil que señala que un “elemento configurante del daño es la relación directa entre la persona responsable y el hecho dañoso”.

En consecuencia, bajo este análisis, deslinda de responsabilidad a la empresa Odebrecht para atribuirle a los supervisores que fueron negligentes. Si bien nuestra postura se inclina por señalar que este apartado es arbitrario, es necesario señalar que el análisis sigue siendo fundamentado jurídicamente. Por ello, si bien dicho apartado configura las conclusiones finales, es necesario indicar que, a pesar de ello, la motivación de la absolución de la consulta aún mantiene un enfoque jurídico con las conclusiones.

2.3. Informe N. 4 (Lima, 12 de septiembre de 2005)

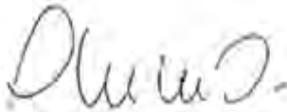
Las conclusiones del Informe N. 4 son las siguientes:

IV. CONCLUSIONES

- 4.1 Aunque la documentación que se nos ha remitido no permite alcanzar una certeza plena, existen sólidos indicios de que Constructora Norberto Odebrecht S.A. forma parte del mismo grupo económico de la Asociación Constructora Norberto Odebrecht S.A., sucursal Trujillo y Empresa Norberto Odebrecht Perú S.A. Asociados. Sin embargo, ni siquiera la hipótesis de que dicha situación sea real permite afirmar que Constructora Norberto Odebrecht S.A. tiene un proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con el Estado.
- 4.2 Como producto de ello, tampoco en este supuesto el Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari, conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A. y otra empresa, incurre en el impedimento contenido en el referido Anexo 4. Formulario 4.
- 4.3 Aún en caso en el supuesto de que Constructora Norberto Odebrecht S.A. se haya apersonado al proceso penal, su inclusión como tercero civilmente responsable no configura una pretensión derivada del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino una reparación civil derivada de un ilícito penal.

Sin otro particular y agradeciendo la confianza depositada en el Estudio, damos por absuelta la consulta y quedamos a su disposición en caso requieran de alguna información u otra precisión complementaria al presente documento.

Atentamente,


Juan Monroy Gálvez

A nuestro juicio, se encuentran dos apartados innecesarios:

A su vez, la obligación de reparación civil del tercero es accesoria al delito que se le imputa a las personas que están bajo su dirección. Es decir, si los miembros de la constructora han cometido los ilícitos penales imputados, los daños que dicho acto ilegal haya producido deberán ser asumidos por el tercero. De esta manera, es claro que en el presente proceso no se pretende determinar si la Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Trujillo (o, en todo caso, Contratista Norberto Odebrecht S.A.) cumplió o no con sus obligaciones contractuales, sino, si es que se han cometido ilícitos penales y si, en tal supuesto, se han ocasionado daños y perjuicios a los agraviados, respecto de los cuales deberá responder la referida empresa.

En consecuencia, aún cuando se haya apersonado al proceso Constructora Norberto Odebrecht S.A. o una empresa vinculada económicamente a ésta, toda vez que la decisión indemnizatoria no tiene por finalidad la determinación de un concepto derivado de sus obligaciones contractuales, es claro que no se ha configurado ningún impedimento en el Concurso donde aquélla participó como parte del Consorcio Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari. En efecto, el impedimento que aparece en las Bases del Concurso está referido a una demanda del Estado originada en un incumplimiento de carácter contractual (ilícito civil), situación radicalmente distinta de una reparación civil derivada de un ilícito penal.

43

Al igual que el análisis anterior, a nuestro juicio, este apartado tiene una característica especial, pues se tiene una argumentación parcializada, pero fundamentada. El abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez fracturó una supuesta relación entre el proceso penal (imputan a los representantes de Contratista Norberto Odebrecht S.A. por el delito de estafa y peculado, y la Constructora Norberto Odebrecht S.A. fue tercero civilmente responsable) y las bases de la licitación pública (el impedimento es el proceso judicial, derivado del incumplimiento contractual en la Contratación Pública) con respecto a Odebrecht para

⁴³ Página 15 del Informe N. 4, emitido el 12 de septiembre de 2005.

que este último no tenga impedimentos en el otorgamiento de la buena pro.

Brevemente, cabe indicar que, a nuestro juicio, si bien la tipificación de estafa no es la más adecuada para imputar a un sujeto en casos de corrupción pública, la situación de aquel momento permitía tal imputación⁴⁴. Sin embargo, la estafa se encuentra regulada en el artículo 196 del Código Penal peruano y se establece lo siguiente: “El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”.

El interés penal protegido de la estafa es el patrimonio como el conjunto de derechos subjetivos patrimoniales de un sujeto definidos por el Derecho privado con apariencia jurídica. (Pastor Nuria y Coca Ivó, 2019: 256) La característica principal es el engaño como plus de lesividad.

En cambio, en cuanto al incumplimiento contractual, se hace referencia a tres hipótesis de incumplimiento: “el incumplimiento consistente en la omisión de la ejecución de la obligación; el cumplimiento inexacto; y, el retardo y la mora”. (Traducción de León Leysser a Visintini, 2007: 379)

La cuestión problemática surge en diferenciar ambos contextos. Al respecto el Recurso de Nulidad N. 937 – 2021/Lima señala que “La diferencia entre la estafa y el incumplimiento contractual se establece en el momento en que surge la intención de no cumplir con la obligación acordada: si la intención de incumplir existía "desde el principio", se considerará una estafa; si aparece más tarde, no lo será. Además, cualquier engaño implícito debe ir acompañado, al menos en mínimo grado, de un engaño explícito”.⁴⁵

⁴⁴ El informe señala que la denuncia contra los representantes de Constructora Odebrecht contenía imputaciones de estafa y peculado. En cuanto a este último delito, no queda claro si se les imputó también a los sujetos procesales *extraneus*. Al no ser materia de análisis del presente trabajo, no será analizado en esta ocasión.

⁴⁵ El recurso cita de la siguiente forma: [Vives Antón, Tomás; González Cussac, J.L.: Derecho Penal – Parte Especial, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 440-441].

Nuestra postura no está de acuerdo en tomar voluntad como enfoque psicológico trascendental. Lo que proponemos es que el sujeto conozca de la situación de error que induce a la víctima desde un inicio del supuesto negocio jurídico. Entonces, esta conducta penalmente relevante parece relacionarse con la omisión de la ejecución de la obligación. Lo que proponemos para diferenciar la estafa del incumplimiento contractual se hallará en la prueba de documentos que puedan generar la imputación del conocimiento del sujeto activo.

Entonces, nuestra postura se inclina a defender que, si bien la estafa tiene un plus de lesividad (engaño), es parte del incumplimiento contractual desde el inicio del negocio jurídico. Por lo tanto, si bien el proceso penal busca determinar si se cometió un delito y la responsabilidad civil busca determinar si se generó un daño de este delito, es de crucial importancia señalar que este delito devino de un incumplimiento contractual (por el engaño) desde el inicio de la contratación, lo cual sí podría subsumirse en el impedimento de las bases del Concurso, que hace alusión a un proceso por un incumplimiento de carácter contractual contra el Estado.

Sin embargo, también, consideramos que el análisis del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez propone un enfoque distinto que puede ser válido argumentativamente desde el Derecho procesal, pero no desde el Derecho material.

En cuanto a las conclusiones, si bien se indica que Constructora Norberto Odebrecht S.A. no tiene impedimentos, la argumentación resulta válida desde la argumentación jurídica. Consideramos que mantiene objetividad, pero no imparcialidad. Por ello, estos apartados, al tener una relación determinante para las conclusiones, fueron argumentados jurídicamente, lo cual no pueden calificarse como agregados parcializados o arbitrarios en su plenitud.

- 3. Agregados parcializados o arbitrarios:** Después de revisar los cuatro informes jurídicos emitidos por el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, a nuestro juicio,

estos documentos no contienen agregados parcializados o arbitrarios que puedan afectar su neutralidad. Es decir, no se encontró ningún apartado injustificado que haya determinado las conclusiones de los cuatro informes jurídicos.

En conclusión, en general, los informes jurídicos emitidos por el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez se centran en el análisis del Oficio de Contraloría y su afectación en la regularidad del Concurso llevado a cabo por PROINVERSIÓN. Con base a ello, las conclusiones rotan alrededor de que el Oficio de la Contraloría es inocuo, con respecto a las discrepancias en los nombres de las empresas y en la falta de un proceso judicial iniciado correctamente. Por lo tanto, consideramos que **el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez sí cumple con el rol de abogado consultor.**



Problema secundario - Problemas procesales

¿Cuál es el objeto que propone la Excepción de Improcedencia de Acción en la Sentencia de Casación N. 526-2022 /Corte Suprema?

Para responder a esta cuestión, por un lado, se analizará el marco teórico de la excepción de improcedencia de acción en el Derecho Procesal Penal y, por otro lado, se evaluará el objeto de la excepción de improcedencia de acción en la Sentencia de Casación N. 526-2022/Corte Suprema.

Con respecto al marco teórico de la excepción de improcedencia de acción en el Derecho Procesal Penal, primero, se describirá brevemente el aspecto general y, después, el aspecto específico. Por un lado, desde el aspecto general, “el derecho procesal puede definirse como aquella rama del ordenamiento jurídico integrada propiamente por normas del Derecho Público, que regula globalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional-presupuestos, requisitos y efectos del proceso [Gimeno]”. (San Martín, 2015: 3)

Por otro lado, desde el aspecto específico, el Derecho Procesal Penal puede describirse como parte del Derecho Procesal, que rige los “presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal, incluidos los elementos subjetivos, el objeto y los actos procesales. Una de sus características es la estrecha vinculación con el Derecho Penal. En efecto, a pesar de su naturaleza autónoma, está inherentemente vinculada y forma parte del dominio más amplio de las ciencias penales debido a la materia que trata”. (San Martín, 2015: 6)

La definición de la función del Derecho Procesal Penal implica el estudio de dos entidades fundamentales: las conexiones entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, y la especificación del alcance funcional del Derecho Procesal Penal. “El primero dice cómo se expresa o sitúa el Derecho Procesal Penal en el ámbito de la justicia penal y política criminal del Estado, el rol que cumple. El segundo, que incide en su ámbito más bien interno, especifica el alcance o la extensión del Derecho procesal penal”. (San Martín, 2015: 8)

Para ello, el proceso penal, en el Perú, se organiza en tres etapas fundamentales: la etapa de investigación preparatoria, la etapa intermedia y la etapa de enjuiciamiento. A

continuación, se expondrán los principales aspectos de cada una de ellas: En primer lugar, la etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público (art. 322.1 NCPP) para la investigación e imputación de un supuesto delito. “El objetivo general es la preparación del juicio oral, pues la reunirán y analizarán todos los elementos de convicción (pruebas) necesarios para determinar la existencia del delito y la vinculación del imputado con este”. (San Martín, 2015: 302)

En segundo lugar, la etapa intermedia está referida a la serie de actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la investigación preparatoria hasta la emisión del auto de citación a juicio (arts. 343.1 y 345 NCPP). “Puede describirse como la etapa en la que, tras valorar los resultados del estudio preliminar, se toma una decisión acerca de la negación o aceptación de la petición penal, a través de un análisis de sus fundamentos procesales y sustanciales. Como resultado, se ordena el inicio del proceso judicial o sobreseimiento del caso”. (San Martín, 2015: 367)

Finalmente, la etapa de enjuiciamiento es el momento culminante del proceso penal, donde se lleva a cabo el juicio oral. Consiste en un conjunto de acciones cuyo núcleo central es la realización del juicio como la culminación del proceso penal. “Se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso, [cuyo] núcleo esencial del proceso penal tiene lugar la práctica de la prueba y, sobre ella y su resultado, se fundamentará la sentencia -art. 393.1 NCPP-”. (San Martín, 2015: 390)

En építome, el Derecho Procesal Penal, como una de sus características, regula el proceso penal a través de sus etapas. Como consecuencia, lo que se busca en el proceso penal será determinar si se realizó o no la comisión de un delito a través de las reglas del proceso penal y el Derecho penal sustantivo.

Evidentemente, cada etapa es independiente, pero concatenada a la otra; es así que, en la individualización de cada etapa del proceso penal, se pueden resolver ciertas cuestiones o incidencias para una pulcritud en el proceso (autos). En efecto, es claro que no toda investigación debe llegar a la última etapa del proceso penal. Por ello, existen maneras para extinguir la acción penal, por ejemplo, las excepciones.

“La excepción es un "medio de defensa" -sustantivos o procesales- que ataca directamente la relación procesal, y se distingue de la defensa material del imputado

porque estas pueden apuntar a diversos fines. Se trata de un remedio procesal que implica la objeción explícita que presenta el acusado para continuar con el proceso, argumentando que carece de alguno de los fundamentos procesales estipulados por el marco legal del proceso penal. A través de esta excepción procesal, se señala la ausencia de un presupuesto o requisito procesal. Se entiende por presupuesto procesal la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso [Schimdt]” (San Martín, 2015: 281)

Una de las derivaciones de este medio técnico de defensa es la excepción de improcedencia de acción⁴⁶. Según el artículo 6.1.b del Nuevo Código Procesal Penal, una de las excepciones que pueden deducirse es la excepción de improcedencia de acción⁴⁷. En efecto, se atacará a la acción penal cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

Así, la excepción de improcedencia de acción se bifurca de acuerdo al art. 6.1b NCPP: Por un lado, el hecho denunciado no constituye delito y, por otro lado, el hecho denunciado no es justiciable penalmente. “Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto uno comprende la [antijuridicidad] penal del objeto procesal: tipicidad y [antijuridicidad], mientras que en el segundo punto se debate la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria”. (San Martín, 2015: 284)

En el ámbito jurídico, cabe destacar que la imputación personal se desarrolla en función de diversos aspectos: la capacidad penal, el conocimiento del injusto y la inexigibilidad de una conducta diferente. La excepción en debate se enfoca en el hecho desvalorado o prohibido conforme a la Ley Penal, independientemente de su atribución al autor. (San Martín, 2015: 284)

Desde la jurisprudencia, la Corte Suprema de la República ha señalado lo siguiente: en primer lugar, la Sentencia de Casación N. 1554-2021 - Ucayali señala que “(...) y, luego

⁴⁶ Para efectos del presente informe jurídico, solo se analizará la excepción de improcedencia de acción como parte de las excepciones.

⁴⁷ NCPP - Artículo 6.-

1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:
 - b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

de evaluar lo expuesto por el recurrente, precisó que lo pretendido por el encausado y su defensa es que, mediante la excepción de improcedencia de acción, se realice la valoración de las pruebas aportadas hasta el momento por el Ministerio Público, en concordancia con la imputación, lo cual no es pertinente en ese medio de defensa”. (Fundamento 3.2)

En segundo lugar, la Sentencia de Casación N. 2123-2019-Madre de Dios señala que el “propósito casacional reside en reiterar la línea jurisprudencial relativa a que los medios de defensa técnicos, como la excepción de improcedencia de acción, solo pueden ser promovidos cuando el hecho propuesto en la imputación fiscal no constituya delito o no sea justiciable penalmente y, en ese sentido, no pueden ser amparados si se constatan defectos en dicha imputación”. (Fundamento primero: 4)

En tercer lugar, la Sentencia de Apelación N.115-2021 - Pasco señala que “la excepción de improcedencia de acción se materializa mediante su estructura procesal específica en el análisis de la subsunción normativa del acto imputado a un ilícito penal o en la punibilidad, considerando estas categorías del delito como conceptos distintos a la culpabilidad. (fundamento décimo)

En cuarto lugar, la Sentencia de Casación N. 581-2015 - Piura señala que una de las finalidades de los medios técnicos de defensa es la eliminación de la extinción penal (excepciones)⁴⁸. De esto, se deriva a la excepción de improcedencia de acción. En efecto, es aquella que otorga “al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. Así, se deduce si hecho no constituye delito (conducta no prevista como delito o suceso no adecuado a la hipótesis típica) o si no es justiciable penalmente (conducta que merece ser justiciable, pero no penalmente, y condiciones de punibilidad)”. (Fundamento 8.3)

En quinto lugar, la Sentencia de Casación N. 2448-2021 - Huaura indica que “es necesario destacar que esta figura jurídica está destinada a cuestionar la relevancia jurídica penal del hecho atribuido por el Ministerio Público; es decir, si el hecho tal y

⁴⁸ La otra finalidad es la observación y subsanación de la acción penal como las cuestiones previas y prejudiciales, pero estos medios técnicos de defensa no son materia del presente informe jurídico.

como lo ha descrito el fiscal —en este caso, en su disposición de formalización de investigación preparatoria— constituye un injusto típico y punible”. (Fundamento quinto)

En sexto lugar, la Sentencia de Casación N. 99- 2022 - Cañete marca que “la excepción comprende el texto del tipo penal en todos sus componentes, siempre que no se invoque o cuestione actividad probatoria o suficiencia de elementos de convicción”. (fundamento 8.4)

Finalmente, la Sentencia de Casación N. 1086-2021 - Amazonas menciona que “la excepción permite analizar la correspondencia de los hechos relatados en la imputación fiscal —disposición fiscal de investigación preparatoria a acusación fiscal— con el tipo delictivo objeto de la investigación o del proceso —según la etapa procesal en que la causa se encuentra cuando se deduce la excepción—. (...) En las excepciones —como la que nos ocupa— no se analizan pruebas o elementos de convicción”. (Fundamento 6.1 y 6.3: 9)

En conclusión, tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado de la ley que, para deducir una excepción de improcedencia de acción, se deben analizar los hechos descritos en la Disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria desde la comprensión del texto del tipo penal en todos sus componentes, sin cuestionar la actividad probatoria o suficiencia de elementos de convicción. En efecto, la excepción de improcedencia de acción no debe ser utilizada para evaluar las pruebas aportadas hasta el momento por el Ministerio Público ni la imputación y esta excepción sólo puede ser promovida cuando el hecho propuesto en la imputación fiscal no constituya delito o no sea justiciable penalmente.

Por ello, como una de las finalidades de los medios técnicos de defensa es la eliminación de la extinción penal, y de esto se deriva la excepción de improcedencia de acción, esta figura jurídica cuestiona la relevancia jurídica penal del hecho atribuido por el Ministerio Público. Es decir, la excepción de improcedencia de acción permite analizar la correspondencia de los hechos relatados en la imputación fiscal con el tipo delictivo, pero no se analizan pruebas o elementos de convicción.

Así, para la oportunidad de los medios técnicos de defensa, y como ya se explicó de qué consta cada etapa del proceso penal, el artículo 7 del Nuevo Código Procesal Penal establece que la excepción de improcedencia de acción se puede plantear en dos

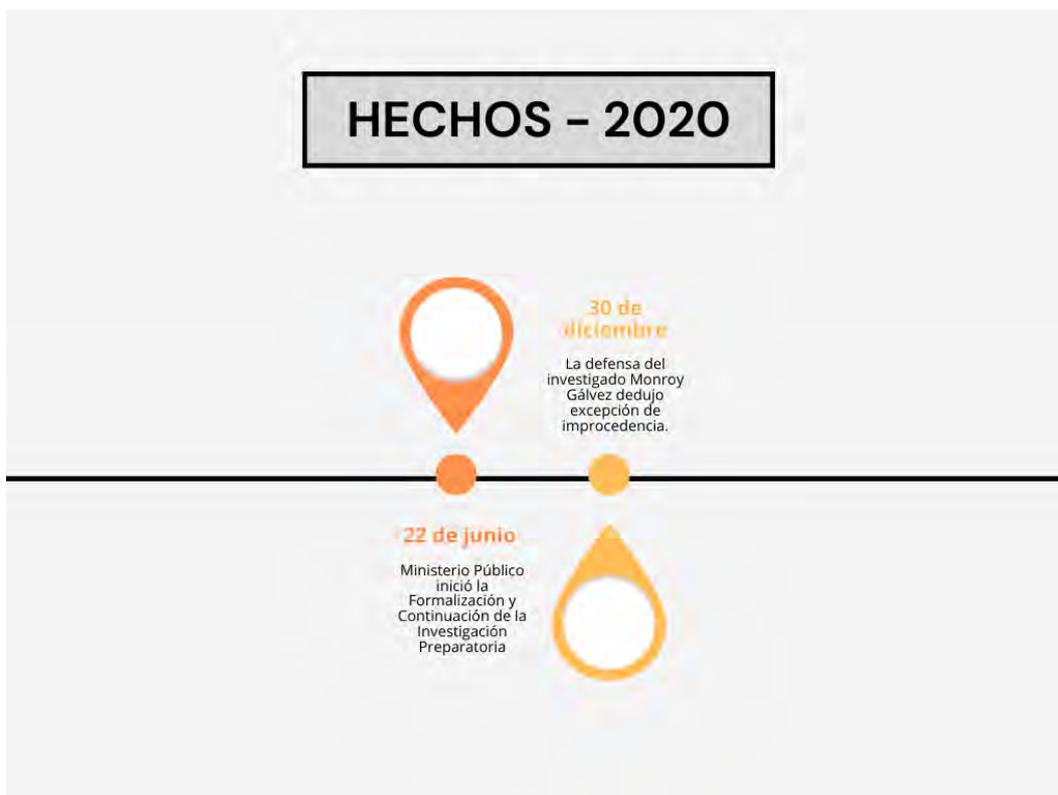
momentos: Por un lado, se plantea una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias o al contestar la querrela ante el Juez y se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia. Por otro lado, se pueden deducir durante la Etapa Intermedia, en la oportunidad fijada por la Ley. Otra característica de este medio técnico de defensa es que, también, pueden ser declarados de oficio.

Ahora, con respecto al objeto de la excepción de improcedencia de acción en la Sentencia de Casación N. 526-2022 / Corte Suprema, la referida engloba la discusión en el artículo 6.1.b del Nuevo Código Procesal Penal desde la atipicidad de la conducta. Es decir, el objeto de excepción de improcedencia de acción sobre Juan Doroteo Monroy Gálvez se encuadra en la redacción siguiente: “cuando el hecho no constituye delito”.

De acuerdo a la Sentencia de Casación, se evalúa la Disposición N. 24, del 22 de junio de 2020. Esta evaluación judicial de los hechos de la disposición de la fiscalía (en la que se incorpora a Juan Doroteo Monroy Gálvez) es puro derecho, pues justamente uno de los fines de la excepción de improcedencia de acción busca erradicar la prosecución penal cuando, en el relato de la fiscalía, existe carencia de elementos típicos del delito imputado.

En efecto, a partir de los hechos de la fiscalía, el objeto de la excepción de improcedencia de acción radica en el análisis de la Corte Suprema sobre la evaluación formal de la imputación del presunto delito de colusión a título de complicidad primaria al *extraneus*, abogado consultor Juan Doroteo Monroy Gálvez, por la emisión de cuatro informes a solicitud de la Administración Pública⁴⁹, lo que habría generado una materialización de la corrupción entre funcionarios públicos y la empresa Odebrecht.

⁴⁹ Disposición Fiscal N. 24, de 22 de junio de 2020, de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, emitida por el Primer Despacho del Equipo Especial de Fiscal a que se avocan a dedicación exclusiva al conocimiento de las investigaciones vinculadas con delitos de corrupción de funcionarios y conexos, en los que habría incurrido la empresa Odebrecht y otros (página 340 de 341).



Así, se analiza si el relato del Ministerio Público, en la disposición fiscal de formalización y a continuación de la investigación preparatoria, puede constituir un delito en términos teóricos. Resumidamente, el Ministerio Público señala que Juan Doroteo Monroy Gálvez, abogado investigado, emitió informes legales en 2005 a solicitud de la Administración Pública, que concluía que ciertos procesos judiciales no afectaban la regularidad del concurso realizado por PROINVERSIÓN en el proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil. Este informe respaldó la posición de PROINVERSIÓN, lo que, según la Fiscalía, sugiere un indicio de delito de colusión ya que permitió levantar la suspensión para la firma de contratos entre el Estado y los consorcios al que pertenecía Odebrecht.

Desde el artículo 6.1.b del Nuevo Código Procesal Penal, la Sentencia de Casación indica que este análisis formal se subsume en el apartado “el hecho denunciado no constituye delito”. La Corte Suprema es rotundamente firme al considerar dos situaciones de la relación de la fiscalía. Por un lado, la Disposición N. 24 señala que el pacto colusorio se habría realizado antes de la emisión de los informes y, por otro lado, no se afirma que el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez conocía de este pacto

⁵⁰ Línea gráfica de la cronología de los hechos procesales identificados del año 2022.

colusorio entre los funcionarios del Estado y Odebrecht. Por tanto, según los hechos, “es claro que el abogado (i) actuó conforme a su rol de consultor jurídico y (ii) se limitó a responder sobre lo que se planteó, sin siquiera formular recomendaciones, por lo demás no solicitadas” (fundamento octavo)⁵¹.

Entonces, si bien el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez obró en ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.8 del Código Penal)⁵², la Corte Suprema no hace mucho énfasis en este análisis como sí lo hicieron los jueces de primera y segunda instancia. Estas resoluciones ordinarias (no casacionales) señalaron que este artículo es parte de una causa de justificación, lo que impediría que las conductas del abogado no sean atípicas, sino justificadas. Sin embargo, nuestra postura con respecto a este extremo es contraria. Se realizará brevemente una toma de postura:

- A nuestra consideración, una diferencia clave entre una causa de justificación y una causa de atipicidad radica en la vulneración del bien jurídico (BJ). En el primero, sí se vulnera un BJ, pero, en el segundo, no existe vulneración de un BJ de parte del autor. Entonces, con respecto al “ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, si quien actúa al amparo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico se mantiene dentro del ámbito de actuación que el propio ordenamiento jurídico defiende, su conducta será siempre ajustada a Derecho; eso es, atípica. (Meini, 2022: 339)

De ese modo, como el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez es un *extraneus*⁵³, no tenía una posición de garante sobre la Administración Pública. Los informes que emitió deben mantener una opinión jurídica negativa o positiva sobre la cuestión de análisis (Oficio N. 262-2005-CG/CV) siempre que no sean parcializadas de forma injustificada, lo cual no sucede en el relato fáctico del Ministerio Público.

Adicionalmente, en cuanto a la prueba, la Corte Suprema no se aleja de lo establecido por la jurisprudencia con respecto al nulo análisis probatorio en la excepción de improcedencia de acción, pues los hechos alegados por el fiscal forman parte del objeto procesal y deben ser probados, lo cual, desde un punto de vista lógico, es independiente

⁵¹ Recurso Casación N. 526-2022 / Corte Suprema, página 10.

⁵² Código Penal: Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;(*)

⁵³ Externo a la Administración Pública.

del fundamento típicamente antijurídico de la conducta atribuida al imputado.

A grandes rasgos, la prueba será, en definitiva, analizada en una etapa final, la etapa de enjuiciamiento. Por ejemplo, en otra Sentencia de Casación N. 880-2019 - La Libertad se indica lo siguiente: “[En la excepción de improcedencia de acción] no es del caso ingresar a evaluar hechos y pruebas”.

En efecto, tal como se explicó anteriormente, es esta última etapa del proceso penal en la que se realizará una valoración a través del razonamiento probatorio, mientras que en las etapas previas, solo se recabarán pruebas para ofrecerlas. Es decir, incluso aseverando que la excepción de improcedencia de acción debería de constituir una valoración probatoria, esta premisa no podría ser cierta, debido a que es en la etapa de investigación preparatoria y la etapa intermedia donde no corresponde analizar justamente esta valoración probatoria, sino la formal.

En conclusión, el objeto que propone la Excepción de Improcedencia de Acción en la Sentencia de Casación N. 526 - 2022 / Corte Suprema se funda en la atipicidad de la conducta estereotipada del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez. Asimismo, esta evaluación formal no consta de una valoración probatoria, sino meramente del relato fáctico del Ministerio Público. Así, a pesar de que se haya generado un delito de colusión entre los funcionarios públicos y Odebrecht, este pacto colusorio no debería de atribuirse al abogado consultor externo a la Administración Pública debido a que este es ajeno a las decisiones de otras instituciones y no se afirma que conocía del pacto colusorio para determinar una complicidad del delito contra la Administración Pública.



¿Cuál es el objeto que propone la Excepción de Improcedencia de Acción en la Sentencia de Casación N. 526 - 2022 / Corte Suprema?

- 1** Disposición N. 24 del Ministerio Público
- 2** Evaluación de puro derecho (art. 6.1.b)
- 3** Carencia de elementos típicos del delito imputado.
- 4** La Corte Suprema considera que el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez actuó conforme a su rol de consultor jurídico y se limitó a responder sobre lo que se planteó sin siquiera formular recomendaciones.
- 5** No se afirma del conocimiento del abogado sobre el pacto colusorio entre los funcionarios del Estado y Odebrecht.
- 6** No corresponde valoración probatoria

Enrique Alberto
Pimentel Palomino

Caso Monroy - Informe Jurídico

Problemas complementarios

¿El recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión?⁵⁴

En la Constitución Política del Perú de 1993, el artículo 139 establece que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es la pluralidad de la instancia⁵⁵. Este derecho se incluye en otro derecho-principio continente, el debido proceso, y supone la presencia de otro tipo de derechos, como el derecho de defensa, a la motivación, a la pluralidad de instancias, etc. Entonces, el derecho a la pluralidad de instancias se constituye como un derecho de configuración legal. (Landa, 2022: 174 - 179)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en el artículo 7.6, señala que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. (...)”⁵⁶.

En efecto, en la justicia ordinaria del Perú, existen dos instancias: el Juzgado y la Sala Superior. Esta pluralidad de instancias se regula en el marco de un proceso penal común. Es decir, se dirige contra un ciudadano común y no contra un alto funcionario, ya que, para estos últimos, el proceso penal varía.

Ahora que se tiene una introducción sobre la pluralidad de instancias, cabe responder al punto principal: el recurso de casación en materia penal. El recurso de casación no

⁵⁴ Si bien, en la Casación en cuestión, no se hace mayor análisis de la admisión del Recurso de Casación interpuesto por la defensa del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, a efectos de un adecuado análisis, tras la revisión individual de cada documento del expediente general, nos permitiremos ampliar el estudio de la casación para continuar con los hechos relevantes del caso remitiéndome al recurso de casación interpuesto el 22 de octubre de 2021 y su relación con la Sentencia de Casación.

⁵⁵ Constitución Política de Perú: Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia.

⁵⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 7.- 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad, tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

es un recurso ordinario, sino un recurso extraordinario. El Código Procesal Penal Indica que solo se accede a esta vía extraordinaria por causales tasadas.

En efecto, a partir del artículo 427 en adelante, se regula este recurso extraordinario. En el caso de la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS, el recurso de casación es especial porque las resoluciones de primera y segunda instancia no se tratan de una sentencia, sino de un auto. El auto “es la resolución mediante la cual el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de los actos postulatorios de las partes, el saneamiento de proceso, la interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso”.⁵⁷

En otras palabras, cuando se deduce la excepción de improcedencia de acción, la resolución derivará a un auto. Así, la decisión del juez versará sobre una incidencia del proceso, que es este medio técnico de defensa.⁵⁸ Entonces, ante la excepción de improcedencia de acción, que es un medio técnico de defensa, se va a generar una incidencia dentro del proceso.

Para ello, el juez va a escuchar a las partes y luego emitirá una decisión a través de un auto. En consecuencia, si el auto es fundado, pone fin al proceso. Caso contrario, si el auto es infundado, el proceso continúa. Lo que no varía es el derecho a impugnar la decisión judicial del auto. De ese modo, la impugnación de primera instancia se resolverá en la Sala de Apelaciones. Esta Sala cita a las partes a informar sobre la materia en cuestión y resuelve a través de otro auto.

El problema surge en lo que sucede después. Ante ese último auto, la impugnación ordinaria termina. Es decir, como el acceso a la casación no es un derecho y se somete al principio de legalidad procesal, solo algunos casos que el Código Procesal Penal tase serán revisados de forma extraordinaria. Por ello, se mencionó anteriormente que la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS es especial.

Contra los autos, el recurso de casación tiene requisitos de procedibilidad establecidos

⁵⁷ Poder Judicial del Perú: (s/f). Gob.pe. Recuperado el 20 de junio de 2023, de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_orientacion_juridica_usuario/as_diccionario_juridico/a4

⁵⁸ Cabe señalar que el auto está dentro del proceso. En el proceso penal pueden darse distintas incidencias. Por ejemplo, se promueven la emisión de decretos, la emisión de autos, etc. Sin embargo, la resolución por excelencia es la sentencia, pues esta es la que pone fin al proceso.

en el artículo 427.2.a del Nuevo Código Procesal Penal⁵⁹. En principio, se exige que se trate de autos que pongan fin al procedimiento o a la instancia. Sin embargo, en el caso del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, en primera instancia, la excepción de improcedencia de acción se resolvió como infundada. Ante la apelación de segunda instancia, se confirmó el auto de primera instancia. Por ello, si en las instancias ordinarias, la excepción se declaró infundada, significa que el proceso continúa y no un sobreseimiento.

Como no se decidió el sobreseimiento porque la petición de la defensa fue rechazada en primera y segunda instancia, la procedencia para el recurso de casación es excepción. De hecho, el artículo 427.4 regula lo siguiente:

4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. (el subrayado es nuestro)

Entonces, excepcionalmente será procedente el recurso de casación en los casos distintos a los artículos 427.1, 427.2 y 427.3 del NCPP cuando la Sala Suprema penal discrecionalmente lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Cabe precisar que doctrina jurisprudencial lo establece tanto Corte Suprema como el Tribunal Constitucional, que son los Altos Tribunales. (San Martín, 2015: 20) La regla de excepción general, de apertura discrecional - es lo que se denomina 'casación excepcional', estriba en que, más allá de la entidad de la resolución impugnada y su no impugnabilidad regular, resulte "necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial". (San Martín, 2015: 719)

Además, Alexander Sánchez señala que se debe entender "por doctrina jurisprudencial las fijadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. (...) Está en función a las decisiones vinculantes, así declaradas por las altas cortes de justicia". (2023:246) En ese sentido, Joel Segura y Luis Sihuay indican que, "cuando el artículo 427.4 del NCPP consigna el término "desarrollo de doctrina jurisprudencial", lo que busca es que

⁵⁹ Nuevo Código Procesal Penal: Artículo 427 Procedencia.- 2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones: a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años

el recurrente especifique de manera obligatoria - artículo 430.1 y 3 del NCPP - el por qué su caso debe ser conocido por el Tribunal de Casación, sustentando este pedido en una causal contenida en el artículo 429 del NCPP". (2015: 74)

Continuando con la interpretación sistemática de los últimos autores citados, si se invoca el numeral 4 del artículo 427 del NCPP, el recurrente debe justificar la(s) causal(es) que establece el artículo 429 del NCPP. Es decir, se deberán consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

A lo anterior, ¿cuáles son los requisitos que impone el artículo 429 del NCPP? Se establecen 5 causales que, de todas maneras, en sede de casación ordinaria o excepcional se deben invocar:

Artículo 429.- Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Así, la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez, en su interposición del recurso de casación, el 22 de octubre de 2021, invocó los artículos 427.4, 429.1, 429.3, 429.5 y 430.3⁶⁰ del NCPP.

⁶⁰ Nuevo Código Procesal Penal: Artículo 430.- 3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

En primer lugar, el artículo 427.4 del NCPP ya ha sido analizado. En sencillo, se trata de una procedencia excepcional del recurso de casación para que sea subido a la Sala Suprema, debido a que, por regla general, solo procederán autos que le hayan puesto fin al proceso. En el caso del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, su proceso continuaba, puesto que declararon infundada su excepción de improcedencia de acción en primera instancia y confirmaron dicho auto en segunda instancia.

En segundo lugar, el artículo 429.1 del NCPP hace alusión a la “inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías”. La defensa señala que se han vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional y al principio de legalidad, pues se vulneró la tutela jurisdiccional porque, en primera instancia, no se valoraron los elementos de convicción (art. 8.1)⁶¹ y, en segunda instancia, tampoco, ya que se decidió que las pruebas (informes) debían de ser valoradas en la etapa de enjuiciamiento.

Según San Martín, “la expresión “garantías constitucionales” debe entenderse como preceptos constitucionales e internacionales destinados a tutelar o garantizar el sistema penal, en tanto que el objetivo de esta modalidad de casación es garantizar la correcta interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales en juego” (2015: 725) Entonces, ante la inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, es sumamente necesario que se invoquen los derechos no en sentido amplio, sino en sentido estricto, respondiendo a las preguntas: ¿cómo? ¿por qué? ¿en qué medida? ¿en qué circunstancia?, etc.

En tercer lugar, el artículo 429.3 del NCPP hace alusión a la “indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”. La defensa señala que hubo una errónea interpretación de los alcances del art. 20.8 del Código Penal, pues la Sala Penal Superior indica equivocadamente que la opinión legal de un abogado es una causa de justificación y no de atipicidad al ser excluyente de la imputación objetiva.

⁶¹ Nuevo Código Procesal Penal: Artículo 8.- 1. La cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones que se deduzcan durante la Investigación Preparatoria serán planteadas mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria que recibió la comunicación señalada en el artículo 3, adjuntando, de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan. (el subrayado es nuestro)

Además, la defensa señala que “existe una errónea interpretación de los alcances del art. 25 (complicidad) en el delito de colusión (art. 384) del Código Penal en relación a la opinión legal del abogado consultor externo a la Administración Pública, ya que opinión legal del abogado no es idónea ni esencial para el pacto colusorio, por tanto, no solo no alcanza el nivel de complicidad primaria, sino que no supera el riesgo permitido, es atípica”.

Alexander Sánchez señala que “este motivo se puede referir tanto a la aplicación obligatoria como discrecional de la ley penal”. (2023: 220) En cuanto a la errónea interpretación, citando a Hitter, “se presenta cuando el juez elige y aplica la norma correcta, pero le atribuye un sentido equivocado o le asigna efectos distintos o contrarios a los que resultan de su contenido” (2015: 223). Entonces, si el auto o sentencia incurrieron en una deficiente interpretación o aplicación del derecho sustantivo, es necesario indicar qué normas penales y/o normas extrapenales se han interpretado o aplicado incorrectamente sentido estricto, respondiendo a las preguntas: ¿cómo? ¿por qué? ¿en qué medida? ¿en qué circunstancia?, etc.

Finalmente, el artículo 429.5 del NCPP hace alusión al “apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional”. La defensa señala que la Sala Superior se apartó de la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de los últimos veinte años sobre la imputación objetiva y las conductas neutras como causa de atipicidad sustentable en una excepción de improcedencia de acción.

Joel Segura y Luis Sihuy mencionan lo siguiente:

“De acuerdo con los artículos 22, 80.4 y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el 433.3 en concordancia con el 26.1 del NCPP, además del análisis de la jerarquía de la Corte Suprema de Justicia, se plantea la posibilidad de que este organismo pueda establecer precedentes y jurisprudencia vinculante en relación con las materias de su competencia. Esto se logra a través de Acuerdos Plenarios, Sentencias de Casación y/o Sentencias Plenarias, estableciendo directrices sobre cómo se debe interpretar un instituto jurídico material o procesal. Por lo tanto, la falta de observancia o la aplicación incorrecta de estos alcances se convierten en motivo de casación.” (2015: 92)

En cuanto al petitorio del recurso de casación, la defensa del abogado Juan Doroteo

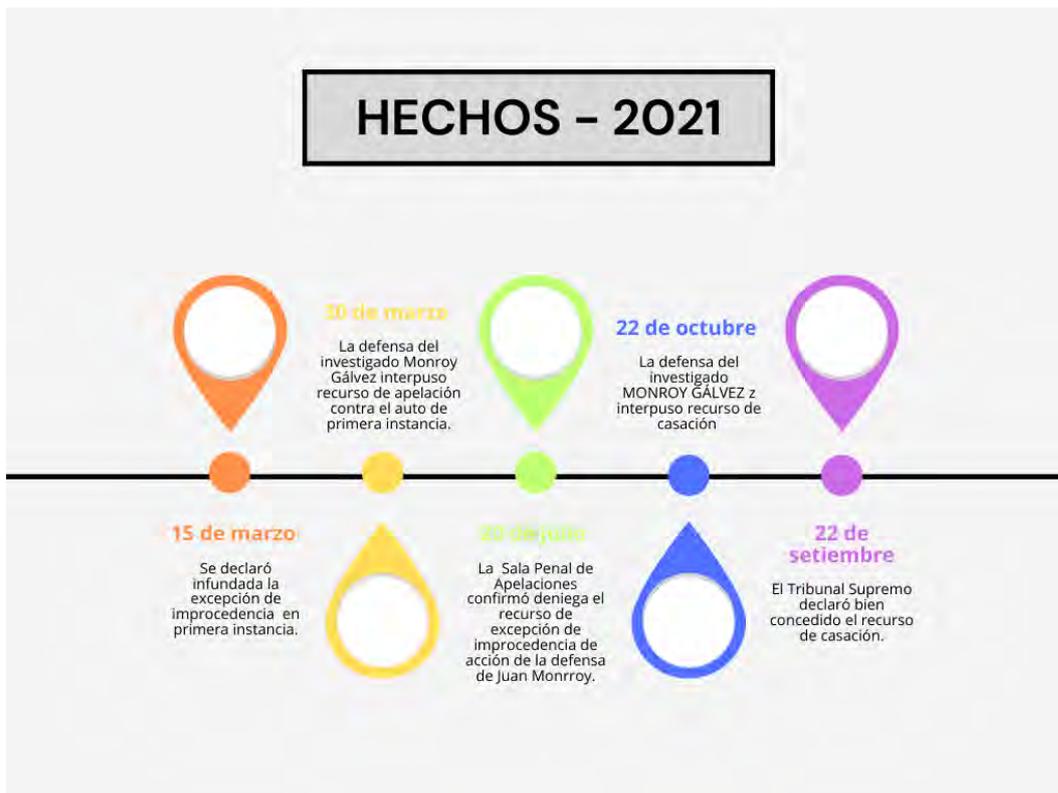
Monroy Gálvez pide, por un lado, que se revoque el auto impugnado y que declaren fundada la excepción a instancia y, por otro lado, alternativamente, que se anule el auto impugnado y que la sala superior expida otro auto.

En la Calificación de Casación N. 526-2022/CS⁶², se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia del precepto constitucional e infracción del precepto material. Por ello, se abre el proceso casacional del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez para abrir paso a la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS.

Es decir, en la sentencia de casación, se admitieron los artículos 429.1 y 429.3 del NCPP propuestos por la defensa. Llama la atención de que se hace referencia al motivo de la denegatoria del artículo 429.5 en el auto de calificación, simplemente la obvian.

En conclusión, por las razones expuestas y el análisis realizado, **consideramos que el recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión**. Por tanto, los artículos 429.1 y 429.3 del NCPP fueron motivos para abrir paso a la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS.

⁶² Si bien, en la Casación en cuestión, no se hace mayor análisis de la admisión del Recurso de Casación interpuesto por la defensa del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, a efectos de un adecuado análisis, tras la revisión individual de cada documento del expediente general, nos permitiremos ampliar el estudio de la casación para continuar con los hechos relevantes del caso remitiéndome a la calificación de casación de fecha 22 de setiembre de 2022.



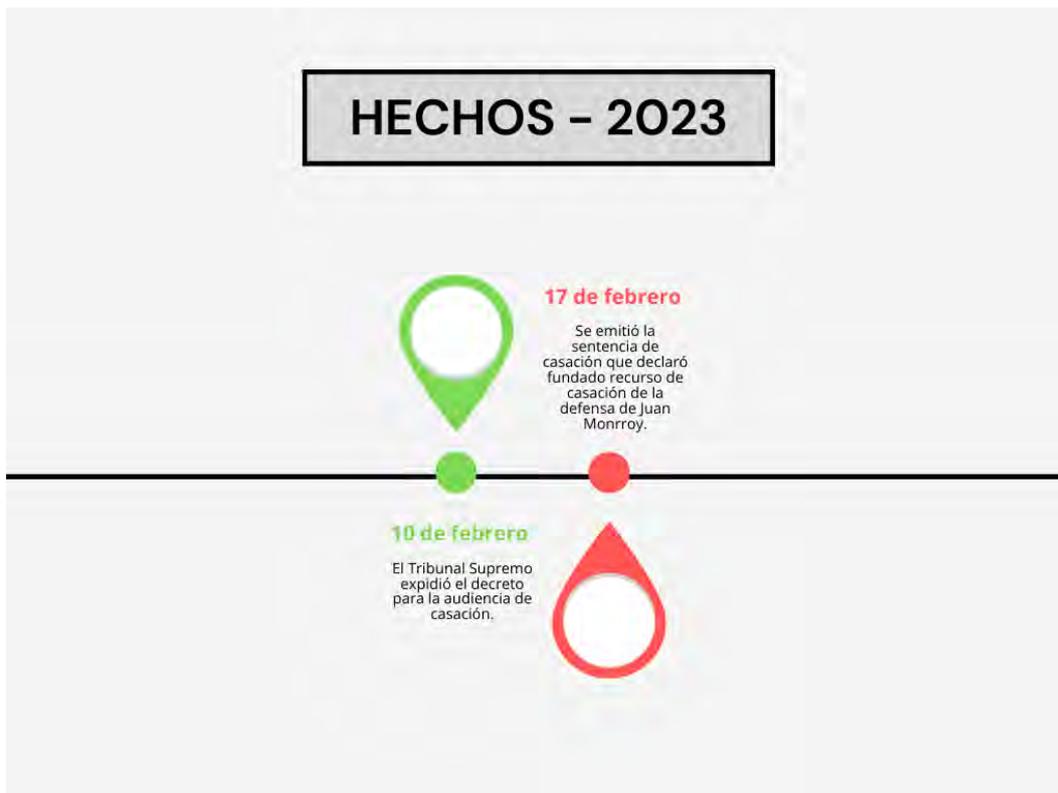
63



64

⁶³ Línea gráfica de la cronología de los hechos procesales identificados del año 2021.

⁶⁴ Línea gráfica de la cronología de los hechos procesales identificados del año 2022.



65



⁶⁵ Línea gráfica de la cronología de los hechos procesales identificados del año 2023.



¿El recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión?

- | | | | |
|----------|----------------|---|--|
| 1 | 429.1 del NCPP | } | Bien Concedido
Corte Suprema |
| 2 | 429.3 del NCPP | | |
| 3 | 429.5 del NCPP | → | No se pronuncia |

Enrique Alberto
Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico



¿La excepción de improcedencia de acción supone una evaluación tipicidad?

Esta pregunta complementaria se relaciona con la pregunta secundaria sobre el objeto de la excepción de improcedencia de acción y se responderá brevemente desde la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema. En primer lugar, la Sentencia de Casación N.814-2015 - Junín indica lo siguiente:

“El examen que deberá efectuar el juzgador frente a la formulación de este medio de defensa, será siempre el juicio jurídico de tipicidad, de compatibilidad entre el hecho planteado y el supuesto normativo de prohibición, del contenido en la ley penal [...]. La excepción de improcedencia de acción, parte de los hechos descritos en la imputación realizada por el titular de la acción penal pública, por lo que el juez debe evaluar los argumentos con los que se plantea la excepción, solo a la luz de los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente [...]”. (El subrayado es nuestro) (fundamentos de derecho tercero y cuarto)

En segundo lugar, la Sentencia de Apelación N. 24-2022 - San Martín alude que la excepción de improcedencia de acción se refiere “al primer punto que abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad [y el] segundo que se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absoluta”. (El subrayado es nuestro) (Fundamento quinto)

Finalmente, la Sentencia de Casación N. 407 - 2015 - Tacna señala lo siguiente:

“(...) En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad —tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad” (fundamento quinto: 5)

Sin embargo, cabe indicar que el artículo 8.1 del NCPP establece que es posible adjuntar, de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan. La Sentencia de Casación N. 760 - 2016, La Libertad señala que el Código Procesal Penal se refiere a lo que se conoce como "elementos de convicción", pero no da una definición concreta. Alude a su adecuación sin darles sustancia tangible.

En el décimo quinto fundamento, se indica que una primera aproximación conceptual a su contenido podría ser con respecto a la etapa en que se utilizan, después de realizados los actos de investigación y durante la investigación preparatoria. Los elementos de convicción son los argumentos sólidos o las razones fundadas que un fiscal posee para estar seguro o convencido de que puede imputar un acto delictivo a una persona acusada, ya sea como autor, participante o instigador. Por lo tanto, estos elementos permiten al fiscal formular una acusación y proceder a juicio.

Para una mejor definición de su alcance, se pueden proponer los siguientes criterios:

- a) Los elementos de convicción sirven como base para formular la acusación fiscal;
- b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la evidencia, que solo se puede obtener en juicio, ya que solo genera certeza en el fiscal que presenta la acusación;
- c) En caso de una sentencia contraria al artículo 344.2 del NCPP;
- d) Los elementos de convicción deben ser suficientes para acusar, ya que, de lo contrario, solo conduciría a la desestimación;
- e) En general, los fiscales, como titulares de la acción penal, determinan la suficiencia de los elementos de convicción;
- f) Solo cuando sea evidente la falta de elementos de convicción o cuando no exista una posibilidad razonable de incorporar pruebas al juicio -que en realidad son elementos de convicción- podrá la defensa solicitar la desestimación, o el juez puede decretarlo de oficio.

En el décimo octavo fundamento, se señala que, en este contexto, inicialmente, las partes y particularmente la defensa sólo tienen la posibilidad de realizar un control formal de la acusación; por ejemplo, para denunciar omisiones relevantes en la acusación; falta de claridad en el título de la acusación; insuficiencia o contradicción en la identificación del imputado; inadecuada individualización del imputado en relación con los hechos del caso o confusión en los tipos penales invocados. Por tanto, se trata de errores o insuficiencias en la adecuada motivación de la acusación.

En conclusión, la tipicidad es un elemento fundamental en la excepción de improcedencia de acción, según la jurisprudencia de la Corte Suprema. El juez debe evaluar si los hechos presentados cumplen con el supuesto normativo de prohibición contenida en la ley penal, y debe realizar un juicio de subsunción normativa del hecho

atribuido a un injusto penal o a la punibilidad. No obstante, de ser el caso, el auto de excepción de improcedencia de acción también puede admitir elementos de convicción. En otras palabras, el juez debe analizar si los hechos descritos en la imputación se ajustan a las categorías típicas del delito, tanto de la antijuricidad penal como de la punibilidad, lo que implica una evaluación objetiva de la situación, pero también es posible que se adjunten los elementos de convicción.



Enrique Alberto
Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico

Problema principal

¿Se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión?

Después de haber realizado un análisis crítico de los problemas secundarios presentados en la Sentencia de Casación, con el fin de determinar la relevancia teórica con relación al caso en concreto, se procederá a responder el problema principal: ¿Se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión? Para ello, se ahondará en la ruta metodológica del análisis del delito.

Para ello, como ya se comentó anteriormente, nuestra postura se inclina a defender que los *extraneus* sí pueden ser cómplices de Delitos contra la Administración Pública. Bajo este punto, cabe señalar entonces cómo se puede identificar a un cómplice primario en la comisión de un delito.

Por un lado, Reátegui Sánchez, citando a Soler, señala que “la calidad de cómplice primario obedece a una razón sustancial; depende de la naturaleza de su aporte. Es decir, se distinguen los partícipes en indispensable y no indispensables” (2014: 172).

Por otro lado, Salazar Sánchez señala que el cómplice primario es "aquel que, con su contribución, hace posible la comisión del delito. Su conducta aumenta significativamente el riesgo de daño o peligro al bien jurídico. De esta forma, la contribución del cómplice primario puede ocurrir tanto durante la fase de ejecución como antes de ella. Por lo tanto, la calidad de esta conducta no debería influir más que la importancia objetiva de la contribución, siendo irrelevante la importancia que le atribuyan los autores del delito". (2019: 400 - 403).

La Sentencia de Casación N. 367 - 2011 - Lambayeque, indica que “serán considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para el que el autor pueda cometer el delito. En el análisis subjetivo del delito, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa, distinto a lo que prevé la doctrina” (fundamentos 3.10 y 3.13).

Por su lado, de manera más específica, la Sentencia de Casación N. 661 - 2016 - Piura indica que "el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado" (fundamento vigésimo primero).

Se puede señalar entonces que el juicio de contribución sustancial, dependerá del decisor jurisdiccional a través de los indicadores que se hayan generado en el injusto. Sin bien, existen múltiples aproximaciones para determinar la complicidad primaria, la unanimidad señala que es necesario, primero, determinar a los autores del delito (principio de accesoriedad), pues, tal como lo expresa el Recurso de Nulidad N. 2645 - 2016, Lima Norte, "al no conocerse al autor de los hechos extorsivos, es imposible atribuir a su patrocinada algún tipo de complicidad" (fundamento 3.3).

En aplicación al caso, sí se habrían determinado, de acuerdo a la Disposición 24 de la fiscalía, a los autores y partícipes. Los autores serían los funcionarios públicos como Sergio Bravo Orellana (presidente del Comité de PROINVERSIÓN en proyectos de infraestructura y servicios públicos) y Percy Velarde Zapater (asesoría legal de PROINVERSIÓN), entre otros autores, mientras que el cómplice primario, de entre tantos, sería Juan Doroteo Monroy Gálvez (emitió informes que contribuyeron al pacto colusorio entre los funcionarios y Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Perú).

La pregunta que se deriva ahora es la siguiente: ¿si bien se identificó a Juan Doroteo Monroy Gálvez como un presunto cómplice primario, es correcta esta imputación? Bajo la teoría del delito, se realizará el siguiente análisis con respecto a su situación:

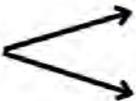
1. **Conducta comisiva u omisiva:** Tal como se señaló, la conducta del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez es una conducta comisiva (acción), pues, al emitir cuatro (4) informes jurídicos a solicitud de la Administración Pública, se puede verificar una conducta libre (autocontrol del ser humano) desde el comportamiento voluntario.
 - a. No concurre ningún supuesto de inacción.
2. **Antijuridicidad:**
 - a. **Sujetos:**

- a. Sujeto activo:
 - i. Autor: Sergio Bravo Orellana (presidente del Comité de PROINVERSIÓN en proyectos de infraestructura y servicios públicos) y Percy Velarde Zapater (asesoría legal de PROINVERSIÓN), entre otros autores.
 - ii. Partícipe (complicidad primaria): Juan Doroteo Monroy Gálvez, quien emitió informes que contribuyeron al pacto colusorio entre los funcionarios, entre otros.
- b. Sujeto pasivo: Estado
- b. Interés afectado:**
 - a. Bien jurídico: Correcto funcionamiento de la Administración Pública (genérico) - Legalidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas (específico)
 - i. Es un bien jurídico colectivo.
 - b. Configuración del delito: Colusión (artículo 384 del Código Penal)
 - i. Delito de resultado
- c. Desvalor de resultado:** Los sujetos implicados consumaron el acto de colusión. Sin embargo, es necesario discriminar a Juan Doroteo Monroy Gálvez desde la aplicación del juicio de imputación objetiva de resultado, debido a que su conducta se encuentra como una conforme a derecho (artículo 20.8 del Código Penal). Ello se debe a que, bajo el principio de prohibición de regreso, primero, se debe identificar cuáles son los deberes que tiene el abogado consultor al ser un garante por organización por el control de riesgo (ya se hizo el análisis anteriormente) y, después, se debe evaluar si, dentro de su ámbito de garantía, actuó de forma neutra (ya se hizo el análisis anteriormente). Por ello, ante este juicio de imputación objetiva, se determinó que su conducta es atípica.
 - a. Al existir una conducta conforme a derecho, el análisis del delito finaliza.

Por lo tanto, según nuestro criterio, no se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión, ya que su conducta se encuentra conforme a derecho.



¿Se le puede imputar al abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez la condición de cómplice primario en el delito de colusión?

- 1 Conducta comisiva 
- 2 Antijuridicidad 
 - Imputación objetiva 
 - Principio de prohibición de regreso 

Termina el análisis del delito

Enrique Alberto
Pimentel Palomino
Caso Monroy - Informe Jurídico



VI. CONCLUSIONES

1. Conclusión principal

- Luego del análisis llevado a cabo, el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez no es cómplice primario en el delito de colusión, ya que su conducta se encuentra conforme a derecho.

2. Conclusiones secundarias

- En los delitos contra la administración pública, aquel que no tiene la calidad especial puede ser sancionado por su contribución en la vulneración a un bien jurídico funcional en la Administración Pública. Por lo tanto, sí sería posible que Juan Doroteo Monroy Gálvez, por su contribución, pueda ser etiquetado como cómplice del delito de colusión.
- Juan Doroteo Monroy Gálvez es un abogado consultor. Por ello, tiene libertad de emitir informes legales, pero también tiene una obligación de resultados. Así, se le exige que el informe mantenga objetividad y neutralidad en cuanto a la absolución de las consultas que sus clientes le formulen, pues el resultado final del informe depende, en su plenitud, de él.
- Para ello, ante la investigación de cada informe jurídico emitido por el abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez, que concluye que el análisis del Oficio de Contraloría es inocuo, consideramos que el abogado Monroy sí cumple con el rol de abogado consultor. Por lo tanto, el principio de prohibición de regreso, que deriva en la conducta neutral, sí es aplicable para el caso del imputado.
- El objeto que propone la Excepción de Imprudencia de Acción en la Sentencia de Casación N. 526 - 2022 / Corte Suprema se funda en la atipicidad de la conducta estereotipada del abogado Juan Doroteo Monroy Gálvez.
- El recurso de casación de la defensa de Juan Doroteo Monroy Gálvez que deduce la excepción de improcedencia del auto impugnado cumple con los requisitos de admisión. Por tanto, los artículos 429.1 y 429.3 del NCPP fueron motivos para abrir paso a la Sentencia de Casación N. 526-2022/CS.
- La tipicidad es un elemento fundamental en la excepción de improcedencia de acción. El juez debe evaluar si los hechos presentados

por la fiscalía cumplen con el supuesto normativo de prohibición contenida en la ley penal, y debe realizar un juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad. No obstante, de ser el caso, es posible que se adjunten elementos de convicción.



VII. RECOMENDACIONES

Debido a la investigación, es necesario recomendar dos aspectos jurídicos: **Por un lado**, se recomienda que la Sala Suprema realice un análisis sobre las conductas neutrales bajo enfoques más contemporáneos. Para nosotros, el hecho de que se indique que la prohibición de regreso es una conducta neutra, tiene dos problemas: el primero es que puede dejar en la impunidad casos de complicidad y el segundo es que no se delimita correctamente el ámbito de responsabilidad del sujeto.

Por ello, este informe se decanta por la tesis de Mario Maraver, que señala que la prohibición de regreso excluye la autoría, pero no la participación. Esta postura señala que, primero, se debe identificar negativamente el deber de garante del sujeto; es decir, su ámbito de responsabilidad por el control del riesgo. Una vez definidos los deberes, y si el sujeto cumple con ellos, es posible excluir la autoría, pero aún no la participación. Segundo, luego de delimitar negativamente la posición de garante de control de un riesgo, es necesario valorar la relación del sujeto con el injusto: es decir, se debe recién valorar si la conducta fue neutra o no. Si la conducta fue neutra, se podrá excluir la participación del sujeto.

Este análisis resulta más adecuado en un contexto como el nuestro. El simple hecho de que se confunda el principio de prohibición de regreso con el acto neutral puede dar lugar a la impunidad, pues, de pronto, se excluye tanto la autoría como la participación del delito.

Concatenado a lo anterior, es necesario descartar el análisis subjetivo (dolo) cuando se valora el principio de prohibición de regreso. Esta figura es parte de los límites de la imputación objetiva. En ese aspecto, nada tiene que ver el análisis doloso, debido a que lo que se valora es el hecho como generador de riesgo, mas no al sujeto como individuo que conoce del riesgo. En oposición a ello, si el análisis del hecho se inclina a que la prohibición de regreso no se puede aplicar en el caso, recién se podrá analizar la imputación subjetiva para continuar con la ruta metodológica del delito y su debida atribución de responsabilidad.

Por otro lado, se recomienda que, en casos de excepción de improcedencia de acción, se siga una interpretación sistemática del Código Procesal Penal. Si bien este medio técnico de defensa constituye el análisis de la tipicidad o punibilidad del propio relato

fáctico de la fiscalía, la normativa indica que es posible que se analicen los elementos de convicción.

En este punto, si bien la valoración no es netamente probatoria, el análisis adicional de los elementos de convicción podría ayudar a una mejor comprensión de los hechos escritos por el Ministerio Público. Este adicional es pasible de utilización por quien acusa y quien defiende.

En conclusión, se recomienda un mayor análisis cuando se traten temas del principio de prohibición de regreso y la excepción de improcedencia de acción dentro de un proceso penal.



VIII. DETALLES ADICIONALES NO CONCLUYENTE

Llama la atención que, de acuerdo a la revisión del expediente completo, la imputación concreta del delito varíe. Por ejemplo, en la formalización y continuación de la investigación preparatoria, de fecha 22/06/22, la imputación de la fiscalía es la presunta comisión del delito de colusión.

Después, en la deducción de improcedencia de acción, de fecha 30/12/20, la defensa señala que la imputación es el delito de colusión agravada.

Luego, en el auto de primera instancia, de fecha 15/03/21, la imputación es del delito de colusión agravada.

En adición, en la apelación de primera instancia, de fecha 29/03/21, se hace mención a una imputación de colusión.

Más tarde, en la resolución de segunda instancia, la imputación es del delito de colusión.

Sin embargo, en el recurso de casación, de fecha 22/10/21, se alude al delito de colusión agravada.

No obstante, en el auto de calificación, de fecha 22/09/22, la imputación del delito es de colusión.

Finalmente, en la sentencia de casación, de fecha 17/02/23, se hace alusión al delito de colusión, pero se analiza también la colusión agravada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- **Normativa:**

1. Constitución Política del Perú de 1993
2. Código Penal peruano
3. Nuevo Código Procesal Penal peruano
4. Código de ética del Abogado
5. Ley Orgánica del Poder Judicial
6. Ley del Procedimiento Administrativo General

- **Jurisprudencia:**

1. Expediente N. 2868 - 2004 - AA/TC – Áncash (Derecho al libre desarrollo)
2. Expediente N. 3954 - 2006 - PA/TC – Lima (Colegio de abogados)
3. Recurso de Nulidad N. 1408 – 2007/Lima Norte (Complicidad en el delito de colusión)
4. Expediente N. 03833 - 2008 - PA/TC – Madre de Dios (Abogado)
5. Expediente N. 00032-2010 - PI/TC – Lima (Derecho al libre desarrollo)
6. Sentencia de Casación N. 367 - 2011 - Lambayeque (Complicidad primaria)
7. Sentencia de Casación N. 581 - 2015 - Piura (Excepción de improcedencia de acción)
8. Sentencia de Casación N. 814 - 2015 - Junín (Excepción de improcedencia de acción)
9. Sentencia de Casación N. 760 - 2016 - La Libertad (Elementos de convicción)
10. Sentencia de Casación N. 661 - 2016 - Piura (complicidad primaria en el delito de colusión)
11. Sentencia de Casación 542 - 2017 / Lambayeque (Estructuras típicas reguladas en el artículo 384 del CP)
12. Recurso de Nulidad N. 1645 - 2018 (Caso prohibición de regreso)
13. Sentencia de Casación N. 2123 - 2019 - Madre de Dios (Excepción de improcedencia de acción)
14. Sentencia de Casación N. 1554-2021 - Ucayali (Excepción de improcedencia de acción)
15. Sentencia de Casación N. 1095 - 2021 / Nacional (Caso Jorge Danós)

16. Sentencia de Apelación N.115 - 2021 - Pasco (Excepción de improcedencia de acción)
17. Recurso de Nulidad N. 937 – 2021/ Lima (Estafa e incumplimiento contractual)
18. Sentencia de Casación N. 526 - 2022 / Corte Suprema (Caso Juan Monrroy)
19. Sentencia de Apelación N. 24 - 2022 - San Martín (Excepción de improcedencia de acción)

● **Doctrina:**

1. Abanto Vásquez, M. (2004). "Autoría y participación" y la teoría de los delitos de "infracción de deber". Revista Penal, N° 14.
2. Bustos Pueche, José Enrique. (1999). La Doctrina de la Apariencia Jurídica. Madrid: Dykinson.
3. Cano Martínez de Velasco, J. (1990) La exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia. Barcelona: Bosch.
4. Díaz Castilla, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.
5. Díaz, E. (1996). Estado de derecho. DÍAZ, Elías y RUÍZ MIGUEL, Alfonso. Filosofía Política II. Teoría del Estado. Madrid: Trotta, 63-82.
6. El Comercio Perú, N. (2017, 20 de marzo). Caso Odebrecht: Monroy y Velarde declararon por Interoceánica. El Comercio Perú. <https://elcomercio.pe/politica/justicia/caso-odebrecht-monroy-velarde-declararon-interoceanica-407296-noticia/>
7. Falzea, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè, 1997, pp. 809-856. Traducción, autorizada por el autor, de León L. Leysser. En: <file:///C:/Users/enriq/Downloads/3054-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11513-2-10-20170306.pdf>
8. Feijoo Sánchez, B. (2020). Teoría de los actos neutrales y participación delictiva. Los límites de la participación criminal en los delitos económicos. En Derecho Penal y Económico y Teoría del delito, director Eduardo Crespo, Tirant lo Blanch. Valencia.
9. Ferrajoli, L. F. (2006). Garantismo penal (Primera edición, Vol. 34). Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho.

Consultado

en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/9.pdf>

10. Gómez Martín, V. (2003). Los delitos especiales. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Facultat de Dret.
11. Hruschka, J. (2000). Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. Revista de derecho penal y criminología, 2.^a Época, núm. 5. págs. 189-218
12. Jakobs, G. (1996). La imputación objetiva en el Derecho penal. Civitas Ediciones S. L. Madrid – España.
13. Jakobs, G. (1998)., La imputación objetiva en Derecho penal, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima.
14. Landa Arroyo, C. (2022). Los derechos fundamentales. Pontificia Universidad Católica del Perú.
15. Lima, E. (2015). Imputación objetiva, autoría y participación - DR. José Antonio Caro John. YouTube. Consultado en: <https://www.youtube.com/watch?v=dqsvw43ZtQ0>
16. Liszt, Von. (1927). Tratado de Derecho Penal. Tomo Segundo. Traducido de la 20ava edición alemana por Jiménez de Asúa. Madrid. Editorial Reus (S.A.)
17. Maraver Gómez, M. (2007). El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho.
18. Meini, I. (2022). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Ciudad de México. Hébo Instituto.
19. Mir Puig, S. (2016). Derecho penal parte general (10.a ed.). B de F Ltda.
20. Moreno, L. (2020) “El examen directo”. En: Guía Operativa de Litigación Oral con el Código Procesal Penal. Lima: MINJUS. En: 76-102.
21. Montoya Vivanco. Y. (2015) Manual sobre Delitos Contra la Administración Pública. IDEHPUCP.
22. Padilla y Agustina Frías, R. (2014). Sobre la función que debe cumplir el abogado y la misión que tiene asignada. Lumen, (10), 91–98. <https://doi.org/10.33539/lumen.2014.n10.533>
23. Pariona Arana, R. (2017). El delito de colusión. 1^a ed. Lima, Pacífico S.A.C.
24. Parra, A. (2020). Diferencia entre preguntas abiertas y cerradas.

- QuestionPro. Consultado en:
<https://www.questionpro.com/blog/es/diferencia-entre-preguntas-abiertas-y-cerradas/>
25. Pastor Muñoz y Coca Vila. (2019). “Delitos contra el patrimonio (ii)”, en Silva Sánchez (dir.), Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 5ª ed., Atelier, pp. 255-280.
 26. Peces Barba Martínez, G. (1987). Los operadores jurídicos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid – España.
 27. Peña Cabrera, A. (2019). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Moreno S.A. IDEMSA.
 28. Pimentel Palomino, Enrique. (2023). La romantización del dolo: la intención vs. el conocimiento. Publicado en Enfoque Derecho | El Portal de Actualidad Jurídica de THĒMIS; en:
<https://www.enfoquederecho.com/2023/04/19/la-romantizacion-del-dolo-la-intencion-vs-el-conocimiento/>
 29. Ragués I Vallés, Ramón. (1999). El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Bosch.
 30. Reátegui Sánchez, J. (2014). Autoría y participación en el delito. Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú.
 31. Reglero Campos, F. La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del tribunal supremo. Udc.es. Recuperado el 31 de mayo de 2023. Consultado en:
<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2539/AD-11-45.pdf>
 32. Robert, Alexy. (1993). El derecho general de libertad. En Teoría de los Derechos Fundamentales (pp. 331–373). Centro de Estudios Constitucionales. Consultado en: <file:///C:/Users/enriq/Downloads/20952-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83373-1-10-20190618.pdf>
 33. Roxin, C. (1997). La imputación ulterior al tipo objetivo. Lima: Grijley
 34. Roxin, C. (2007). “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en: HEFENDHEL, R. (ed.), La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid,
 35. Rueda Martín, María. (2001). Reflexiones sobre la participación de los extraños en los delitos contra la administración pública en el código penal español. Revista de derecho penal y criminología. Época, N. 8.

36. Salazar Sánchez, N. (2019). Comentarios al Código Penal peruano. Parte General. Tomo II (Vol. 2). Gaceta Jurídica.
37. Saldaña Serrano, J. (2013). Ética profesional del abogado Principios generales y comentarios al nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile. Cuadernos de extensión jurídica 24. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho, 29–54.
38. San Martín Castro, C. (2015). Derecho Procesal Penal - Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Lima - Perú.
39. Sánchez Málaga, A. (2016). “El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa? En Themis Revista de Derecho N° 68.
40. Sánchez Torres, A. (2023). El recurso de casación penal - control de los hechos. Jurista Editores.
41. Santana Ramos, E. M. (2018). El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional. Revista De La Facultad De Derecho, (44), e20184405. <https://doi.org/10.22187/rfd2018n44a5>
42. Segura Alania, J. & Sihuay Huamancaja, L. (2015). El recurso de casación penal - Análisis sistemático conforme al Código Procesal Penal de 2004 - Jurisprudencia vinculante comentada (Sentencia de casación 2007 - 2015). Instituto Pacífico.
43. Silva Sánchez & Ortiz de Urbina (2020). “Introducción al Derecho Penal Económico-Empresarial”, en Silva Sánchez, (director) Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial, Barcelona, Atelier.
44. Sosa Sacio, J. M. (2018). La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad. Pensamiento Constitucional N° 23, 177–203. Consultado en: <file:///C:/Users/enriq/Downloads/20952-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83373-1-10-20190618.pdf>
45. Vega Soyer, J. (2008). La protección a la apariencia jurídica. En Palestra (Ed.), Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I (pp. 277–308).
46. Villavicencio Terreros, F. (2011). Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley, pp. 561-591.
47. Visintini, G. (2007). Una lección sobre el incumplimiento de obligaciones. En De las traducciones: Leysser Luggi León Hilario (Ed.), Derecho de las

Relaciones Obligatorias Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios (pp. 371–382). Jurista Editores. Lima - Perú.

48. Universidad de Navarra. (n.d.). Delictum|L.2, La conducta humana - Delictum. En: <https://www.unav.edu/web/delictum/lecciones/leccion-2>
49. Zusman Tinman, S. (2011). TIPS: 100 consejos útiles de redacción legal. IUS ET VERITAS, 21(43), 344-356. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12070>





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

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

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

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

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, diecisiete de febrero de dos mil veintitrés

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



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

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DECISIÓN

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



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

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TUPÉZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CSMC/AMON

