

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Casación 1095-2021 Nacional

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

Alonzo Adalberto Choque Moya

ASESOR:

Carlos Abel Villarroel Quinde

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CARLOS ABEL VILLARROEL QUINDE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Casación 1095-2021 Nacional", del autor / de la autora ALONZO ADALBERTO CHOQUE MOYA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. 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

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> VILLARROEL QUINDE, CARLOS ABEL	
DNI: 42529192	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2882-5655	

RESUMEN

El informe jurídico analiza la condición de funcionario público en el delito de colusión (simple y agravado), desde lo resuelto por la Sala Penal Permanente en la Cas.1095-2021 Nacional. El problema jurídico es identificado por la condición de consultores de la que se encontraban premunidos los abogados Jorge Danós y Ana Sofía Reyna, mismas que personas interponen la excepción de improcedencia de acción, en el marco de una investigación penal. En razón a ello, el objetivo principal del informe jurídico es determinar si, en el marco de una contratación pública, el abogado que funge como consultor del Estado es considerado funcionario público, y por ende autor o cómplice del delito de colusión. El informe recurre a los fundamentos ontológicos de los Delitos Contra la Administración Pública para poder entender la razón de considerar al funcionario público como un sujeto distinto al particular. Bajo dicha premisa, se explica el concepto de infracción de deber desde su autor original, Claus Roxin, hasta lo establecido por autores nacionales. Luego, se desarrolla la naturaleza del funcionario público y del delito de colusión desde la legislación vigente, doctrina (nacional e internacional) y la jurisprudencia. Todo ello con el objetivo de apoyar la posición de que los consultores contratados por el Estado sí son funcionarios públicos, pero no pueden ser considerado como autores del delito de colusión.

Palabras clave

Infracción de deber, colusión, deber especial

ABSTRACT

The legal report analyzes the condition of public official in the crime of collusion (simple and aggravated), based on the decision of the Permanent Criminal Court in Cas. 1095-2021 National. The legal issue identified by the condition of consultants that lawyers Jorge Danos and Ana Sofía Reyna had, same people who filed the exception of inadmissibility of action, within the framework of crime research. For that reason, the main objective of the legal report is to determine whether, in the context of a public procurement, the lawyer acting as a consultant to the State is considered a public official, and therefore a perpetrator or accomplice to the crime of collusion. The report uses the ontological foundations of Crimes against Public Administration to understand the reason for considering the public official as a subject different from the private individual. Under this premise, the concept of breach of duty is explained from its original author, Claus Roxin, to what has been established by national authors. Then, the nature of the public official and the crime of collusion are developed from the current legislation, doctrine (national and international) and jurisprudence. All this with the aim of supporting the position that consultants hired by the State are public officials, but cannot be considered as perpetrators of the crime of collusion.

Keywords

Breach of duty, collusion, special duty

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
1.1.	Justificación de la elección de la resolución.....	1
1.2.	Presentación del caso y análisis.....	1
2.	IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	3
2.1.	Antecedentes	3
2.2.	Hechos relevantes del caso.....	4
3.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	5
3.1.	Problema principal	5
3.2.	Problemas secundarios	5
4.	POSICIÓN DEL CANDIDATO	6
4.1.	Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios.....	6
4.2.	Posición individual sobre el fallo de la resolución	6
5.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	7
5.1.	¿Cuál es el concepto de delito de infracción de deber y cómo se relaciona con el presente caso?.....	7
5.2.	¿Cuál es el alcance penal del concepto de funcionario en la legislación interna y la internacional?.....	9
5.3.	¿Cuál es el alcance del delito de colusión agravada y la participación en él? 16	
5.4.	¿Los consultores puede ser considerados funcionarios públicos en el marco de un procedimiento de contratación pública y ser considerados autores del delito de colusión?	20
6.	CONCLUSIONES	25
7.	BIBLIOGRAFÍA	26

N° EXPEDIENTE	1095-2021 Nacional
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	DERECHO PENAL
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	MINISTERIO PÚBLICO
DEMANDADO/DENUNCIADO	JORGE ELÍAS DANÓS ORDOÑEZ Y ANA SOFIA REYNA
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	CORTE SUPREMA



1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

En el marco de los grandes casos de corrupción que han sido revelados en el último quinquenio, resulta relevante estudiarlos y emitir opinión con un enfoque crítico sobre las investigaciones y juicios seguidos contra los presuntos responsables. En razón a ello, es importante evaluar objetivamente a los personajes que estuvieron vinculados a este caso y fundamentar en qué casos existe responsabilidad penal, es decir, no se debe pretender atribuir la responsabilidad de un delito de corrupción a todas las personas que tuvieron un comportamiento neutro frente a estos actos, sobre todo en los casos que solo pueden ser considerados autores a quienes tengan una condición especial, como en el presente caso.

El caso de los abogados Jorge Danós y Ana Sofía Reyna nos apoya a identificar las situaciones en las que puede existir un abuso por parte del Ministerio Público en casos mediáticos, puesto que existe el hecho de que por presión social o mediática se pretenda atribuir responsabilidad penal a una persona solo por el hecho de existir un aparente vínculo entre la persona y el hecho de corrupción. La motivación de la presente investigación se basa en que la casación resuelta por la Corte Suprema aborda el tema de que no todo comportamiento en el ámbito de una contratación pública, en el que hubo un acuerdo colusorio, constituye delito. Adicionalmente, se menciona que no todo comportamiento en el ámbito de una contratación pública es penalmente relevante y que existen vías alternas para reprimir conducta que vayan en contra del ordenamiento jurídico no penal, como en sede administrativa.

1.2. Presentación del caso y análisis

En el marco de la investigación de los casos de corrupción cometidos durante el 2011-2016, se involucró a los abogados Jorge Danós y Ana Sofía Reyna al ser parte del proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” (Proyecto) como abogados del Estudio Echeopar, firma contratada por Proinversión mediante la modalidad de contratación directa el 27 de junio del 2014 para emitir opinión legal sobre oferta presentado por el postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur (Consorcio). El 29 de junio del 2014 se emite el informe legal, en este se recomienda

descalificar al Consorcio, como consecuencia de ello se otorgó la buena pro al Consorcio Gasoducto Sur Peruano (Consorcio Odebrecht), consorcio de la empresa brasilera (Odebrecht) y española (Enagas).

Por dicho caso de corrupción en una contratación a cargo del Estado, el Ministerio Público decide investigar a la empresa Odebrecht y al expresidente Ollanta Humala y otros altos funcionarios del gobierno (2011-2016), bajo la sospecha de que se habría cometido el delito de colusión. En mérito a ello, se revela que habría existido un pacto colusorio en la contratación pública del Gasoducto Sur Peruano para otorgar la buena pro al Consorcio Odebrecht; y, según la teoría de la fiscalía, fue el informe legal el que logró consumar en la realidad dicho acuerdo.

Por lo dicho anteriormente, la defensa técnica de Jorge Danós y Ana Sofía Reyna formulan la excepción de improcedencia de acción, dicho caso llega a la Corte Suprema mediante recurso de casación, este es resuelto a favor de los investigados. El problema jurídico central sería: determinar si un abogado privado responde por el delito de colusión agravada, bajo el título de autor o cómplice primario, cuando este es el encargado de elaborar un informe legal para el Estado. Desde este punto, considero que los investigados no son responsables por la comisión del delito colusión agravada sobre la base del desarrollo de los siguientes problemas secundarios: la explicación de los delitos de infracción de deber, el concepto de funcionario público en el ámbito penal, la definición del delito de colusión agravada y su participación, y si la conducta de los investigados constituiría un delito.

Para poder desarrollar el problema jurídico central, se plantearon los 3 problemas secundarios antes mencionados; el primero sería determinar el concepto de los delitos de infracción de deber y para ello se va a recurrir a autores internacionales (Roxin y Jakobs) y nacionales (Caro John y Amado Encco)". El segundo problema secundario es el concepto de funcionario público en el Derecho Penal, que se desarrollará en base a las normas nacionales e internacional, jurisprudencia y doctrina nacional (Yaharia Rodriguez, Rafael Chanjan y Fidel Rojas Vargas). El tercer problema secundario sería determinar los alcances del delito de colusión agravada y la participación en dicho delito, para ello se utiliza la tesis de Ingrid Díaz Castillo y el libro de Raúl Pariona Arana, respectivamente; adicionalmente, para explicar la participación en dicho delito se utiliza lo desarrollado por Manuel Abanto Vasquéz. El último problema jurídico se resolvería a partir de todo lo abordado anteriormente para sustentar bajo qué argumentos los investigados responden o no por el delito de colusión agravada.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El Estado convocó el Concurso Público Internacional para promover la inversión privada en el Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, dicho procedimiento de selección convocado por el Estado peruano tenía como objetivo otorgar la concesión del Gasoducto por el plazo de 34 años, dicha concesión implicaba el financiamiento, diseño, construcción, operación, mantenimiento y transferencia de un sistema de gas natural, siendo la meta garantizar el Sistema de Seguridad Energético . El 29 de mayo de 2014, se presentan los postores que buscan la adjudicación de la buena pro del Concurso Público: Consorcio y el Consorcio Odebrecht.

Luego, el 27 de junio del 2014, Proinversión decide contratar al Estudio Echecopar, mediante la modalidad de contratación directa, el 27 de junio del 2014 para que pueda emitir opinión legal sobre la oferta del CONSORCIO GASODUCTO PERUANO DEL SUR, en este caso sería en realizar un informe sobre si corresponde o no la descalificación del postor. El resultado de este informe legal, elaborado por Jorge Danós y Ana Sofía Reyna, es recomendar la descalificación de dicho consorcio. Posteriormente, el 30 de junio del 2014, el comité de selección, del presente concurso público, decide notificar formalmente la descalificación del CONSORCIO I mediante la Carta N° 27-2014-PROINVERSION/CPSE; y el 22 de julio del 2014 se otorgó la concesión del proyecto a favor del consorcio integrado por las empresas ENAGAS Internacional S.L.U. y la empresa ODEBRECHT (en adelante CONSORCIO 2) mediante RS N° 054-2014-EM.

El Ministerio Público decide, mediante la Disposición N° 78 del 27 de febrero de 2020, incorporar al proceso penal del caso “Gasoducto” a los que elaboraron dicho informe, Jorge Danós y Ana Sofía Reyna, bajo el título de autores en el delito de colusión agravada. Dicha condición de autores fue variada por el de

cómplices primarios, mediante la Disposición Fiscal N° 122 del 7 de marzo del 2023.

2.2. Hechos relevantes del caso

La defensa técnica de Jorge Danós y Ana Sofía Reyna sustentan su excepción interpuesta en base a que no cumplen con la condición típica de ser funcionarios públicos en junio del año 2014, fecha en la que habrían emitido el informe legal a favor del CONSORCIO 2. Además, se refieren que solo se limitaron a dar un informe legal no vinculante referido a la conducta del CONSORCIO 1 sobre su condición de descalificar o no su oferta. Por último, se menciona que su rol ha sido estrictamente estereotipado y neutral, por lo que mediante imputación objetiva no puede imputarse dicho ilícito a los investigados.

La teoría desarrollada por el Ministerio Público sostiene que el pacto colusorio se había dado entre la expareja presidencial (Ollanta Humala y Nadine Heredia) y representantes del Grupo Empresarial Odebrecht, por lo que el comportamiento de los abogados que elaboraron el informe legal del 29 de junio del 2014 coadyuvó en el pacto ilícito. Esta afirmación se sustenta en que en la mañana del 29 de junio del 2014 los miembros del Comité Pro Seguridad Energética y jefe del proyecto se dirigen al domicilio del investigado Jorge Danós para que elabore un informe que descalifique al CONSORCIO 1. Luego, como segundo argumento se sostiene que el informe emitido por el estudio Echeconpar del día 29 de junio del 2014 tenía el carácter vinculante, por cuanto si los investigados se apartaban del acuerdo colusorio y concluían no descalificar al CONSORCIO 1 hubieran logrado que su oferta sea calificada y se le otorgue la concesión por haber presentado una oferta económica inferior al CONSORCIO 2.

Mediante resolución n° 08, emitido por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, el pedido de improcedencia de acción es declarado fundado; dicha decisión es apelada por el Ministerio Público y resuelto por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de corrupción de

funcionario, la decisión en dicha instancia es por revocar la resolución de primera instancia. A raíz de ello, se interpone recurso de casación por parte de los investigados, Jorge Danós y Ana Sofía Reyna; dicho recurso es resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia y se basa en tres argumentos principales. En primer lugar, la incriminación de un hecho que solo atribuye actos que son propios del oficio de un abogado, no es susceptible de ser ilícita, debido a que la actuación del abogado está protegido por el estatuto del abogado o la *lex artis advocati*, es decir el comportamiento no puede ser reprochable penalmente. En segundo lugar, se argumenta que el informe legal del estudio jurídico Ehecopar fue entregado cuando ya se existía otro informe legal del estudio jurídico Delmar Ugarte, en este último las conclusiones eran similares a las del informe presentado por el Estudio Ehecopar. En tercer lugar, se alega que los informes legales solo son vinculantes cuando la ley lo ordena, y en este caso la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no lo exigían al momento de que se cometieron los hechos imputados. Por último, menciona que no hubo conflicto de intereses en la elaboración del informe legal, debido a que el estudio jurídico Ehecopar no asesoraba a la empresa Odebrecht o Enagas ni antes ni al momento de la elaboración del informe legal. Aunado a esto último, se afirma que no todos los comportamientos contrarios a la ética son reprochable penalmente ni poseen repercusión procesal; en todo caso, constituiría una infracción ética.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Un abogado privado responde por el delito de colusión agravada, bajo el título de autor o cómplice primario, cuando este es el encargado de elaborar un informe legal para el Estado en el marco de un proceso de contratación pública?

3.2. Problemas secundarios

1. ¿Cuál es el concepto de delito de infracción de deber y cómo se relaciona con el presente caso?
2. ¿Cuál es el alcance penal del concepto de funcionario en la legislación interna y la internacional?
3. ¿Cuál es el alcance del delito de colusión agravada y la participación en él?
4. ¿Los consultores puede ser considerados funcionarios públicos en el marco de un procedimiento de contratación pública y ser considerados autores del delito de colusión?

4. POSICIÓN DEL CANDIDATO

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios

El problema central se circunscribe a establecer si un consultor privado puede responder por el delito de colusión. Preliminarmente, se puede establecer que los abogados no pueden ser considerados en sí como funcionarios públicos; sin embargo, cuando estos son contratados por el Estado para emitir un informe legal, estos sí adquieren la condición de funcionario público por el concepto amplio que se empleó en el artículo 425° del Código Penal. Por lo tanto, si van en contra de las funciones para las que fueron contratados, podrían cometer delitos de infracción de deber y responder bajo título de autor o cómplice.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Desde mi punto de vista, me encuentro conforme con el fallo dictado en la presente resolución, puesto que la hipótesis fiscal no tenía sustento fáctico para atribuir la responsabilidad del delito de colusión agravada a los abogados por meros hechos incidentales. No obstante, en el fundamento trigésimo de la sentencia se deja establecido que un abogado no es considerado funcionario público, puesto que, según la Corte Suprema, solo los abogados que formen

parte del organigrama funcional de la organización u organismo estatal pueden cometer el delito de colusión cuando realicen un informe legal. Considero que este argumento vertido por la Corte Suprema va en contra del concepto de funcionario público plasmado en el Código Penal y en tratados internacionales.

5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. ¿Cuál es el concepto de delito de infracción de deber y cómo se relaciona con el presente caso?

Para obtener repuestas fundamentadas y realizar el análisis de los problemas jurídicos previamente señalados, es necesario abordar conceptos que fueron utilizados para la creación de los delitos contra la administración pública (DAP). El primer análisis a realizar es saber qué se entiende por infracción de deber, por lo que para ello recurrimos a Claus Roxin, precursor de dicha teoría, definiéndola como aquella que busca incluir el comportamiento infractor de deberes extrapenales de aquellos sujetos que tienen una condición especial (2014, p 179.). De ello podemos extraer dos ideas básicas que existe en la infracción de deber, esta sería que requiere de un sujeto especial y que este tenga un deber extrapenal.

En los DAP, el sujeto especial vendría a ser el funcionario público, puesto que en razón de su participación como autor del hecho ilícito es que se considera que se estaría configurando el tipo penal. Luego, el deber extrapenal hace referencia a que se le ha impuesto al funcionario público una obligación que se encuentra fuera del ordenamiento jurídico penal, este podría encontrarse en un ordenamiento administrativo, civil, laboral, etc. Dicho punto de establecer el deber extrapenal es importante, puesto que la norma penal establece el mandato de prohibición, pero no dice cuál es el funcionario público al que va dirigido dicho mandato. Por ejemplo, si un asesor legal de una empresa estatal sustrae dinero de la caja chica de su lugar de trabajo, no se podría afirmar que estaría cometiendo el delito de peculado, puesto que, según el reglamento de la empresa, este no tiene el deber de cuidar los fondos económicos, sino dar soporte jurídico a la empresa.

Este ejemplo va en línea a lo idea de José Antonio Caro John, que también recurre a Roxin para explicar la teoría de infracción de deber, él menciona que no importa quién tiene el dominio del hecho cuando la norma exija como elemento típico que un sujeto tenga una condición especial (funcionario público) y este lesione su deber especial encomendado (2003, p. 3-4). En este punto, se debe ahondar en la idea del deber especial, debido a que, si bien se dijo anteriormente que este es un deber extrapenal, también es importante desarrollar dicha idea para entender el porqué el Derecho Penal ha impuesto un marco normativo específico para los DAP.

Para ello se recurre a lo dicho por Günther Jakobs sobre las instituciones positivas, en el que menciona que esta se configura “*en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera*” (citado en Caro John, 2003, p. 6). Aunado a ello, Jakobs establece una lista de instituciones que son tuteladas por el Derecho Penal, siendo la relevante para el desarrollo del presente informe la del “*deber de velar por la sujeción a la ley de quienes estén vinculados a la Administración Pública*” (citado por Caro John, 2003, p. 7). De ello podemos entender que el fundamento de los deberes especiales radica en una confianza otorgada a la persona protectora para que despliegue un comportamiento que proteja a la institución positiva, ya que la protección de dicha institución es vital para la convivencia en sociedad.

Bajo estas ideas planteadas por Roxin y Jakobs sobre la infracción de deber, se puede sostener que Roxin planteó dicha teoría como método de imputación objetiva para los autores de determinados delitos (como los DAP); y Jakobs desarrolla las instituciones positivas como el fundamento de dicha teoría, puesto que la regla general en el Derecho Penal es “no dañar”, pero dichos deberes van más allá, imponiendo la obligación de “no daña y proteger”.

En resumen, en los DAP, los delitos de infracción de deber son definidos como aquella situación en la que el comportamiento del funcionario público ha constituido una lesión a su deber positivo de proteger una institución que estaba

bajo su protección. Dicha afirmación va en línea con lo establecido por la Corte Suprema en su fundamento octavo del Acuerdo Plenario N° 3-2016/CIJ-116, en este se establece que existen delitos que se desarrollan a partir del comportamiento de un funcionario público que ha lesionado su deber especial, dicho deber se encuentra conectado con la atribución y naturaleza del cargo del funcionario público; por lo que el hecho punible implica por dichos tipos penales solo pueden ser realizados si la infracción del deber especial por aquel que funcionario que se encuentre vinculado de manera directa con dicho deber especial protección de los bienes jurídicos puestos bajo su protección y el hecho materia.

En consecuencia, los delitos de infracción deber se encuentran previstos como aquellos tipos penales que requieren para su configuración de un sujeto con características determinadas (funcionario público), el cual acarrea un deber derivado de una fuente extrapenal (Encoco, 2020, p.55) . Todo lo dicho anteriormente sirve para saber que se entiende por el deber especial, y por ende determinar cuál fue el deber infringido por los abogados Jorge Danos y Ana Sofía Reyna, en su calidad de consultores.

5.2. ¿Cuál es el alcance penal del concepto de funcionario en la legislación interna y la internacional?

En los delitos de infracción de deber se estableció un sujeto que debe cumplir con características determinadas para cometer el delito, en el caso de los DAP, dicho sujeto sería el funcionario público; sin embargo, en el Derecho dicho concepto se encuentra desarrolla de manera difusa, existiendo conceptos amplios y restringidos sobre lo que se entiende por funcionario público.

De manera preliminar, se debe afirmar que el funcionario público es aquel actor individual quien en representación del Estado ejerce la función pública, comprendiendo dicha función como aquella destinada a cumplir los fines constitucionales y legales de la administración pública, que a la vez también lo son del Estado Constitucional de Derecho (Roja Vargas, 2007, p.21). En este sentido, la actividad del funcionario público estará ligada a ejecutar los fines del

Estado peruano, dicha actividad ejercida por el funcionario público es la función pública.

En las distintas disciplinas del Derecho es unánime el concepto de función pública, pero el debate surge cuando se intenta definir el concepto de funcionario público. En el Derecho Penal dicho concepto es mucho más amplio que el comprendido en las otras ramas del derecho, puesto que en estas se llegan a establecer conceptos contradictorios entre sí, empero en el Derecho Penal se recogen todos los conceptos y los unifica. Esta posición es compartida por Rafael Chanjan, quien manifiesta que en el Derecho Administrativo peruano no existe un término en concreto para identificar a un funcionario público, puesto que las normas tienen un sentido restringido del concepto de funcionario público. El artículo 40 de la Constitución, el Decreto Legislativo N° 276 “Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público” y su reglamento; sustraen del concepto de funcionario público a los que tienen cargos de confianza, político, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, etc. Por otro lado, en la Ley N° 28175, “Ley Marco del Empleo Público”, y la Ley N° 30057, “Ley de Servicio Civil”, establecen que son considerados funcionarios públicos aquellos que ejercen cargos políticos o de representación dentro de la Administración Pública (2020, p. 2-5). En consecuencia, en el Derecho Administrativo no hay un concepto unitario y claro sobre funcionario público, puesto que todo dependerá de la ley aplicable al caso concreto para determinar quién es funcionario público.

En el ámbito internacional del Derecho Penal del sistema interamericano y mundial se establecen Tratados que tratan el tema de corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. En ambos tratados se da un concepto amplio de funcionario público, en el sistema interamericano dicho concepto se encuentra previsto la definición en el artículo I:

“funcionario público”, ‘Oficial Gubernamental’ o ‘Servidor público’, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido

seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.”

En el sistema mundial dicho concepto se encuentra regulado en el artículo 2° en la Convención de Naciones Unidas contra lo Corrupción:

“a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte”.

Para Chanjan, el concepto abordado por el sistema interamericano se encuentra establecido en un sentido amplio en base a la naturaleza de la función ejercida dentro de la Administración Pública, no siendo relevante para su determinación el nivel de jerarquía de la función, la naturaleza de la función de representación o política de su cargo, y si esta es retribuida de manera económica o no. En el sistema mundial, se establece del mismo modo un concepto amplio de funcionario público con el mismo contenido esencial que establece el sistema interamericano, con la precisión de que también son funcionarios públicos los que ejerzan cargos dentro de las empresas estatales (Chanjan, 2020, p. 4-6).

Para establecer la responsabilidad penal por un DAP, válidamente se puede recurrir a los instrumentos internacionales celebrados por el Estado peruano para calificar a una persona como funcionario público. Esto se puede realizar por la naturaleza autoaplicativa de los tratados, que establece el artículo 55° de la

Constitución; ello significa que los tratados o normas internacionales a los cuales se encuentran vinculados el Estado peruano forman parte del derecho nacional sin que sea necesario un acto interno para que entre en vigencia. En consecuencia, por el inciso 7 del artículo 425° del Código Penal se puede recurrir a los tratados de lucha contra la corrupción, puesto que dichas normas formarían parte del derecho interno.

En este sentido podemos traer a colación lo mencionado en el artículo 425° del Código Penal, que abarca el concepto de funcionario público en sentido amplio en su inciso 3:

“Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”.

En este apartado de la norma se establecen 2 requisitos para tener la condición de funcionario público: la persona debe tener título habilitante y debe ejercer función pública.

Para explicar dichos elementos, se puede recurrir a lo mencionado por Villavicencio Terrenos sobre función pública mencionando que es un grupo de intereses bajo la protección y prestación a cargo del Estado, ya sea este desplegado de manera directa o indirecta a través de actos de delegación; en este sentido, es la labor material o jurídica que le es atribuible (citado en Rodríguez, 2015, p. 44). Por lo tanto para Villavicencio, en concordancia con la Convención Interamericana de la Corrupción, la función pública es toda actividad ejercida por la persona natural para o a nombre del Estado, independientemente de los factores temporales, económicos o de jerarquía que tenga dicha actividad.

También se puede afirmar que la función pública tiene 6 principales características; la primera se encuentra referida a la actividad de los funcionarios

públicos en el servicio público limitado por los rangos y facultades que les otorgan las estructuras estatales o las diversas ramas del poder estatal. La segunda es que su ejercicio recae en las personas naturales, se encuentra delimitado por determinadas formas y su origen proviene de una norma, de un nombramiento, de unos comicios electorales o de un concurso público. Como tercera característica se tiene que tiene objetivos teleológicos previstos en la norma constitucional o legal que se puede generar en cualquiera de los 3 poderes del Estado (judicial, ejecutivo y legislativo) y de los organismos constitucionalmente autónomos. La cuarta característica se refiere a que dicha función no se limita a la esfera “administrativa-ejecutiva”, es decir que la función pública se extiende a todas las entidades del Estado, incluyendo a las empresas estatales o las mixtas. En quinto lugar, la función pública es “continua, permanente e institucional”; esto no hace referencia a quien ejerce la función pública, puesto que los cargos de los funcionarios son temporales, más bien esto se remite a que mientras este se ejerza, se debe enfocar a cumplir en beneficio del interés público de manera ininterrumpida. Como última característica la función pública es consubstancial al establecimiento de responsabilidades y deberes (Rojas Vargas, 2007, p. 33-34).

El título habilitante se refiere a la inserción de la persona natural al aparato del Estado para ejercer una función. Conforme lo menciona la Corte Suprema, existen 3 supuestos regulados mediante el cual se considera que se otorga a la persona el título habilitante: disposición de la ley, elección o designación o nombramiento por autoridad competente (Revisión de Sentencia N° 503-2017 Callao). El primer supuesto, se encuentra referido a aquellas incorporaciones a la Administración Pública mediante concurso público; en los cargos de elección se refieren a aquellos que proviene de ejercicio del derecho al sufragio; y por último los de designación o nombramiento abarcan aquellos que no están sometidos a concursos públicos, personal de confianza, y los funcionarios cuya designación y vacancia se encuentran en la norma, como la de Contralor, Fiscal de la Nación, Defensor del Pueblo, Presidente Ejecutivo del OSCE, ministros, etc.

De manera breve, y ante de entrar a analizar el tipo penal específico del presente trabajo, la autora Yahaira Rodríguez, otorga dos ideas para determinar la autoría en un delito contra la Administración Pública: la primera sería, comprobar si la persona tiene un título habilitante y si ejerce una función pública, ello para determinar si es o no función pública; la segunda idea es evaluar si el comportamiento del sujeto en el delito atribuido conlleva a concluir si ha lesionado el deber especial puesto bajo su protección, puesto que la norma exige que el tipo penal atribuido guarde relación con el bien jurídico puesto a su cargo, para así poder atribuirle la condición de autor por infringir su deber especial (2020, p. 90-91).

Tal como se mencionó al inicio del análisis, Rodríguez concuerda que para determinar la existencia de un delito de infracción de deber, se debe verificar si la persona sindicada como funcionario público tiene título habilitante y si la función encomendada protegía una institución positiva para que sea considerada como función pública, por lo que a través de ello se podrá determinar si la responsabilidad del hecho tiene relación con la función pública encomendada.

Por otro lado, se debe mencionar casos en los que la jurisprudencia ha determinado la condición de funcionarios públicos utilizando el criterio del inciso 3 del artículo 425° del Código Penal. El primero de ellos es el R.N. N° 1923-2012-Piura, en dicha sentencia la Corte Suprema dispone revocar el auto que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción interpuesta por Camilo Segundo Guerrero Castillo (autor), Kristofer Junior Alama Gallardo (autor), Luis Miguel Vásquez Atoche (cómplice secundario) y Robespierre Chanduvi Vargas (cómplice secundario) por la comisión del delito de cohecho pasivo propio. En dicho caso, los estudiantes de la Universidad Nacional de Piura (UNP) eran miembros del Concejo Universitario de la UNP e integrantes de la comisión de elaboración o supervisión del examen de admisión, por tener dicha condición tuvieron acceso a las respuestas del examen de admisión y decidieron vender dichas respuesta a los postulantes que estuvieran interesados. La Sala Penal determinó que se encuentra acreditado la condición de funcionarios públicos de todos los estudiantes, puesto que el título habilitante es su condición de ser parte del Concejo Universitario regulado en el artículo 31° de la Ley Universitaria y su

función pública era la garantizar el ingreso por meritocracia de los postulantes y proteger los intereses de la universidad, de este modo quedaría acreditado la condición de funcionario público de los estudiantes al ser miembros del Concejo Universitario era que por tener dicha condición formaban parte de la Comisión de Elaboración del examen de admisión.

Otra pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la determinación de funcionario público sería la del caso de los bomberos, recaída en la Revisión de Sentencia N° 503-2017/Callao (señalada en línea anteriores). En este caso, el comandante departamental de la V Comandancia General del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (CGBVP), Alejandro Navarrete Rodríguez, autorizó el uso de motobombas de la institución en beneficio de la empresa ALFA GAS S.A. a cambio de una suma monetaria. La controversia en este caso radica que en el artículo 3° del D.L. N° 1260 se establece que los bomberos no son considerados funcionarios públicos; sin embargo, como contraposición a ello se tiene el artículo 425° del Código Penal que plantea un concepto flexible sobre el funcionario público, ya que en este apartado se recoge dicho criterio en base a una formulación político criminal.

En dicha sentencia se establece que no es suficiente que una norma extrapenal disponga de manera expresa la exclusión de un agente del concepto de funcionario público para efectos penales, sino que es preciso explicar la condición global de su función, desde la naturaleza de la misma hasta sus regulaciones normativas. Es por este motivo que, a pesar de lo previsto por el D.L. N° 1260, la Corte Suprema determina que los bomberos sí son funcionarios públicos, puesto que ejercen una función pública, siendo está la de brindar labores de atención y prevención de emergencias, rescates y extinción de incendios (D.S. N° 019-2017-IN). En adición a ello, se sostiene que su título habilitante se encuentra prevista en la norma, y, como un indicio para determinar el título habilitante, se encuentra que dicha institución tiene una organización estructural, razón por lo cual toda persona que pertenezca a dicha estructura se considerará por antonomasia funcionario público. Empero, tal como lo establece la Corte Suprema en esta sentencia, dicho indicio no configura un elemento determinante para establecer la condición de funcionario público, es decir no se

puede descartar la calificación de funcionario público a una persona por el hecho de no encontrarse dentro de la estructura de una entidad pública. Dicha afirmación es trascendental para el análisis del caso Jorge Danos y Ana Sofía Reyna, considerando que dichos abogados no pertenecían a la estructura de la entidad pública.

5.3. ¿Cuál es el alcance del delito de colusión agravada y la participación en él?

El delito de colusión se encuentra previsto en el artículo 384° del Código Penal, bajo dos modalidades (colusión simple y colusión agravada):

“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 funcionario o servidor público que ... defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado,”

Como antecedente histórica en nuestra legislación, se encuentra que dicho delito fue tipificado en el artículo 344° del Código Penal de 1924. Luego, como influencia internacional, en la redacción anterior de dicho delito, se tienen al artículo 400° del Código Penal Español y al artículo 436° del Código Penal Argentino, siendo particular que el caso español dicho artículo se modificó dicho tipo penal, en vista de que dicho tipificación solo recogía a un número determinado de contrataciones con el Estado, por lo que se transitó a tener un tipificación amplia sobre el “campo de acción de tipo” (Abanto Vasquéz, 2003, p. 308). En el Perú sucede lo mismo con respecto a dicho campo, puesto que se debe destacar que la redacción del tipo penal es *numerus apertus* al decir cualquier operación a cargo del Estado, la mayoría de estas se encuentran reguladas en la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado”.

Si bien en dicha norma menciona de manera expresa supuestos excluidos al ámbito de supervisión del OSCE en el artículo 5°, se debe destacar que esto no

significa que dichos casos no sean considerados contrataciones públicas, sino que por su naturaleza no se pueden ajustar a la regulación general. Por ejemplo, los supuesto del literal a) (contrataciones igual o menores a 8 UIT) y f) (contrataciones realizadas con proveedores no domiciliadas); el primero se excluye dicho supuesto por la cuantía del contrato, puesto que por la urgencia de la contratación no se puede someter a la regulaciones generales contratos en los cuales el tiempo es un factor determinante; mientras que en el segundo, está referido a casos en los cuales el Estado peruano se encuentra en desventaja para encontrar un proveedor y contratista, razón por la cual no se le aplica la regulaciones generales. Bajo este último supuesto, el ex presidente de Alan García inició la construcción del Tren Eléctrico en su primer gobierno (1985-1990); sin embargo, investigaciones realizadas por la fiscalía italiana reveló que el ex presidente García se habría coludido con el Consorcio Tralima para otorgar la buena pro de la obra a cambio de una suma dineraria, siendo conformado dicho consorcio por empresas italianas no domiciliadas (Quiroz, 2019, p.436-437). Este caso quedó en la impunidad, porque se declaró la prescripción del delito, pero queda claro que se puede cometer el delito de colusión en los supuestos excluidos del artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que el tipo penal exige que el delito se cometa en cualquier contratación a cargo del Estado.

Una vez que ha quedado claro el ámbito en el cual se debe cometer el tipo penal de colusión, este es que se debe realizar en el ámbito de una contratación pública, se proseguirá a describir los demás elemento de configuración del delito de colusión: concertar para defraudar, el bien jurídico protegido y el sujeto activo y pasivo.

Como componente neural del delito de colusión se tiene la exigencia de “concertación para defraudar”, esto significa el concierto de un acuerdo entre dos personas dirigido a perjudicar los intereses de la Administración Pública. Para Ingrid Díaz dicho acuerdo se refiere a un arreglo que buscar obtener beneficio particulares por encima de los intereses de la Administración pública; en este sentido, el acuerdo es traducido como un convenio entre dos personas en contra de los objetivos o intereses de la Administración pública (Díaz, 2016, p.278).

De lo postulado anteriormente, se debe definir el bien jurídico protegido del delito de colusión es que se puede otorgar contenido al término “defraudar”. Para determinar el bien jurídico se recurre a las posiciones de Raul Pariona y Rafael Chanjan y otros; dichos autores afirman que el bien jurídico protegido en el delito de colusión comprende la imparcialidad del funcionario o servidor público en ejercicio de su función pública, o dicho de otra manera la imparcialidad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Pariona, 2017, p. 25 y Chanjan y otros, 2022, p. 92-94). En síntesis, podemos afirmar que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es la imparcialidad, mientras que en la colusión agravada también se protege el patrimonio público, al exigir una efectiva defraudación patrimonial.

Luego, se tiene que el sujeto activo en un delito contra la administración público debe tener un nexo funcional inmediato de forma jurídica con los procesos de contrataciones públicas a cargo del Estado; de tal forma que los funcionarios públicos que no se encuentran provistos de dicho deber específico y del vínculo normativo funcional específico no pueden ser autores de dicho delito (Pariona, 2017, p. 60-61). En el delito de colusión, el sujeto activo del delito es el funcionario público que, por razón de su cargo, tiene competencia intervenir en la contratación pública; es decir no basta con que el funcionario público tenga la condición de tal, sino que se requiere su vínculo funcional consiste en que tenga poder de decisión en la contratación pública (Salinas, 2009, p.257). Una vez comprendido que el sujeto activo del delito de colusión es el funcionario público con poder de decisión en la contratación pública, corresponde afirmar que el sujeto pasivo es el Estado, puesto que por la comisión de dicho delito, este es el que sufre la defraudación por parte del funcionario público.

Por todo lo dicho anteriormente, se entiende que el delito de colusión protege la imparcialidad en los procesos de contratación pública y que para su consumación se requiere de un acuerdo que defraude al Estado, este deber ser realizado entre un funcionario público, con poder decisión en la contratación, y un particular interesado en la contratación. En este punto corresponde realizar unas precisiones sobre la participación y la naturaleza de dicho delito.

En primer lugar, sobre la participación de un extraneus en dicho delito, este punto se puede explicar desde la teoría de la ruptura del título de la imputación y la teoría unitaria del título de la imputación; este análisis es necesario al no haber determinado si los abogados Jorge Danós y Ana Sofía Reyna son considerados funcionarios públicos. La primera teoría se refiere a que el extraneus responderá penalmente si existe un delito común en la norma penal, por excelencia se usa el caso en el que un particular colabora con el funcionario público a sustraer dinero de una entidad pública, el funcionario público respondería por el delito de peculado, mientras que el particular por el delito de hurto en calidad de cómplice (Montoya, 2015, p.70). La segunda teoría, explica que si bien el extraneus no puede responder nunca como autor por el delito de infracción de deber, sí puede responder bajo el título de instigador o cómplice; a manera de ejemplo se puede citar el anterior caso de peculado, en este el extraneus sí respondería por el delito de peculado bajo el título de cómplice (Abanto Vásquez, 2004, p. 5-6). Ambas teorías han sido desarrollados en la jurisprudencia nacional, como en la Cas. 782-2015 del Santa (fundamento 10-teoría unitaria) y el R.N. 1813-2003/Lima (fundamento 3-teoría de ruptura), el origen de dichas teorías se basan en el dominio del hecho. Roxin explica que existen dos tipos de delitos en los ordenamientos penales, los delitos de dominio y los de infracción de deber; como bien se ha dicho anteriormente, para establecer la autoría en los DAP se debe determinar quién es el funcionario público que ha infringido su deber, no siendo relevante si ha tenido o no el dominio del hecho (citado en Abanto Vásquez, 2004, p 4-8). Abanto Vásquez cita el ejemplo de un funcionario que se encuentra de viaje y le solicita a un particular extraer, de manera ilegal, dinero público de su oficina; en este caso se configura el delito de peculado (art. 387 Código Penal), siendo autor el funcionario público que infringió su deber de protección del dinero puesto a su custodia y cómplice el que apoyo en la comisión del hecho punible (Abanto Vasquéz, 2004, p. 9). Esto nos permite interpretar la normativa penal sobre participación desde la teoría de infracción de deber, siendo innecesario recurrir a las ideas desarrolladas de los delitos de dominio.

Conforme a lo estipulado en los artículos 24° y 25° del Código Penal la participación se puede realizar ya sea como de cómplice o instigador en el delito

de colusión, siendo cómplice aquel sujeto, funcionario o particular, que aporte en la concertación entre el funcionario o servidor público y el interesado, mientras que será instigador aquella persona que genera al funcionario público la disposición delictiva de realizar el delito de colusión (Pariona, 2017, p. 107).

Por otro lado, sobre la naturaleza del delito, se tiene que hay un debate entre los que afirman que la colusión es un delito de convergencia y que es un delito de encuentro. El delito de convergencia es definido como aquellos en los que dos sujetos despliegan su comportamiento para lesionar el bien jurídico en el mismo sentido y modo; mientras que en el delito de encuentro los intervinientes despliegan comportamientos distintos que terminan encontrándose, pero que no están dirigidos a lesionar el bien jurídico (Montoya, 2015, p. 62-63). En el segundo tipo de delito se busca proteger al tercero, que resulta siendo la víctima, como en el caso de la violación sexual del artículo 170° del Código Penal o del delito estafa del artículo 190° del Código Penal. En base a ello, se puede afirmar que el delito de colusión es un delito de encuentro, debido a que la conducta del funcionario público y del particular se dirige del mismo modo a lesionar el bien jurídico.

De acuerdo a lo estipulado por Raúl Pariona en el delito de colusión es posible se considerado participante de dos maneras: cómplice e instigador. El primero hace referencia que el acuerdo colusorio fue impulsado por el comportamiento delictivo del cómplice; mientras que el segundo es aquella que coloque en predeterminación al funcionario realizar el pacto colusorio (2017, p. 107).

5.4. ¿Los consultores puede ser considerados funcionarios públicos en el marco de un procedimiento de contratación pública y ser considerados autores del delito de colusión?

Conforme a la imputación del Ministerio Público, en un primer momento se les atribuía a ambos investigados el título de autores, luego se varió al de cómplices primarios; en este caso corresponde responder primero si Jorge Danós y Ana Sofía Reyna son funcionario públicos. En primer lugar, se tiene que el pacto

colusorio se habría realizado entre la pareja presidencial (Ollanta Humala y Nadine Heredia) y los representantes del Grupo Empresarial Odebrecht, para que estos últimos sean los encargados de la ejecución de la obra con la adjudicación de la buena pro.

Ante este panorama, se establece dos posturas: la primera considera a ambos abogados como funcionarios públicos y la segunda considera que la consultoría no le otorga la condición de funcionario público. La primera postura la defiende el IDEHPUCP, esta explica que el rol que tenían los abogados como consultores en base al inciso 3 del artículo 425° del Código Penal; el título habilitante sería el contrato por el cual se les contrató como consultores, sobre la función pública, se establece que la influencia del informe legal tenía la potencialidad de lesionar el bien jurídico protegido (imparcialidad), debido a que era un factor de suma relevancia que conllevó a la descalificación del postor (IDEHPUCP, 2021, p. 22). En consecuencia, sí serían considerados funcionarios públicos y autores del delito de colusión agravada.

En defensa de la posición que los consultores no son funcionarios públicos, se encuentra, Percy García Cavero, dicho autor sostiene que no se puede realizar interpretaciones excesivas del inciso 3 del artículo 425° del Código Penal, por ello la relación contractual que venga a tener el particular con el Estado debe implicar la incorporación material del particular en la estructura del Estado; en el caso de Jorge Danós y Ana Sofía Reyna, el contrato de consultoría no le facultaba para desplegar funciones en la entidad pública que los contrató (García Cavero, 2021, p.100). En consecuencia, para dicho autor, los abogados imputados no serían autores del delito de colusión agravada

Sobre la postura del IDEHPUCP, concuerdo con la mayoría de los argumentos desplegados, puesto que el título habilitante sería el contrato de consultoría y la función pública vendría a ser la de brindar un informe jurídico que cumpliera los parámetros normativos y a la vez los principios de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar si era correcto o no descalificar la oferta del CONSORCIO 1. No obstante, discrepo que se le atribuya la condición de autores en el delito de colusión, puesto que para que se le puede atribuir la condición de autor debe tener poder decisión para la descalificación de postores, competencia

atribuible al comité de selección, por esta razón su título de participación de ambos sería la de cómplices secundarios.

La afirmación anterior se realiza por cuestiones teóricas, en tanto que dichos Jorge Danós y Ana Sofía Reyna no puede responder como autores, pero esto no descarta su condición de funcionarios públicos. Aunado a ello, es pertinente precisar que conforme el aspecto progresivo de las investigaciones no se ha encontrado elementos de convicción suficientes para considerar que el comportamiento de los consultores incurre en un ilícito penal, toda vez que el informe legal respondía a cuestiones netamente jurídicas y se encuentra acorde a la norma de contrataciones (Decreto Legislativo N 1077 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigentes en el año de la contratación pública).

Por otro lado, sobre la casación cuestionada, el fundamento trigésimo de dicha resolución irrumpe en un argumento contradictorio, puesto que por un lado se afirma que los informes legales contratados por el Estado no tiene funcionalidad pública cuando son emitido por personas no comprendidas en el organigrama estatal, por ende los consultores no pueden ser considerados funcionarios públicos. A pesar de ello, se tiene que destacar que un anterior pronunciamiento de la Corte Suprema (caso Los Bomberos) se estableció que la pertenencia a la estructura de una entidad no constituye como un elemento para determinar la condición de funcionario público.

La piedra angular y la única para determinar la responsabilidad de los investigados es la emisión de un informe legal que favoreció a la empresa ODEBRECHT; sin embargo, dichos abogados actuaron en el marco de su deber al emitir un informe legal, puesto que si el CONSORCIO ha incumplido con las bases del procedimiento de selección y la consecuencia es la descalificación, se evidencia que los investigados actuaron dentro del marco de su rol.

El comportamiento neutro ha sido un aspecto que no ha sido suficientemente analizado por la Corte Suprema, limitando a desarrollarlo en su fundamento trigésimo cuarto y trigésimo quinto, mediante la locución de *lex artis advocati*. Esto significa que los actos propios de una profesión u oficio no pueden ser sujetos a una imputación penal, en todo caso, la imputación sería hacía la persona que se aprovechó de dicho acto derivado de un oficio. En la sentencia

se menciona que es propio de la labor de los abogados elaborar informes legales y cuando la imputación radica en los hechos propios del ejercicio de la abogacía, no se puede perseguir penalmente a la persona que ejerce dicho oficio.

Las conductas neutrales la podemos desarrollarlo partiendo de la idea que vivimos en una sociedad de riesgo, esto es, que nadie nos puede garantizar la certeza que no vamos a sufrir un daño en el transcurso de la vida; por ejemplo, el hecho de salir al parque o realizar un viaje implica un riesgo, debido que puede suceder que tengamos un accidente producto de haber realizado determinada conducta. Para el Derecho Penal es importante que la conducta imputada haya sobrepasado el riesgo permitido; aunado a ello se exige la conducta infractora sea idónea que tenga la potencialidad para lesionar el bien, dicho de otro modo debe existir una relación de idoneidad entre la conducta que supere el riesgo permitido y la lesión (Yon y Sanchez Malaga, 2005, p. 139).

Ante ello, existen casos en lo que discuten si se debe imputar a la persona que tenía conocimiento que su comportamiento, desplegado dentro del riesgo permitido, iba a colaborar con la ejecución de un delito. Esta idea es desarrollada desde la teoría subjetiva, cuyo principal expositor es Roxin, que explicando que debe existir un límite entre el riesgo permitido y el principio de confianza; en el cual que este principio significa que quien se comporta dentro de los límites de la norma confía en que los demás también lo harán, salvo que existan indicios que permitan deducir lo contrario (0, p. 1004-1008).

Este límite se puede graficar con el ejemplo de Roxin sobre un vendedor de utensilios de cocina, que en medio de una gresca física, acerca el cuchillo a uno de los contendientes y como resultado de ello, la otra persona muere por las puñaladas de un cuchillo de cocina. Preliminarmente, se encuentra permitido la venta de cuchillos, pero ya no es válido aplicar el principio de confianza en conductas neutrales si existe una percepción trascendente que permita la propensión a la comisión de un hecho punible por el autor (1997, p. 1007-1008).

Esta descripción sirve para determinar límites en la locución "lex artis advocati", puesto que la Corte Suprema no puede equipar la profesión de un abogado y la de un médico citando el caso de la Cruz Flores v. Perú. En ese caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) encontró responsable al

Estado Peruano por haber vulnerado el principio de legalidad y de retroactividad (artículo 9° Convención Americana de Derechos Humanos) al condenar a María Teresa de La Cruz Flores por haber ejercido su profesión médica en la curación y recuperación de terrorista durante el conflicto armado interno. La CortelDH realizó la precisión que el ejercicio de la profesión médica se encuentra protegido por el Convenio de Ginebra (1949), en este se establece que no pueden ser condenados los médicos que presten auxilio, a pesar de que existan personas que se benefician de dicha conducta para la comisión del delito. En este sentido, existe una norma internacional que proscribe la prohibición de la responsabilidad de los galenos, incluyendo aquellas situaciones en las que se sabe que su conducta se encuentra en beneficio a la comisión de un delito; situación diferente en el caso de los abogados.

La circunstancia en el cual un abogado puede desplegar su comportamiento, bajo el conocimiento de que contribuiría a un hecho punible, sería cuando ejerce la defensa de su patrocinado en virtud del inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, el cual establece como garantía judicial que no se le puede privar del derecho a la defensa a una persona, implicando el derecho a contar con un abogado de su elección o uno de oficio (fundamento 5, Exp. 1722-2021-PHC/TC). Entonces, no será responsable penalmente la persona que ejerza su oficio, bajo el conocimiento que coadyuva al hecho punible, cuando garantice un derecho fundamental¹.

En el presente caso, la tesis fiscal no especifica que los jurisconsultos Danos y Reyna tenían conocimiento del pacto colusorio para defraudar el Estado, el Ministerio Público solo explica que existen dos circunstancias que acreditarían dicho conocimiento: la visita realizada por el comité de Proinversión para que elabore el informe legal; y que Enagas y Odebrecht ya habían sido clientes en el pasado y bajo este motivo actuaron en favor de dichas empresa. Sin embargo, la visita solo sostiene se sostuvo para el encargo de la elaboración dicho informe, y resultó ser falso el hecho de que las empresa del Consorcio Odebrecht ya habían sido sus cliente, como se menciona en el fundamento trigésimo octavo

¹ En el caso de los médicos sería la vida y la salud; en los abogados, sería el derecho de defensa

de la sentencia.² Ante ello, no sería posible establecer responsabilidad de ambos abogados, toda vez que su labor fue realizada dentro del riesgo permitido y sin tener conocimiento que un tercero se valdría de su oficio para llevar a cabo un delito.

6. CONCLUSIONES

En conclusión, para determinar la condición de un funcionario público se debe verificar que se cumplan con la condiciones de título habilitante y función pública; siendo la primera otorgada por ley, elección o designación o nombramiento por autoridad competente; mientras que la función pública es entendido como el deber especial que se encuentra bajo tutela del funcionario público.

Adicionalmente, en los delitos de infracción de deber se destaca el hecho de que solo pueden ser autores aquellos que lesionen la institución jurídica positiva o el deber especial que estaban encargados de proteger. En este sentido, los funcionarios públicos es reprochable penalmente su conducta en calidad de autor, si el hecho punible es derivado de la lesión del deber especial del funcionario público.

El consultor contratado por el Estado, en el marco de una contratación pública, sí puede ser considerado funcionario público, puesto que este posee título habilitante y función pública. El título habilitante lo adquiere mediante el contrato que realiza la entidad pública al privado y su función pública es cumplir cabalmente con los fines que busca ese informe, dicho fin se encuentra en concordancia con los fines constitucionales y de la ley de contrataciones. En el delito de colusión, la institución pública protegida es el deber de velar por la sujeción de la ley, la imparcialidad de la administración pública y la protección del patrimonio estatal.

No obstante, el consultor no puede ser considerado como autor del delito de colusión, debido a que en dicho delito el consultor no es el encargado de la contratación pública, dicho deber forma parte de las competencias del comité de

² Solo la empresa Enagas había recibido asesoría de parte del Estudio Ehecopara, pero esta fue realizada en años posteriores al hecho delictivo

selección. Este puede responder como autor por otro delito, como cohecho pasivo propio, o podría ser considerado cómplice secundario en la medida que informe tenga contenido que favorezca de manera ilícita al particular, violando su deber de protección.

Adicionalmente las conductas neutras no pueden ser reprochable penalmente cuando se actúa dentro del riesgo permitido y sin conocimiento de que la conducta va ser aprovechada por un tercer, salvo los casos en los que se debe ponderar la protección de un derecho fundamental.

7. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VASQUÉZ, M. (2004) "Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber". Revista penal. Lima, número 14, 3-23.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=925887&orden=0&info=link>

CARO JOHN, J. (s/f) "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción del deber". Extraído de:

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf

CHANJAN, R. (2020) "El concepto de funcionario público en el Derecho Penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción". Revista General de Derecho Penal. Número 33.

https://www.academia.edu/43309454/EL_CONCEPTO_DE_FUNCIONARIO_PUBLICO_EN_EL_DERECHO_PENAL_PERUANO_Y_SU_VINCULACION_CON_LOS_INSTRUMENTOS_INTERNACIONALES_DE_LUCHA_CONTRA_LA_CORRUPCION

CHANJAN, R. y otros (2022) "Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial". *IUS ET VERITAS*. Lima, (65), 83-101.

DÍAZ, I. (2016) "El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano". Tesis doctoral en Derecho Penal. Salamanca: Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Público General.

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastillo_Tipo_injustodelitoscolusion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ENCCO, A. (2020) "Los delitos de corrupción en el Perú, un enfoque desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción". Lima: Gaceta Jurídica

GARCÍA CAVERO, P. (2021) “El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública”. *Actualidad Penal*. Lima, número 86, 81-106

MONTOYA, Y.; GUIMARAY, E.; NOVOA, Y.; TORRES, D. y RODRÍGUEZ J. (2015) Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública. Idehpucp.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110641/2016-Manual%20sobre%20delitos%20contra%20la%20administraci%3bn%20p%3%bablica%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

PARIONA, R. (2017) El delito de colusión. Primera edición. Lima: Instituto Pacífico

QUIROZ, A. (2013). Historia de la Corrupción en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal

RODRIGUEZ, Yahaira (2016) “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública”. Tesis de magíster en Derecho Penal. Lima: PUCP. Escuela de Posgrado
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6930/RODRIGUEZ_OLAVE_GIOVANNA_EL_CONCEPTO_DE_FUNCIONARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ROJAS VARGAS, F. (2004) Delitos contra la Administración Pública. 4^{ta} edición. Grijley

ROXIN, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Civitas

ROXIN, C. (2014) Derecho Penal Parte General. Civitas y Thomson Reuters. Barcelona.

SALINAS SICCHA, R. (2018) “La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios”. En José Hurtado Pozo, director; Víctor Prado Saldarriaga, Bertha Prado Manrique, coordinadores. Problemas actuales de política criminal: anuario de derecho penal 2015-2016. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial; Friburgo, Suiza: Universidad de Friburgo, 2018, 93-126.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/181907/PROBLEMAS%20ACTUALES%20DE%20POLITICA%20CRIMINAL%20OCR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SALINAS SICCHA, R. (2009) "Delitos contra la Administración Pública". Lima: Grijley

YON RUESTA, R. y SANCHEZ MÁLAGA, A. (2005) Presunción de inocencia y estado de derecho. *THEMIS*. 51, 133-149. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8796/9188>

JURISPRUDENCIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CIJ-116 (2017, 12 de junio). X Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria

CASACIÓN 782-2015 del Santa (2016, 6 de julio). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

EXP. N° 01722-2022-PHC/TC (2022, 14 de octubre). Tribunal Constitucional

RECURSO DE NULIDAD N° 1813-2003/Lima (2003, 14 de noviembre). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

RECURSO DE NULIDAD N° 1293-2012-Piura (2013, 15 de enero). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

REVISIÓN DE SENTENCIA N° 503-2017/Callao (2018, 5 de noviembre). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CIJ-116 (2017, 12 de junio). X Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria

Exp. N° 01722-2022-PHC/TC (2022, 14 de octubre). Tribunal Constitucional

IDEHPUCP

2020 Se presenta amicus curiae por "*La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Sección de lucha contra la corrupción y el lavado de activos, considerando las problemáticas jurídicas suscitadas a partir del caso "Gasoducto Sur Peruano"*



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

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

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

SENTENCIA DE CASACIÓN

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

Lima, veintisiete de marzo de dos mil veintitrés

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

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.



FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

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

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

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

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



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

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

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

§ II. Trámite del recurso de casación

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



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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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



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

14.2. Luego se emite la Disposición fiscal n.º 85, del veinte de julio de dos mil veinte, por la que se dispuso ampliar la investigación preparatoria contra Jerónimo Wilfredo Pedraza Sierra, por el delito contra la administración de justicia en la modalidad de obstrucción de la justicia, previsto y sancionado en el artículo 409-A del Código Penal, en agravio del Estado.

14.3. En seguida, se dicta la Disposición Fiscal n.º 103, del veintidós de marzo de dos mil veintiuno, por la cual se dispuso dar por sobreseída de manera parcial la investigación preparatoria seguida contra la investigada, que en vida fue Rosa María Ortiz Ríos por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en agravio del Estado, por la causal de extinción



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

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



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

«IMPUTACIÓN CONTRA JORGE ELÍAS DANÓS ORDÓÑEZ»

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



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

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

«IMPUTACIÓN CONTRA ANA SOFÍA REYNA PALACIOS»

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



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

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

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

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

«IMPUTACIÓN CONTRA JORGE ELÍAS DANÓS ORDÓÑEZ»

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

4.21 Intervino directamente en el siguiente acto:

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



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

«IMPUTACIÓN CONTRA ANA SOFÍA REYNA PALACIOS»

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

4.23 Intervino directamente en el siguiente acto:

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

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

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



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

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



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

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

§ III. Fundamentos del recurso de casación

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ IV. Respecto a la excepción de improcedencia de acción

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



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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

§ V. Respecto del concepto de funcionario público

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

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

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

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

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

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



entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Y, “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

§ VI. El sujeto activo en el delito de colusión

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

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

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

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



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

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



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

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

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



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

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



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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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



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

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

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



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

DECISIÓN

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

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



III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia; acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema, y se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

MELT/jgma