

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO



“Informe jurídico sobre la Sentencia de Casación N°525-  
2022/Nacional”

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

Diana Mirella Salazar Pérez

ASESORA:

Mariella Lenkiza Valcárcel Angulo

Lima, 2024

## Informe de Similitud

Yo, MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Sentencia de Casación N°525-2022/Nacional", del autor(a) DIANA MIRELLA SALAZAR PEREZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

<u>MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO</u>	
DNI: 41212132	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0009-0002-2808-3728">https://orcid.org/0009-0002-2808-3728</a>	



*A Dios y a la Virgen María Auxiliadora, mis protectores incondicionales; a mi abuelita, por nunca abandonarme; a mis padres, por haberme sido mi inspiración, mi fuerza y sobre todo mi soporte durante toda mi vida; a mis padrinos, por siempre estar dispuestos a ayudarme en todo; a Carlos, mi amor y verdadero apoyo en cada situación que atravieso, y a Lucas, por ser mi cómplice y mi amigo fiel.*

## **RESUMEN**

El presente informe tiene como objetivo llevar a cabo un análisis jurídico de la Sentencia de Casación N°525-2020/Nacional. Dicho análisis girará en torno a dos preguntas principales las cuales son las siguientes: ¿el abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado autor del delito de colusión agravada en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano? ¿Se declaró fundado correctamente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del abogado Luis Peschiera Rubini? Respecto de la primera pregunta podemos señalar que analizaremos si en efecto el abogado Luis Peschiera Rubini si puede ser considerado autor del delito de colusión agravada regulada en el artículo 384° de Código Penal. Para abordar dicha cuestión, revisaremos la teoría del acceso al dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro que nos propone el profesor alemán Shüneman. Sobre la segunda pregunta, debemos señalar que se analizará si es que Corte Suprema hizo bien en declarar fundado el recurso de casación que interpuso la defensa técnica del abogado. Adelantando nuestra posición, consideramos que no hizo bien ya que declaró como atípica una conducta típica, con lo cual no nos encontramos de acuerdo, más aún porque de esa forma la investigación del abogado Luis Peschiera Rubini quedó archivada.

### **Palabras clave**

Funcionario público, bien jurídico específico, dominio de protección sobre el bien jurídico, excepción de improcedencia de acción, recurso de casación.

### **ABSTRACT**

*The purpose of this report is to carry out a legal analysis of the Cassation Ruling N°525-2020/National. This analysis will focus on two main questions: can attorney Luis Peschiera Rubini be considered the author of the crime of aggravated collusion in the selection phase of the Procurement Process for the Southern Peruvian Gas Pipeline Project? Was the cassation appeal filed by the technical defense of attorney*

*Luis Peschiera Rubini correctly declared well-founded? Regarding the first question, we will analyze whether in fact attorney Luis Peschiera Rubini can be considered the author of the crime of aggravated collusion regulated in article 384° of the Criminal Code. To address this question, we will review the theory of access to the domain of protection over the vulnerable and endangered legal property proposed by the German professor Shüneman. Regarding the second question, we must point out that we will analyze whether the Supreme Court was right in declaring the cassation appeal filed by the lawyer's technical defense to be well-founded. Advancing our position, we consider that it did not do well since it declared as atypical a typical conduct, with which we do not agree, even more so because in this way the investigation of attorney Luis Peschiera Rubini was archived.*

**Keywords**

*Public official, specific legal right, domain of protection over the legal right, exception of inadmissibility of action, appeal in cassation.*

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....</b>	<b>5</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
1.1. Justificación de la elección de la resolución .....	6
1.2. Presentación del caso.....	7
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES.....</b>	<b>9</b>
2.1. Antecedentes .....	9
2.2. Hechos relevantes del caso .....	10
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....</b>	<b>20</b>
3.1. Problemas principales.....	20
3.2. Problemas secundarios.....	21
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO .....</b>	<b>22</b>
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios .....	22
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	23
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....</b>	<b>24</b>
<b>VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>68</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>70</b>

## GLOSARIO

Para un mejor manejo del presente informe, a continuación, presentamos el siguiente glosario:

- Ministerio Público: MP
- Código Penal: CP
- Bien Jurídico: BJ
- Excepción de improcedencia de acción: EIA
- Nuevo Código Procesal Penal: NCPP
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: UNCAC (iniciales en inglés).
- Convención interamericana contra la corrupción: CICC
- Agencia de Promoción de la Inversión Privada: PROINVERSIÓN
- Términos de referencia: TDR
- Pontificia Universidad Católica del Perú: PUCP
- Ley de Contrataciones con el Estado: LCE
- Contraloría General de la República: CGR
- Policía Nacional del Perú: PNP
- Investigación preparatoria: IP
- Juzgado de Investigación Preparatoria: JIP
- Fiscalía Provincial penal corporativa especializada en corrupción de funcionarios: FPCECF
- Ministro de energía y minas: MEM
- Ministro de economía y finanzas: MEF

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° de Sentencia</b>	Recurso de Casación N°525-2022/NACIONAL
Áreas del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Penal Derecho Procesal Penal Derecho Administrativo
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Disposición N°78 de fecha 27 de febrero de 2020. Resolución de fecha 30 de marzo de 2021, emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, mediante el cual declara infundada la EIA que dedujo Luis Peschiera. Resolución de fecha 06 de agosto de 2021, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, mediante la cual se confirma la Resolución de fecha 30 de marzo de 2021. Recurso de Casación N°525-2022/NACIONAL
Denunciante	Estado Peruano
Denunciado	Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini
Instancia	Corte Suprema

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación de la elección de la resolución**

Los fundamentos que sustentan mi percepción de la complejidad de la Sentencia de Casación N°525-2022/Nacional son los siguientes: Por un lado, se trata de una sentencia de gran relevancia político-social que demanda un análisis exhaustivo. Esta complejidad se agrava aún más debido a que la sentencia abarca aspectos que trascienden el ámbito penal, adentrándose en áreas administrativas. Por el lado penal, se abarcan temas como el concepto de funcionario público y su distinción entre el Derecho Administrativo. Por el lado administrativo, se abarcan temas de Asociaciones Público-Privadas.

Por otro lado, la sentencia es compleja porque aborda aspectos críticos que deberían aclararse, como por ejemplo, i) la falta de claridad en la definición del término "funcionario público" por parte de nuestros jueces, lo cual, en la actualidad, está contribuyendo al fenómeno de la impunidad, ii) la falta de definición clara sobre la acción que debe emprender el Juez de Investigación Preparatoria con los elementos de convicción presentes al resolver una excepción de improcedencia de acción: ¿debería valorarlos o analizarlos?

Finalmente, en cuanto a las razones personales que respaldan mi elección de esta resolución, puedo expresar lo siguiente: Por un lado, seleccioné esta sentencia debido a mi interés en llamar la atención de la comunidad jurídica hacia el hecho de que a pesar de que en nuestro país abundan investigaciones penales en contra de funcionarios públicos no queda claro cuáles son los criterios definidos para determinar quiénes podrían ser considerados como funcionarios públicos a efectos penales.

Por otro lado, opté por esta sentencia porque considero que puedo ofrecer una perspectiva distinta a la adoptada por la Corte Suprema, lo que podría revelar aspectos no considerados en su sentencia de Casación.

## 1.2. Presentación del caso

Este caso se centra en el análisis exhaustivo de la Sentencia de Casación N°525-2022/NACIONAL la cual trata sobre la EIA deducida por la defensa técnica del abogado Luis Peschiera Rubini, presunto autor del delito de regulado en el artículo 384° del CP.

El abogado Luis Peschiera Rubini, a través de su defensa técnica, deduce este recurso de casación sobre el auto en cuestión puesto que considera que la imputación formulada por el Ministerio Público no constituye delito, ya que para él no se le podía atribuir la calidad de autor del delito de colusión por i) no ser funcionario público y ii) haber elaborado el Informe Jurídico “Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de postor precalificado”, de fecha 28 de junio de 2014, de acuerdo a su rol de abogado.

Evidentemente, el Ministerio Público no comparte esta idea y por el contrario considera que en el presente caso Luis Peschiera sí es autor del delito de colusión (384° del CP) al igual que Nadine Heredia, Ollanta Humala y otros, pero específicamente que Peschiera Rubini es autor de dicho delito por haberse aprovechado de su posición de asesor legal del Comité de Pro Seguridad Energética, Dirección Ejecutiva y Jefe del proyecto Gasoducto Sur Peruano para elaborar el Informe Jurídico “Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de postor precalificado” en el sentido de descalificar arbitrariamente al “Consorcio Gasoducto Peruano del Sur” (competidor directo del Consorcio Gasoducto Sur Peruano, ganador de la APP) y con ello favorecer a la constructora Odebrecht.

De ambas posiciones, pero principalmente de la posición adoptada por el Ministerio Público he llegado a identificar dos problemas principales: ¿el abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado autor del delito de colusión agravada en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur

Peruano? ¿Se declaró fundado correctamente el recurso de casación deducido por la defensa técnica del abogado Luis Peschiera Rubini?

En consecuencia, para responder dicha interrogante, considero que vale la pena cuestionarnos las siguientes preguntas secundarias de dos maneras.

Por el lado de las preguntas secundarias sustantivas, surgen las siguientes interrogantes: ¿el abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado como funcionario público de acuerdo con la normativa aplicada en el Perú? ¿La intervención del abogado Luis Peschiera Rubini en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano podría ser sancionada bajo el artículo 384° del Código Penal?

Por el lado de las preguntas secundarias procesales, surgen las siguientes interrogantes: ¿el Juez de Investigación Preparatoria debió valorar los elementos de convicción al momento de resolver la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica de Luis Peschiera Rubini? ¿La Corte Suprema analizó correctamente la procedencia del recurso de casación que presentó Luis Peschiera Rubini?

Ahora, para resolver los problemas planteados, considero que es fundamental seguir un método de trabajo claramente establecido. Desde mi punto de vista, el enfoque ideal de investigación es la “Guía para preparación de exámenes de título de abogado” propuesto por el profesor Marcial Rubio en el anexo 2 de su libro "El sistema jurídico - Introducción al Derecho". Según este método, debemos comenzar por analizar los hechos. Luego, debemos identificar el problema principal y los problemas secundarios. Después, debemos resolver dichos problemas. Finalmente, debemos terminar en una conclusión (pág. 330 - 336).

Como es evidente, líneas arriba, ya se realizó un pequeño resumen de los hechos del caso, además de abordar el problema principal y los problemas secundarios.

Siendo así, lo que corresponde ahora es señalar los instrumentos que serán parte de este análisis para así finalmente presentar mi conclusión o postura.

Las principales herramientas doctrinales y jurisprudenciales que he reconocido para analizar la presente casación son las siguientes: el CP, el NCPP, la UNCAC, la CICC, las principales ideas de autores internacionales tales como Yvan Montoya Rafael Chanjan, Adela Asúa, Manuel Abanto, Ramiro Salinas Siccha, entre otros.

Finalmente, después de los análisis que se desarrollarán en esta investigación, nuestra postura se inclina a estar en contra del fallo de la Sala Suprema con relación a decidir que Luis Peschiera Rubini no puede ser autor del delito de colusión agravada y tampoco estamos de acuerdo con la motivación que señala la Sala Suprema para postular su decisión final.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES**

### **2.1. Antecedentes**

La Sentencia de Casación N°525-2022-NACIONAL, de fecha 06 de octubre de 2023, se desarrolla dentro de un contexto de megacorrupción internacional entre Perú y Brasil, es decir, dentro de un contexto en el que abundan investigaciones penales en contra de funcionarios públicos, empresarios y otras figuras poderosas por haber cometido presuntamente actos en contra de la Administración Pública que evidentemente son en agravio del Estado.

Es importante destacar que el fenómeno de la megacorrupción comenzó a salir a la luz y a ser expuesto públicamente en el año 2015, con el escándalo de corrupción relacionado con la empresa constructora Odebrecht, la cual está implicada en la sentencia que está siendo objeto de análisis.

Además, cabe mencionar que los hechos que se investigan en el proceso penal en cuestión se encuentran vinculados con el proyecto denominado "Mejoras a la

Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano" (en adelante el Proyecto Gasoducto Sur Peruano), el cual desde el gobierno de Alan García Pérez, viene siendo planteado para beneficiar a la población peruana.

## 2.2. Hechos relevantes del caso

### HECHOS FÁCTICOS

#### HECHOS PRECEDENTES:

1. **El 03 de septiembre de 2013**, el Comité de Pro- Seguridad Energética de PROINVERSIÓN, mediante Acta de Sesión N°35, acordó aprobar los TDR para la contratación de asesores legales quienes coadyuven o asistan en la elaboración de documentos e instrumentos legales vinculados a los proyectos a cargo de este comité. Uno de estos proyectos es el proyecto "Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano" (en adelante el Proyecto Gasoducto Sur).
2. **El 24 de diciembre de 2013**, PROINVERSIÓN y el Estudio Jurídico Delmar Ugarte Abogados S.C.R.L. (en adelante El Estudio Delmar) suscribieron el Contrato N°042-2013-PROINVERSION, cuyo objeto contractual era la asesoría jurídica particular para los proyectos generales de PROINVERSIÓN respecto a la seguridad energética.
3. **El 10 de marzo de 2014**, Luis Peschiera Rubini, como socio del Estudio Delmar, presentó una propuesta económica ante PROINVERSIÓN para brindar el servicio de asesoría legal enfocada en el proceso de promoción de Inversión Privada del Proyecto Gasoducto Sur.
4. **Consecuentemente, el 26 de marzo de 2014**, PROINVERSIÓN suscribe un segundo contrato (el Contrato N°07-2014-PROINVERSIÓN) con el mismo

Estudio de Abogados Delmar para que efectúe el servicio de consultoría legal estrictamente en un proyecto específico: el Proyecto Gasoducto Sur.

5. Cabe señalar que los socios del Estudio que estuvieron a cargo de la asesoría legal fueron:

- Luis Peschiera Rubini (abogado encargado de brindar asesoría legal para el desarrollo de proyectos energéticos y relacionados) y,
- Miguel Ronceros Neciosup (abogado especialista en temas de concesiones de infraestructuras y otros).

**HECHOS CONCOMITANTES:**

6. En febrero del 2014, se publicó el concurso del Proyecto Gasoducto Sur. Los consorcios y las empresas que se presentaron fueron dos consorcios y una empresa.

<b>CONSORCIO N°1</b>	<b>CONSORCIO N°2</b>	<b>EMPRESA</b>
<b>El Consorcio Gasoducto Sur Peruano</b>	<b>El Consorcio Gasoducto Peruano del Sur</b>	<b>La empresa Energy Transfer Operador Calificado del Sur S.A.C. (en adelante Empresa Energy)</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Odebrecht</li> <li>• Enagás</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sempra</li> <li>• Tecpegas S.A.</li> <li>• GDF South Peruvian Gas Pipeline S.A.</li> <li>• Transportador de Gas Internacional S.A.</li> </ul>	

7. **El 26 de junio de 2014**, en vista de que la empresa Energy no presentó sus propuestas quedó descalificado del concurso del proyecto y por lo tanto los

únicos postores que quedaron en carrera fueron: i) Consorcio Gasoducto Sur Peruano y ii) Consorcio Gasoducto Peruano del Sur.

8. **El 26 de junio de 2014**, el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur le presentó una carta al jefe del Proyecto Gasoducto Sur Peruano, mediante el cual le hizo de su conocimiento que se había llevado a cabo el cambio de porcentajes de participación de los integrantes de su consorcio.
9. **El 26 de junio de 2014**, miembros de PROINVERSIÓN, junto con sus abogados y equipo técnico, sustentaron sus oficinas que en vía de subsanación el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur debería ratificar su participación porcentual indicado para así seguir en carrera. Por su parte, Miguel Ronceros Neciosup, señaló que lo que correspondería era la descalificación.

Ese mismo día, Luis Peschiera Rubini, a las 16:09 horas, envió a su equipo legal el correo bajo el asunto “SOS” solicitando reunirse en la brevedad y consultando lo siguiente *¿los ministros nos piden una posición en media hora?*<sup>1</sup>.

Posteriormente, en hora de la madrugada del 27 de junio de 2014, Joao Arbildo, uno de los miembros de su equipo le envía un correo a Luis Peschiera Rubini adjuntando el informe precisando que el mismo se realizó de acuerdo con lo conversado en la reunión que tuvieron el 26 de junio de 2014 por la tarde. Ante lo cual, Luis Peschiera Rubini respondió que se encontraba conforme.

10. Por su parte, PROINVERSIÓN, el **27 de junio de 2014**, a las 14:45 horas, PROINVERSIÓN mediante Carta N°26-2014-PROINVERSIÓN/CP-SE le

---

<sup>1</sup> Dicha pregunta se encuentra plasmada en el correo de fecha 26 de junio de 2014, correo que obra en la carpeta fiscal.

notificó al Consorcio Gasoducto del Sur que tenía hasta las 9:30 horas del lunes 30 de junio de 2014 para ratificar su composición porcentual conforme lo establecía el Sobre N°1, de lo contrario quedaría descalificado.

**11.** Posteriormente, **el 28 de junio de 2014**, el abogado Luis Peschiera Rubini le hizo llegar a PROINVERSIÓN el Informe denominado: “Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de postor precalificado”. Mediante dicho informe sustentó enfáticamente la posición de descalificar al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur del concurso.

**12.** **El 29 de junio de 2014**, a las 0:41 horas, Luis Peschiera le envió a Miguel Ronceros Neciosup, con copia a María del Rosario Patiño Marca (miembro del Comité), le envió el proyecto de carta que PROINVERSIÓN remitió al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur informándole su descalificación.

Ese mismo día, a las 20:35 horas, le envía un correo a Miguel Ronceros Neciosup haciéndole de su conocimiento de que María del Rosario Patiño Marca se quiere reunir con ambos en las oficinas del MEF. Minutos más tarde, a las 20:57 horas, Luis Peschiera Rubini le confirma a María del Rosario Patiño Marca que pueden reunirse a las 11:00 pm pero en las oficinas del MINEM.

**13.** **El 30 de junio de 2014 a las 8:36 horas**, mediante Carta N°27-2014-PROINVERSIÓN/CP-SE se le comunicó al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur su descalificación del proyecto, la misma llevó a cabo minutos antes de que se venciera el plazo que le otorgaron al Gasoducto Peruano del Sur para ratificar su composición porcentual.

## HECHOS POSTERIORES:

14. Finalmente, el 22 de julio de 2022, mediante Resolución Suprema N°054-2014-EM, el Ministerio de Energía y Minas le otorgó al Consorcio Gasoducto Sur Peruano la concesión del proyecto.



# LÍNEA DEL TIEMPO DE LOS HECHOS MÁS RELEVANTES



<sup>2</sup> Línea del tiempo creada por la autora.

### SOBRE EL INFORME EMITIDO POR LUIS PESCHIERA RUBINI

#### 26 de junio de 2014

- Luis Peschiera Rubini envió un correo a su equipo legal con el asunto "SOS" consultando si es que los ministros les estaban pidiendo una posición en media hora respecto de lo que sucedería con el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur.

#### 27 de junio de 2014

- Joao Arbildo, a las 2:24 am, le envió a Luis Peschiera Rubini el informe precisando que el mismo se había elaborado de acuerdo con lo conversado en la tarde del 26 de junio de 2014.
- PROINVERSIÓN envía la Carta N°26-2014 al Consorcio Gasoducto Sur mediante la cual le solicita que ratifique su composición porcentual conforme a lo anteriormente presentado.

#### 28 de junio de 2014

- Luis Peschiera Rubini presenta ante PROINVERSIÓN el **Informe denominado: "Consecuencias de una eventual modificación del porcentaje de participación de los integrantes de postor precalificado"**, mediante el cual concluyó que correspondía la descalificación del concurso del Consorcio Gasoducto Sur Peruano.

#### 29 de junio de 2014

- Luis Peschiera Rubini le envió a Miguel Ronceros Neciosup con copia a María del Rosario Patiño Marca (miembro del comité) el proyecto de carta dirigido al Consorcio Gasoducto Sur Peruano informándole su descalificación.
- Luis Peschiera Rubini, Miguel Ronceros Neciosup y miembros del MEF y MINEM se reunieron a las 22:00 horas.

<sup>3</sup> Línea del tiempo creada por la autora.

## ITER PROCESAL:

**15. El 03 de febrero de 2016**, a través de la Disposición N°1 de fecha 03 de febrero de 2016, la 2° FPCEDCF, dispuso iniciar investigación preliminar en contra de Nadine Heredia (ex primera dama), Luis Peschiera Rubini y otros, por la presunta comisión del delito de Colusión Agravada (artículo 384° del CP) y Negociación Incompatible (artículo 399° del CP).

**16. El 27 de febrero de 2020**, mediante Disposición N°78, la Fiscalía formalizó la investigación en contra de Nadine Heredia y otros, entre ellos, en contra de Luis Peschiera por la comisión del delito de Colusión Agravada y otros en agravio del Estado.

### IMPUTACIÓN CONTRA LUIS ARNALDO NAPOLEON PESCHIERA RUBINI

599. Se le imputa a Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini 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 Delmar Ugarte Abogados 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.

4

**17. El 17 de febrero de 2021**, Luis Peschiera, a través de su defensa técnica, dedujo EIA ante el 2° JIP, alegando ocho puntos:

- a) La opinión que emitió el 28 de junio de 2014, no la realizó en calidad de funcionario público,
- b) Luis Peschiera Rubini fue asesor externo sin capacidad de decisión,
- c) Únicamente emitió opiniones legales,

---

<sup>4</sup> La imagen presentada fue recaba de la Disposición N°78 de fecha 27 de febrero de 2020, pág. 109.

- d) No tenía título habilitante,
- e) No existe perjuicio patrimonial en agravio del Estado,
- f) La Carta N°26-14, que Luis Peschiera ayudó a redactar, no tenía consecuencias jurídicas,
- g) De forma objetiva, es decir, en cumplimiento de las bases, se llegó a descalificar al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur,
- h) El Consorcio Gasoducto Peruano del Sur incurrió en una falta insubsanable,
- i) Lo que llevó a cabo Luis Peschiera Rubini es replicar lo que indican las bases del concurso.

**18. El 30 de marzo de 2021**, el 2° JIP, mediante Resolución N°30, declaró INFUNDADA la EIA que dedujo Luis Peschiera por lo siguiente:

- a) A tenor del numeral 3 del artículo 425° del CP el investigado es un funcionario público puesto que si bien es cierto no llegó a formar parte de la estructura de PROINVERSIÓN, si llegó a brindar asesoría legal permanente a dicha Entidad, específicamente al comité que se encargaba de llevar adelante el proceso de concesión.
- b) Al llevar a cabo un análisis de los elementos de convicción se puede afirmar lo siguiente: Luis Peschiera Rubini sí tenía poder de decisión ya que con su opinión emitida el 28 de junio de 2014 finalmente se llegó a descalificar al único consorcio que resultaba ser una amenaza para la empresa Odebrecht.
- c) A través de una EIA no se puede valorar los elementos de convicción, siendo así, bastará con revisar si es que la Fiscalía ha cumplido con señalar en que consistió el perjuicio patrimonial en agravio del Estado. En el presente caso lo señalado anteriormente se cumple.

d) En caso en cuestión, la conducta que la Fiscalía le atribuyó a Luis Peschiera Rubini se subsume en el tipo penal de colusión agravada (artículo 384° del CP).

**19. El 26 de abril de 2021**, la defensa técnica del investigado, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque el auto de fecha 30 de marzo de 2021.

**20. El 06 de agosto de 2021**, la 1° Sala Penal de Apelaciones de Lima, mediante Auto de Vista de fecha 06 de agosto de 2021 CONFIRMÓ la Resolución emitida por el 2° JIP, bajo los siguientes argumentos:

a) La Fiscalía, a través de su Disposición de Formalización N°78, cumplió con detallar que el investigado es autor del delito regulado en el artículo 384° del CP ya que este aprovechó de su condición para para ser parte del pacto colusorio.

b) El investigado, en virtud de los contratos de asesoría legal suscritos entre PROINVERSIÓN y el Estudio - para el cual trabajaba -, tenía la función de velar por los intereses del Estado, sin embargo, ello no se dio sobre todo cuando emitió el informe jurídico que presentó ante PROINVERSIÓN el 28 de junio de 2014.

c) Para determinar si al momento de los hechos Luis Peschiera era funcionario público y tenía poder de decisión es necesario realizar actividad probatoria, siendo así, no se pueden efectuar a través de una EIA.

d) En el presente caso únicamente se tiene que revisar lo relatado por la Fiscalía en su Disposición de Formalización N°78 ya que la defensa del investigado cuestiona la subsunción del tipo penal.

**21. El 25 de agosto de 2021**, Luis Peschiera interpuso recurso de Casación contra el Auto emitido por la Sala Penal, el cual fue concedido el 03 de septiembre de 2021.

**22.** Posteriormente, **el 06 de octubre de 2023**, mediante Sentencia de Casación, la Corte Suprema declaró FUNDADO el recurso interpuesto por Luis Peschiera, por lo siguiente:

- a) En el presente caso se llevó a cabo un contrato de servicios profesionales entre PROINVERSIÓN y el Estudio DELMAR UGARTE; por lo tanto, ninguno de los abogados de dicho Estudio se integró al organigrama de PROINVERSIÓN.
- b) La incorporación del abogado del Estudio Delmar no está reglada por el derecho público.
- c) El contrato de asesoría legal que suscribió el Estudio está normado por el Derecho Civil. En consecuencia, la opinión legal que emitió el investigado no se encontraba sujeto a un deber especial.
- d) De forma literal la Ley no considera a los asesores legales externos como funcionarios públicos.
- e) Luis Peschiera Rubini al emitir el informe de fecha 28 de junio de 2014 llevó a cabo una conducta neutral, la cual no puede ser calificada como delito.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

#### **3.1. Problemas principales**

Los problemas principales que planteamos son los siguientes:

1. ¿El abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado autor del delito de colusión agravada en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano?
2. ¿Se declaró fundado correctamente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del abogado Luis Peschiera Rubini?

### **3.2. Problemas secundarios**

Los problemas secundarios que planteamos son los siguientes:

Por el lado de las preguntas sustanciales, surgen las siguientes preguntas:

1. ¿El abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado como funcionario público de acuerdo con la normativa aplicada en el Perú?
2. ¿La intervención del abogado Luis Peschiera Rubini en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano podría ser sancionada bajo el artículo 384° del Código Penal?

Por el lado de las preguntas procesales, surgen las siguientes preguntas:

1. ¿El juez de investigación preparatoria debió valorar los elementos de convicción al momento de resolver la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica de Luis Peschiera Rubini?
2. ¿La Corte Suprema hizo lo correcto al declarar “bien concedido” el recurso de casación que presentó la defensa técnica de Luis Pesquiera Rubini?

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO**

### **4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios**

Preliminarmente, podemos afirmar lo siguiente:

Primero, que Luis Peschiera Rubini si pudiera ser considerado “funcionario público” en base del numeral 3 del artículo 425° del Código Penal, puesto que de los hechos narrados en la sección correspondiente advertimos que Luis Peschiera Rubini resultaría ser en la práctica (en lo realidad) la persona que le brindó a PROINVERSIÓN sus servicios. Además, también podría ser considerado funcionario público en base a los elementos determinados por la doctrina que fueron recogidos por la jurisprudencia a razón de los convenios internacionales ratificados por el Perú, los cuales son: título habilitante, y posibilidad de participación en el ejercicio de la administración pública.

Segundo, la conducta del investigado Luis Peschiera Rubini si puede ser sancionado bajo el segundo párrafo artículo 384° del CP puesto que a) es funcionario público, b) intervino por razón del cargo de forma indirecta, c) su conducta se llevó a cabo dentro de un proceso de contratación con el Estado, d) la ejecución de la concertación se dio con conocimiento del investigado, e) se cumplió con señalar la defraudación patrimonial que sería la pérdida de capacidad para disponer el patrimonio del Estado. Siendo así, su conducta se subsume al tipo penal y es típica, admisible para ser enjuiciada.

Tercero, el abogado Luis Peschiera Rubini es autor del delito de colusión puesto que vulneró el bien jurídico específico que protege el delito regulado en el artículo 384° del CP, denominado imparcialidad en la actividad contractual del Estado al haber emitido un informe parcializado.

Cuarto, el Juez de IP hizo bien en no valorar los elementos de convicción que acompañaron el recurso de Excepción de Imprudencia de acción. Ello es así puesto que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la valoración de los elementos de convicción no es posibles en la etapa de investigación preparatoria. La única valoración que se puede realizar dentro del juicio oral son los medios de prueba que se incorporan en el proceso de forma oportuna.

Quinto, la Corte Suprema hizo lo correcto al declarar “bien concedido” el recurso de Casación que presentó la defensa del investigado. Ello es así puesto que para emitir el auto correspondiente analizó los supuestos comprendidos en los artículos pertinentes, es decir, en los artículos 427°, 428° y 429° del NCPP.

Sexto, la Corte Suprema determinó que existió inobservancia a la garantía de legalidad. Al respecto podemos señalar que lo invocado por la referida corte no concilia con nuestra posición ya que desde nuestro punto de vista la conducta de Luis Peschiera Rubini si es típica.

#### **4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Al respecto, mi postura se inclina en contra del fallo de la sentencia emitida por la Corte Suprema y de la motivación que se plasma en los argumentos para llegar a esa conclusión. En efecto, la Corte Suprema no ha tomado en consideración el concepto adecuado de funcionario público en el Derecho Penal ni su intervención en el delito de colusión agravada.

## V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

**PREGUNTA PRINCIPAL N°1: ¿El abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado autor del delito de colusión agravada en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano?**

Como hemos visto, el presente caso versa sobre el abogado Luis Peschiera Rubini y su intervención en Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano. Siendo así, en este apartado determinaremos si la intervención (conducta) de Luis Peschiera Rubini puede ser sancionada bajo el artículo 384° del CP a título de autor.

De acuerdo con el artículo 23° del CP son autores debemos todos aquellos que realizan por sí mismos el tipo penal, autores mediatos, los que por medio de otro llevan a cabo el hecho delictivo, y coautores, aquellos que de manera conjunta llevan a cabo el hecho punible. En cualquiera de los casos, la sanción que se les corresponderá es la pena que se encuentra regulada en la norma penal.

Ahora, para determinar si Luis Peschiera Rubini en efecto es autor o no del delito regulado en el segundo párrafo del artículo 384° no basta con revisar lo que nos dice nuestro CP sobre la autoría, sino que resulta necesario además determinar dos puntos importantes: si LPR es funcionario público y si su conducta puede ser sancionada bajo el artículo 384° del CP. A continuación, dichas cuestiones serán resueltas.

**PREGUNTA SECUNDARIA N°1: ¿El abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado como funcionario público de acuerdo con la normativa aplicada en el Perú?**



Para determinar si Luis Peschiera Rubini es considerado funcionario público, debemos responder a la siguiente pregunta: ¿quiénes son considerados funcionarios públicos? Dicha respuesta la podremos extraer de lo que establece la CICC, UNCAC, de nuestro propio CP, e incluso de lo que indican los jueces de la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia.

La CICC en su artículo 1° establece lo siguiente:

- Para efectos penales funcionario o servidor público resultan ser lo mismo.
- Funcionario o servidor público es cualquier empleado del Estado o de sus entidades.
- Funcionario o servidor público también es cualquier persona, sin importar el nivel jerárquico que ocupe, ha sido seleccionado, designado o electo para

desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio de este.

Respecto del concepto que propone la CICC, debemos señalar enfáticamente que consideramos que es un concepto sumamente amplio, tal y como lo exige la rama del Derecho Penal, donde la idea central está en considerar como funcionarios públicos no solamente a los trabajadores del Estado o de alguna de sus entidades, sino que también a todas aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para realizar alguna actividad o función para el Estado o en nombre de este.

Por otro lado, la UNCAC, en su artículo 2°, literal a), de manera esquematizada enumera tres supuestos para identificar a las personas que son consideradas funcionarios públicos. Estos supuestos son los siguiente:

- **Primer supuesto:** cualquier persona que tenga un cargo dentro de uno de los poderes del Estado Parte. En nuestro país se podría decir que es cualquier persona que forma parte del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial. No es relevante si el periodo es corto o extenso, tampoco si es que su cargo es remunerado o no, basta con que llegue a insertarse en cualquiera de dichos poderes.
- **Segundo supuesto:** cualquier persona que desempeñe una función pública o que preste un servicio público.
- **Tercer supuesto:** será funcionario público toda persona que ha sido definida como tal dentro de la legislación de cada Estado Parte. Es decir, en nuestro país, serán considerados funcionarios públicos, todas aquellas personas que encajen dentro de los supuestos señalados en el artículo 425° del CP.

Al comparar este concepto con el propuesto por la CICC, podemos observar que ambos presentan similitudes, tal y como se puede apreciar a continuación:

<b>SIMILITUDES ENTRE LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIO PÚBLICO A NIVEL INTERNACIONAL</b>	
<b>SEGÚN LA CICC</b>	<b>SEGÚN LA UNCAC</b>
No distingue funcionario público de servidor público.	No distingue funcionario público de servidor público.
Es cualquier empleado del Estado o de sus entidades.	Es cualquier persona que tenga un cargo dentro de uno de los poderes del Estado Parte.
Es cualquier persona, sin importar el nivel jerárquico que ocupe, ha sido seleccionado, designado o electo para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio de este.	Es cualquier persona que desempeñe una función pública o que preste un servicio público.

Sin embargo, somos de la posición de que el concepto de la UNCAC, al ser un concepto presentado de forma esquematizada y con algunos agregados, resulta ser más claro y preciso.

Por otro lado, también debemos revisar lo que señala nuestro CP y la Ley N°30057 - “Ley del Servicio Civil”, sobre el término “funcionario público”.

El CP en el artículo 425° al igual que la UNCAC, nos señala de forma esquematizada y ordenada los supuestos para determinar quiénes pueden ser considerados funcionarios. Estos supuestos son los siguientes:

- **Primero supuesto:** los que se encuentran desarrollándose en el ámbito administrativo.

- **Segundo supuesto:** los que ostentan determinados cargos políticos o de confianza.
- **Tercer supuesto:** Este supuesto guarda consigo dos sub supuestos, los cuales son los siguientes:
  - » Los que sin importar el régimen laboral en el que se encuentren, mantienen un vínculo a) contractual o b) laboral de cualquier naturaleza con alguna Entidad del Estado.
  - » Las empresas del Estado o sociedades de economía mixta que ejercen funciones en Entidades del Estado y que están comprendidas en la actividad empresarial del Estado.
- **Cuarto supuesto:** Los que tienen a su cargo causales que hayan sido a) embargados o b) depositados, sin importar si es que pertenecen a particulares.
- **Quinto supuesto:** Los encargados de la seguridad ciudadana, tales como: miembros de la PNP y las Fuerzas Armadas.
- **Sexto supuesto:** Los que desempeñan funciones en nombre o al servicio del Estado y que para ello han sido designados por determinada autoridad que goza de capacidad para hacerlo.
- **Séptimo supuesto:** Los que nuestra Carta Magna los señala.

Por otro lado, la Ley N°30057, en su artículo 3° literal a), estipula que para que una persona sea considerada funcionario público debe gozar al menos una de las siguientes características:

- Ser representante político
- Ostentar cargo público
- Conducir determinada entidad y aprobar políticas y normas

Pero la referida Ley no solo define al funcionario público, sino también al “servidor civil de carrera”. En su artículo 3° literal c), nos indica que un servidor civil de carrera es aquella persona que necesariamente realiza funciones relacionadas al ámbito interno de determinada Entidad.

Ahora, surge una pregunta importante: ¿es relevante para la rama del Derecho Penal la diferenciación conceptual que propone el Derecho Administrativo entre funcionario y servidor público?

En definitiva, no. Esto se debe a que esta rama, al concebir un concepto amplio de funcionario público, ya incluye al servidor público dentro de esta categoría. En consecuencia, esta diferenciación resulta innecesaria. De la misma forma lo considera la Corte Suprema y, por lo tanto, en la Revisión de Sentencia N°503-2017/Callao nos dice que el CP, en su Título XVIII, artículo 425°, tiene consigo un concepto amplio de funcionario público que va más allá del Derecho Administrativo.

Hasta aquí, teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, cabe preguntarnos lo siguiente ¿los supuestos de funcionario público que alberga nuestro Código Penal en su artículo 425° se asemejan a los supuestos considerados por las convenciones internacionales? En efecto sí, de ello nos hemos dado cuenta tras comparar nuestra normativa nacional con la normativa internacional. Lo señalado se puede observar en el siguiente cuadro:

<b>SIMILITUDES ENTRE LOS CONCEPTOS DE FUNCIONARIO PÚBLICO A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL</b>		
<b>CICC</b>	<b>UNCAC</b>	<b>CP</b>
No distingue funcionario público de servidor público.		
Consideran que son todas aquellas personas que ocupan algún cargo en el Estado o en cualquiera de sus Entidades.		
Es cualquier persona, sin importar el nivel jerárquico que ocupe, ha sido seleccionado, designado o electo para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio de este.	Es cualquier persona que desempeñe una función pública o que preste un servicio público.	Son los que desempeñan funciones en nombre o al servicio del Estado y que para ello han sido designados por determinada autoridad que goza de capacidad para hacerlo.
	Es toda persona que ha sido definida como tal dentro de la legislación de cada Estado Parte.	Son los que nuestra Carta Magna los señala.

Después de haber revisado los conceptos nacionales e internacionales y de habernos dado cuenta de que entre sí son similares, surge la siguiente pregunta ¿se podría señalar que existen elementos o criterios mínimos para determinar quiénes son considerados funcionarios públicos? Desde nuestra perspectiva, creemos que sí y no solo ello, sino que además consideramos que al fijar dichos elementos/criterios resultará mucho más sencillo identificar quiénes son o no funcionarios públicos. Pero ¿por qué no denominamos a dichos elementos como moléculas del ADN de cualquier funcionario público? De esa forma, en cada caso en particular que identifiquemos la existencia de las moléculas propias del ADN de cualquier funcionario público, no cabrá duda de que estamos frente a un funcionario público.

Siendo así, somos de la posición de que el ADN de un funcionario público debe presentar las dos moléculas indispensables, las mismas que plantea Yvan Montoya y que Rafael Chanjan, las cuales son las siguientes: a) incorporación heterónoma a la función pública, b) posibilidad efectiva de desempeñar cargo público (2015, pp. 20).

Por la primera partícula, es decir, por “incorporación heterónoma a la función pública”, Montoya es claro y nos dice que se refiere a la forma en cómo el funcionario público se incorpora a la Administración Pública. En otras palabras, cómo el funcionario público alcanza su posición. Esta podría ser mediante una selección, designación o elección realizada por el pueblo, una normativa, o una autoridad con la capacidad de vincular al nuevo funcionario con la administración pública, quien evidentemente no es el funcionario en sí (2015, pp. 21).

Sobre lo mencionado por Montoya acerca de esta primera partícula que forma parte del ADN del funcionario público, que él lo denomina como “elemento”, señalamos que nos encontramos de acuerdo. Ello es así ya que consideramos que para un funcionario público sea considerado como tal tiene que haber sido seleccionado, es decir, haber sido elegido por parte de la respectiva autoridad competente, o designado, es decir, destinado para la función pública también por una autoridad competente, o elegido, es decir, nombrado para ejercer función pública a través de una votación. De lo contrario, no podría ser funcionario público.

Pero, a la vez, consideramos que dentro de esta molécula faltaría mencionar una sub-molécula no menos importante que nosotros denominaríamos “**la materialización del vínculo con la función pública**”<sup>5</sup>. Ello es así puesto que consideramos que para poder aterrizar la selección, designación o elección, necesitamos de un documento legal originario. Por ejemplo, en el caso de

---

<sup>5</sup> Esta propuesta no aplica para los funcionarios de facto ya que los elementos para determinar su calificación como tal deben ser analizados en torno a los elementos que señala la Casación N°442-2017/Ica.

Peschiera, un contrato firmado que materialice externamente su incorporación a la función pública. Dicho en otras palabras, se requiere de un documento primigenio que avale la incorporación de la persona a la función pública.

Por la segunda molécula o segundo elemento, es decir, por “la posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública”, Montoya nos dice que se trata de la probabilidad que – determinado funcionario que ya cuenta con título habilitante - tiene para poder lesionar o poner en riesgo la Administración Pública.

Sobre ello, Adela Asúa, catedrática de Derecho Penal en España, nos dice que, en efecto, los funcionarios públicos son aquellas personas que tienen ámbito de dominio del bien jurídico. Es decir, se trata de las personas que al haberse insertado dentro del organigrama de la Administración Pública tienen desde su posición la posibilidad de preservar o perjudicar el bien jurídico de la administración pública (1997, pp. 21-23).

Sobre la postura que tiene la Dra. Asúa, podemos señalar que nos encontramos de acuerdo con ella cuando señala que son funcionarios públicos las personas que cuentan con la posibilidad de servir, aportar, favorecer como de dañar, así como también con la posibilidad de vulnerar a la administración pública. Pero, no estamos de acuerdo con ella cuando dice que dicha posibilidad recién la poseen cuando se insertan en el organigrama de la Administración Pública, ya que al revisar nuestro CP no advertimos que exista dicho requisito.

Por su parte, Manuel Abanto señala que en la actualidad existen dos posturas claramente divergentes respecto a quién puede ser considerado funcionario público. La primera, “postura mayoritaria”, exige la concurrencia del elemento objetivo (la existencia de un título) y subjetivo (efectiva participación de esa persona en la función pública). La segunda, considera que es suficiente con el elemento objetivo, es decir, con la efectiva participación de esa persona en la función pública, pero que no interesa la relación entre el sujeto y la administración (2003, pp. 21-23).

Respecto a ello, imperativamente debemos señalar - como lo hemos venido haciendo líneas arriba - que nos adherimos a la postura mayoritaria que sostiene que la determinación de quién debe ser reconocido como funcionario público implica la simultánea consideración de dos elementos esenciales: el título habilitante y la posibilidad de participación en el ejercicio de la Administración Pública, la misma que incluso ha sido recogida por la Corte Suprema en la Sentencia de Casación N°634-2105/Lima de fecha 28 de junio de 2016 en el segundo considerando de los fundamentos de derecho.

Entonces, hasta aquí hemos llegado a la conclusión de que la forma infalible para determinar quiénes son funcionarios públicos es a través del cuestionamiento de las siguientes preguntas: ¿Cómo se incorporó a la función pública? ¿Cuál es el documento que avala/respalda su incorporación a la función pública? ¿La persona incorporada tiene posibilidad de ejercer función pública?

<b>MOLÉCULAS INDISPENSABLES QUE FORMAN PARTE DEL ADN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO</b>	
<b>PRIMERA PARTÍCULA</b>	<b>SEGUNDA PARTÍCULA</b>
Incorporación heterónoma a la función pública <sup>6</sup>	La posibilidad de participación en, el ejercicio de la función pública <sup>7</sup>
La materialización del vínculo con la función pública (propuesta)	

Por otro lado, resulta importante mencionar que la CGR, recientemente, el 14 de mayo de 2024, ha presentado ante el Congreso lo siguiente: Proyecto de Ley N°7316/2023-CG, el cual tiene como objetivo fortalecer el control gubernamental sobre la participación de contratistas, subcontratistas, proyectistas y supervisores en la ejecución de obras públicas.

<sup>6</sup> Elemento 1 señalado por Yvan Montoya.

<sup>7</sup> Elemento 1 señalado por Yvan Montoya.

Ahora bien, seguramente se estarán preguntando: ¿qué relación tiene esta modificación con el concepto de funcionario público que venimos desarrollando? Pues bien, tiene mucho que ver puesto que el mismo propone considerar como funcionarios públicos a los contratistas, subcontratistas, proyectistas y supervisores que han sido contratados para determinados fines o como parte de la ejecución de obras en el sector público. Es decir, busca ampliar la larga lista de supuestos de funcionario público que a la fecha ya tenemos a través de la incorporación del numeral 9.3 en el artículo 9 de la Ley N°30225 - LCE.

Cabe cuestionarnos lo siguiente ¿por qué la CGR propone este tipo de modificaciones? Pues bien, tras la revisión de exposición de motivos del proyecto de ley entendemos que se ha considerado dicha incorporación y otras modificaciones por lo siguiente:

- Primero, porque en el 2023, la CGR ha detectado que los actos de corrupción han afectado el 12.7% del presupuesto destinado para dicho año.
- Segundo, porque la CGR ha detectado que la corrupción se produce en las contrataciones que lleva cabo Estado en el marco de LCE, y particularmente en la ejecución de las obras públicas.
- Tercero, porque consideran que actualmente no existe una regulación sancionadora sobre las personas privadas, naturales o jurídicas que han cometido actos de corrupción en la ejecución de obras públicas; y que, por lo mismo, es necesario establecer mecanismos de control.

Sobre dicho proyecto de ley debemos señalar que no nos encontramos de acuerdo ya que consideramos lo siguiente: i) el porcentaje de corrupción no disminuirá así consideremos a toda la población como funcionarios públicos, ese no es el camino, ii) los actos de corrupción netamente no se llevan cabo en la ejecución de obras,

sino también en cada una de las tres fases de las contrataciones con el Estado, iii) si existe una regulación sancionadora sobre las personas jurídicas que son vinculadas en actos de corrupción, la misma se encuentra plasmada en la Ley N°30424 y en su reglamento.

En consecuencia, nuestra posición se inclina por la reforma integral del artículo 425° del CP, mas no por la inclusión de más supuestos dentro de la norma. Señalamos ello porque consideramos que en caso de seguir agregando supuestos para determinar quiénes podrían ser considerados funcionarios públicos lo único que lograremos es tener una lista extensa y confusa. En cambio, si la reformamos de tal forma que fijemos los elementos claves para determinar quiénes podrían ser considerados funcionarios públicos, no solo reduciremos la lista, sino que además enunciaremos de forma sencilla la fórmula perfecta para identificar a los funcionarios públicos.

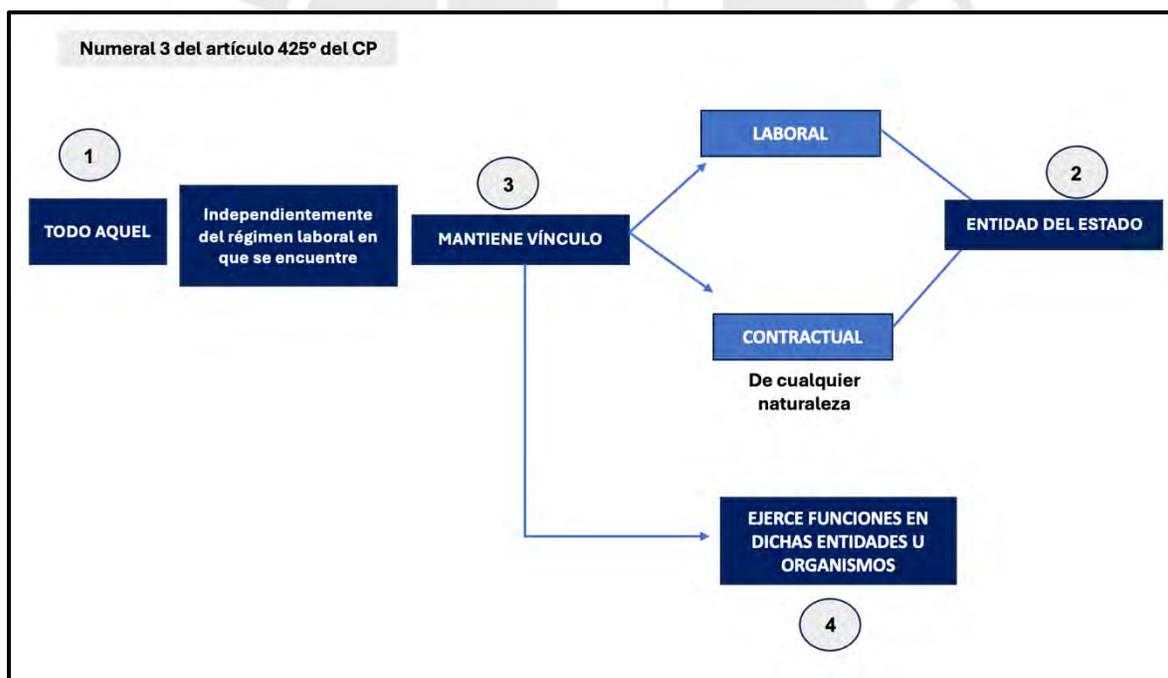
Ahora, después de haber revisado qué nos dice la ley y la doctrina sobre el concepto de funcionario público, a continuación analizaremos si es que Luis Peschiera Rubini califica o no como funcionario público.

Para ello, empecemos planteándonos la siguiente pregunta ¿quién es Luis Peschiera Rubini? De acuerdo con la información recabada para el desarrollo del presente informe, es abogado por la PUCP y al momento de los hechos materia de investigación en la Carpeta Fiscal N°12-2017 era Socio del Estudio Delmar Ugarte Abogados, precisamente del Área de Infraestructura y Relaciones Comunitarias.

Teniendo claro ello, revisemos si es que el abogado Luis Peschiera - socio del Estudio Delmar Ugarte Abogados que fue seleccionado por PROINVERSIÓN para brindar servicios de asesoría legal - podría ser considerado como funcionario público de acuerdo con alguno de los supuestos regulados en el artículo 425° del Código Penal.

Como hemos visto anteriormente, dicho artículo cuenta con siete numerales, siendo así, corresponde analizar si es que el referido abogado encaja en alguno de estos supuestos. Evidentemente, desde ya podemos afirmar que no encaja en los numeral 1,2,5,6 ni 7. Ello es así puesto que el abogado en cuestión a) no se encuentra inmerso en la carrera administrativa, b) no desempeñó cargo político o de confianza, c) no fue administrador o depositario de caudales, d) no formó parte de las Fuerzas Armadas o de la PNP, e) no ha sido designado, elegido o proclamado para llevar a cabo funciones en nombre del Estado.

Los controversial radica en si es que el abogado podría ser considerado funcionario público de acuerdo con el numeral 3 del artículo 425° del CP. Para analizar ello primero debemos tener claro que es lo que exactamente señala dicho numeral. Para un mejor entendimiento lo presentaremos de forma gráfica.



Teniendo claro lo que regula el referido numeral, hemos identificado que son 4 los pasos que debemos de seguir para poder identificar quienes son funcionarios

<sup>8</sup> Imagen creada por la autora.

públicos en base al numeral 3 del artículo 425° del CP. Estos pasos son los siguientes:

**Paso 1:** Convertir en determinable<sup>9</sup> la frase “todo aquel”. Es decir, determinar a la persona a la cual estamos analizando.

**Paso 2:** Identificar la Entidad con la que se presume un vínculo.

**Paso 3:** Determinar cuál es el vínculo: a) laboral, b) contractual.

**Paso 4:** Identificar cuáles son las funciones que ejerce dicha persona en la Entidad, teniendo en cuenta que el significado del verbo “ejercer” es “practicar actos propios de un oficio, facultad o profesión”<sup>10</sup> y el significado de la palabra “funciones” es “tarea propia de un empleo o cargo o de la persona que lo desempeña”<sup>11</sup>.

Siendo así, a continuación, ejecutaremos estos pasos para poder determinar si es que Luis Peschiera Rubini es funcionario de acuerdo con el numeral 3 del artículo 425° del CP.

PASOS	DETALLES	APLICACIÓN EN EL CASO EN CONCRETO
<b>PASO 1</b>	Determinar a la persona.	Luis Peschiera Rubini
<b>PASO 2</b>	Identificar a la Entidad con la que se presume el vínculo	PROINVERSIÓN
<b>PASO 3</b>	Determinar el vínculo (contractual - laboral)	Debemos tener presente que hemos identificado la existencia de dos contratos. El primero entre Luis Peschiera y el Estudio, y el segundo entre el Estudio y PROINVERSIÓN. Entonces, teniendo en cuenta ambos contratos, podemos señalar

<sup>9</sup> Según la RAE es un adjetivo que se puede determinar.

<sup>10</sup> Definición realizada por la RAE.

<sup>11</sup> Ibidem.

		que teniendo en cuenta el primer contrato, se dio el segundo contrato. Ello es así porque si en caso el Estudio no hubiera presentado dentro de su plana de abogados a Luis Peschiera como abogado especializado en Hidrocarburos, PROINVERSIÓN no hubiera tomado en cuenta su propuesta, más aún porque el hecho de señalar los datos de era parte de los requisitos a exponer en la propuesta.
<b>PASO 4</b>	Determinar si la persona ejerce funciones o no y cuáles serían.	Luis Peschiera Rubini si ejercía funciones: asesorar legalmente a PROINVERSIÓN. La función específica que tuvo sobre el Gasoducto Peruano del Sur fue determinar legalmente su futuro dentro del proceso de contratación. Ello es así puesto que PROINVERSIÓN específicamente le pregunta al abogado la posición que tiene que tomar, en otras palabras, le pregunta qué hacer.

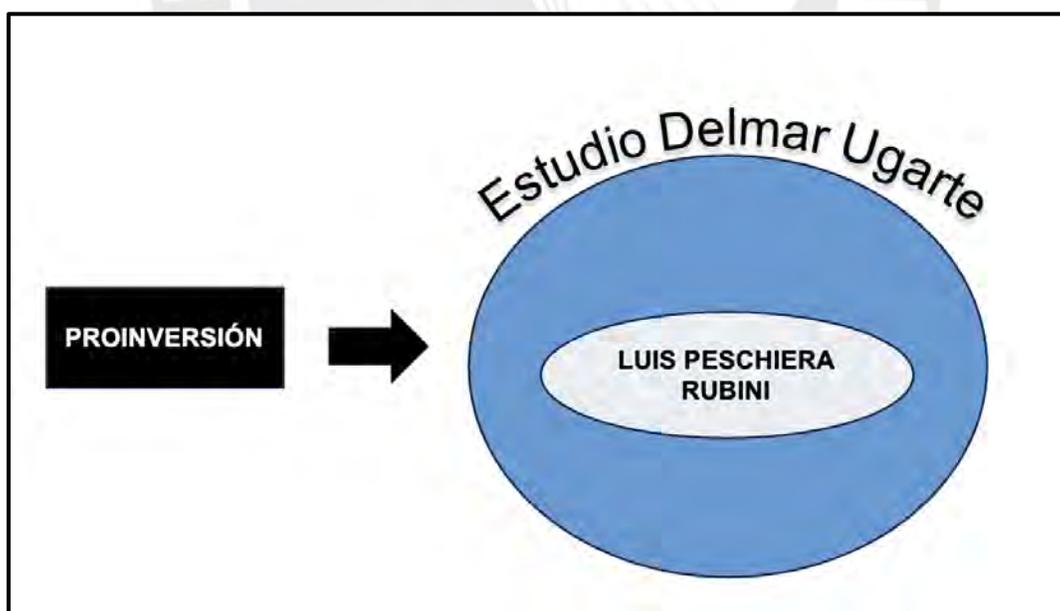
Entonces, teniendo en cuenta de que si existió un vínculo contractual y en base a ello Luis Peschiera Rubini cumplió con la función de asesorar legalmente a PROINVERSIÓN, podemos señalar que el abogado en cuestión si es funcionario público de acuerdo con el numeral 3° del artículo 425° del Código Penal.

Pero, nuestro análisis no podría concluir sin determinar si las moléculas propias del ADN de un funcionario público (o “elementos” según Yvan Montoya) - deducidas de la CICC y la UNCAC - y que se aplican en nuestro país en base al artículo 55° de nuestra Carta Magna - se manifiestan en el presente caso:

Siendo así, procederemos a analizar ello teniendo como guía las preguntas planteadas anteriormente: ¿Cómo se incorporó a la función pública? ¿Cuál es el documento que avala su incorporación a la función pública? ¿La persona incorporada tiene posibilidad de ejercer función pública?

La primera pregunta aplicada en el caso sería ¿cómo se incorporó Luis Peschiera Rubini a la función pública, a través de un proceso de selección, designación o elección?

Desde nuestro punto de vista, Luis Peschiera Rubini se incorporó a la función pública a través de un proceso de selección llevado a cabo por la Entidad y con una designación interna llevada a cabo por el Estudio en la cual era socio. Ahora, resulta pertinente mencionar que la designación ya era de conocimiento por parte de la Entidad desde la revisión de la propuesta técnica que presentó el Estudio en la cual señaló los nombres de los abogados que serían denominados “equipo legal” que atendería los requerimientos del comité.



12

<sup>12</sup> Imagen creada por la autora.

Como podemos observar en el gráfico, la selección que llevó a cabo PROINVERSIÓN incluía la selección del equipo de abogados que formaban parte del Estudio, pero no a todos de forma indiscriminada, sino específicamente al equipo legal que fue presentado mediante la propuesta técnica según los TDR

**6. FORMA DE EJECUCIÓN**

Ante el requerimiento del Comité, la Dirección Ejecutiva y/o el Jefe de Proyectos en Temas de Seguridad Energética, los servicios de asesoría legal serán prestados por el EQUIPO DE ABOGADOS miembros del ESTUDIO, contenidos en la Propuesta Técnica.

13

La segunda pregunta aplicada al caso en cuestión sería ¿cuál es el documento que avala la incorporación de Luis Peschiera Rubini a la función pública?

Los documentos que avalan su incorporación son el Contrato N°042-2013-PROINVERSIÓN y el Contrato N°07-2014-PROINVERSIÓN que suscribió PROINVERSIÓN con el Estudio de Abogados Delmar para que este último efectúe el servicio de consultoría legal en el Proyecto Gasoducto Sur Peruano. Los detalles de este se encuentran resumidos en el siguiente cuadro:

<b>DATOS</b>	<b>CONTRATO N°042-2013- PROINVERSIÓN</b>	<b>CONTRATO N°07-2014- PROINVERSIÓN</b>
<b>OBJETO</b>	El presente Contrato tiene por finalidad regular los términos y condiciones bajo los cuales EL ESTUDIO prestará los servicios que se detallan en los Términos de Referencia aprobados por el COMITÉ y recogido por las Bases del Concurso por Invitación N°004-2013.	El presente Contrato tiene por finalidad regular los términos y condiciones bajo los cuales EL ESTUDIO prestará los servicios que se detallan en los Términos de Referencia aprobados por el COMITÉ que forman parte del presente documento.

<sup>13</sup> La imagen que fue extraída de los TDR del Contrato N°042-2013, pp.16.

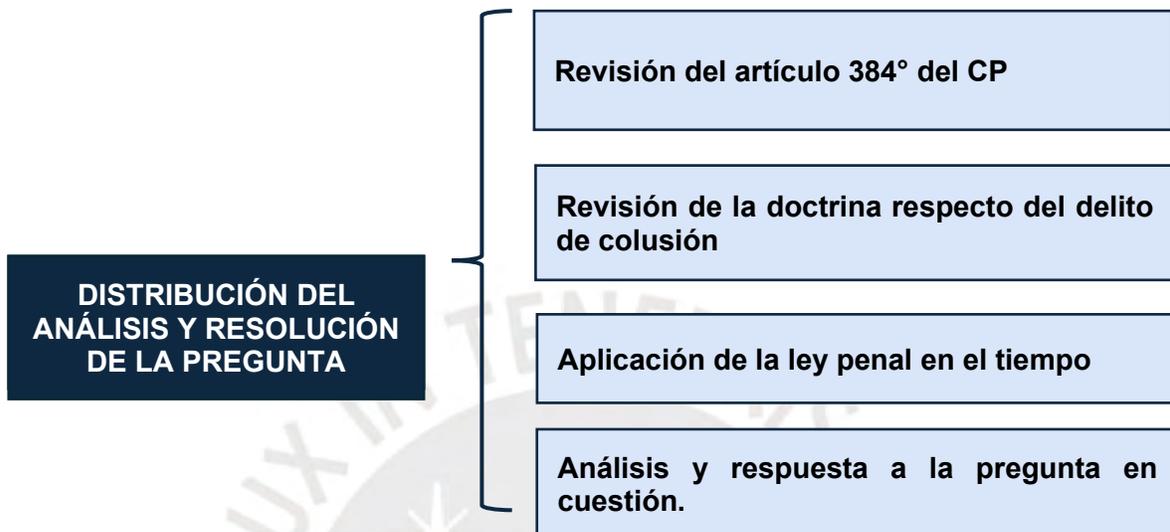
<b>FECHA DEL CONTRATO</b>	24 de diciembre de 2013.	26 de marzo de 2014.
<b>FIRMARON EN EL CONTRATO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jefe de Logística de PROINVERSIÓN.</li> <li>• El Comité de PROINVERSIÓN.</li> <li>• EL ESTUDIO representado por José Antonio Delmar Lissa.</li> </ul>	

Finalmente, la tercera pregunta sería ¿Luis Peschiera Rubini tenía la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público? o mejor dicho ¿Luis Peschiera Rubini tenía la posibilidad, desde su posición de abogado consultor, de aportar o en su defecto afectar a la Administración Pública?

En efecto, sí. Él, como abogado-asesor de PROINVERSIÓN, sí tenía la posibilidad tanto de servir, aportar, favorecer y vulnerar la administración pública. Ahora, ¿cómo se encuentra reflejada dicha posibilidad? Dicha posibilidad se podía manifestar de dos formas: 1) verbal, al momento de brindar su opinión legal sobre cualquier tema, o 2) escrita, al momento de emitir informes dirigidos a la autoridad que lo designó, más aún cuando dichos informes iban a servir de base para la toma de decisiones para dicha Entidad, en este caso PROINVERSIÓN.

En conclusión, en este apartado podemos señalar que, de acuerdo con el artículo 425° numeral 3, el abogado Luis Peschiera Rubini si es funcionario público tuvo un vínculo contractual con PROINVERSIÓN y a razón de ello cumplió la función de asesorarlos legalmente. Además, el abogado posee las moléculas necesarias para poder ser considerado funcionario público, es decir, título habilitante por selección y a la vez la posibilidad de participación en el ejercicio de la Administración Pública.

**PREGUNTA SECUNDARIA N°2 ¿La conducta del abogado Luis Peschiera Rubini dentro del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano podría ser sancionada bajo el artículo 384° del CP?**



Para desarrollar la pregunta en cuestión, debemos tener claro dos puntos: primero, qué sanciona el artículo 384° del CP y cuál fue la conducta de Luis Peschiera Rubini dentro de la fase de selección en el Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano.

Comencemos revisando lo que establece el artículo 384° del CP. De ello, podemos advertir que gracias a la Ley N°31178 dicho artículo, desde el 2021 hasta la fecha, consta de tres párrafos.

El primero sanciona con una pena privativa de libertad, no menor de 3 ni mayor de 6 años, a todo funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente, a razón de su cargo, en cualquiera de las etapas de la contratación pública, se concerta con los interesados para defraudar al Estado. Dicho de otra forma, sanciona la concertación que se lleve a cabo entre el funcionario público y un tercero con la finalidad de defraudar a cualquier Entidad del Estado dentro de un proceso de contratación.

El segundo párrafo sanciona con una pena privativa de libertad, no menor de 6 años ni mayor de 15 años, al funcionario o servidor público que, debido al pacto colusorio que llevó a cabo con el tercero interesado, defrauda patrimonialmente al Estado. Es decir, a través de este párrafo el legislador sancionó la conducta agravada del párrafo precedente.

En otras palabras, el segundo párrafo no sanciona el pacto colusorio en sí mismo, como lo hace en el primer párrafo, sino sanciona la defraudación patrimonial que resulta del pacto colusorio, es decir una conducta agravada. Por esta razón, es evidente que la sanción regulada en este párrafo es mayor. De esa misma forma lo considera la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°408-2021/Lima Sur cuando señala que para que se configure el delito de colusión simple solo se requiere un concierto entre el agente (servidor público) con el tercero interesado (el particular), y para la configuración de colusión agravada se requiere que la ejecución del concierto ocasione un perjuicio económico a determinada institución pública.

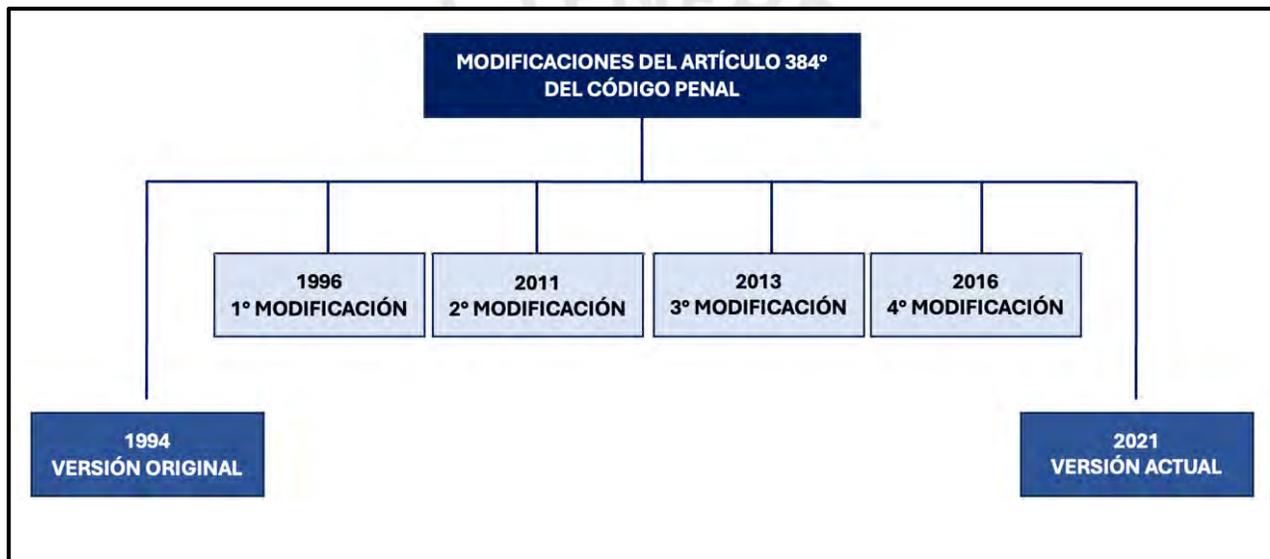
El tercer párrafo, agrega tres supuestos agravantes y sanciona a los funcionarios públicos con una pena privativa de libertad de hasta 20 años. Estos agravantes tienen que ver con que el agente sea parte de una organización criminal o que el agente realice la conducta sancionada dentro de una situación catastrófica o de emergencia. También tiene que ver si es que el pacto colusorio afecta a programas de apoyo o programas con fines asistenciales, bajo la condición de que la afectación supere 10UITs.

Ahora, debemos mencionar que para la aplicación del presente caso, el artículo esbozado anteriormente en su complejidad no nos será útil. Pero ¿por qué señalamos eso? Pues bien, mencionamos ello porque en sintonía con el artículo 6° del CP, el artículo II del Título Preliminar del CP y el artículo 2, numeral 24 inciso d) de nuestra Carta Magna, la ley penal que debemos aplicar al presente caso debe ser la ley que estuvo vigente al momento de la comisión del supuesto hecho punible.

Es decir, para los fines del presente informe debemos tener en cuenta el artículo 384° del CP que estuvo vigente en el año 2014.

Pero, antes de señalar lo que sanciona el artículo 384° vigente en el año 2014, consideramos que es pertinente mencionar lo siguiente:

El referido artículo desde que fue incorporado hasta la actualidad ha sufrido una serie de modificaciones, las mismas que podemos ver en la siguiente línea del tiempo:



14

- **Versión original:** Su versión inicial redactada en 1994 sancionaba con una pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 15 años al funcionario o servidor público que por razón de su cargo intervenga en cualquier contrato, licitación, subasta y que a la vez, defraudara al Estado, o a cualquier empresa del Estado o cualquier sociedad de economía mixta.
- **Primera modificación:** El 27 de diciembre de 1996, a través de la Ley N°26713, la versión original fue modificada. La única modificación que se

<sup>14</sup> Imagen creada por la autora.

hizo fue suprimir del grupo de agraviados a las empresas del Estado y a las sociedades de economía mixtas.

- **Segunda modificación:** El 10 de junio de 2011, a través de la Ley N°29703, la sanción para el funcionario público se modificó, aumentando la pena privativa de libertad, la cual pasó de un rango no menor de 3 años y no mayor de 15 años, a un nuevo rango no menor de 6 años y no mayor de 15 años. Pero ese no fue el único cambio; por primera vez, también se incluyó el verbo rector "concertación" en el texto.
- **Tercera modificación:** El 21 de julio de 2011, a través de la Ley N°29703, nuevamente el texto fue modificado. Esta tercera modificación si fue sustancial ya que con ella se estableció una distinción clara entre la colusión simple (párrafo uno) y la colusión agravada (párrafo dos).
- **Cuarta modificación:** El 26 de noviembre de 2013, a través de la Ley N°30111, el texto de nuevo fue modificado. Dicho texto, por ser materia de análisis del presente informe, será esbozado más adelante.
- **Quinta modificación:** El 22 de octubre de 2016, a través del Decreto Legislativo N°1243, el artículo fue nuevamente modificado. La modificación consistió en incluir como sanción adicional la inhabilitación de acuerdo con los parámetros regulados en el artículo 36 del CP, incisos 1, 2 y 8.
- **Versión actual:** Finalmente, el 28 de abril de 2021, a través de la Ley N°31178, el artículo modificado. Dicha modificación se basó en incorporar un párrafo más al artículo (tercer párrafo) y con ello incorporó supuestos agravados que anteriormente ya los hemos mencionado.

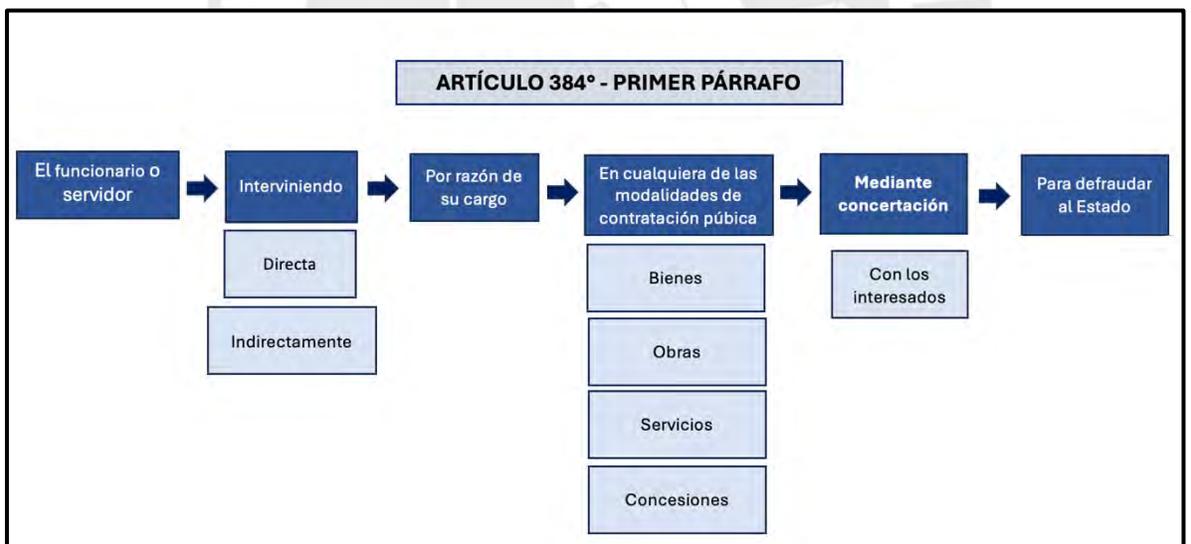
Una vez clara la evolución histórica del artículo y teniendo presente que para este informe debemos revisar exclusivamente la legislación penal vigente al momento en

que ocurrieron los hechos, procederemos a examinar el artículo 384° del Código Penal que estaba en vigor en el año 2014.

Comencemos por analizar lo que sancionaba el primer párrafo de dicho artículo. Para ser precisos, sancionaba el pacto colusorio que se diera entre el funcionario público y un tercero interesado en un proceso de contratación con el Estado con el objetivo de defraudar al Estado.

Ahora bien, seguramente se estarán preguntando: ¿cuál fue la pena que el legislador impuso a esta conducta en el año 2014? La pena que el legislador le impuso a este tipo de conducta es una pena privativa de la libertad no menor de 3 años ni mayor de 6 años y con 180 a 365 días-multa.

Para un mejor entendimiento, a continuación de manera gráfica procederemos a presentar la ley penal del artículo 384° del CP - primer párrafo.



15

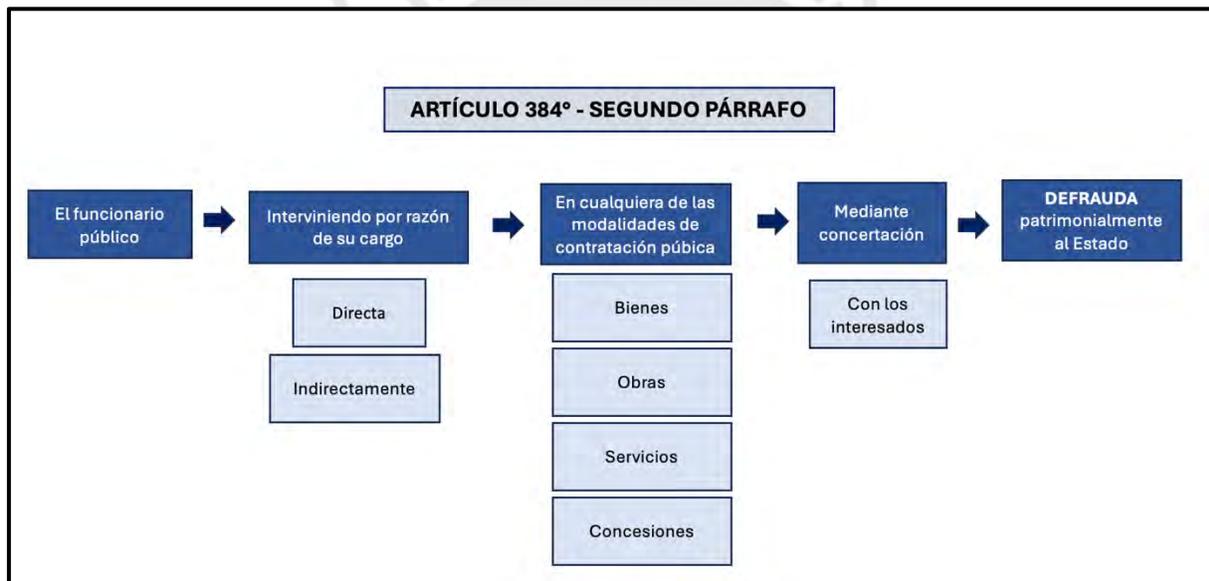
Ahora, continuemos analizando el segundo párrafo vigente al año 2014. Este segundo párrafo solicita, para su configuración, además del pacto colusorio entre el funcionario público y el tercero, la defraudación patrimonial que surja como

<sup>15</sup> Imagen creada por la autora.

consecuencia de dicho pacto. Evidentemente, la ejecución de dicho pacto tiene que ser en contra del Estado.

¿Cuál es la sanción penal que le impuso el legislador al funcionario público que cometiera este tipo penal? Evidentemente, al ser una conducta agravada el legislador sancionó esta conducta con una pena privativa de la libertad no menor de 6 años y no mayor de 15 años y con 365 días-multa a 730 días-multa.

Al igual que en el primer párrafo, para un mejor entendimiento, a continuación de manera gráfica procederemos a presentar la ley penal del artículo 384° del Código Penal - segundo párrafo.



16

Continuando con nuestro análisis, para determinar si la conducta de Luis Pesquiera Rubini puede ser sancionada bajo el segundo párrafo de artículo 384° del CP, debemos analizar si existe la concurrencia de los elementos del tipo penal: 1) funcionario público, 2) intervención por razón del cargo de forma directa o indirecta, 3) cualquier etapa de contratación con el Estado, 4) mediante concertación, 5) los interesados, 6) defraudar patrimonialmente al Estado.

<sup>16</sup> Imagen creada por la autora.

- **Elemento 1 - funcionario público:** En la sección donde se ubica la primera pregunta secundaria ya hemos analizado si es que Luis Peschiera Rubini es funcionario público y hemos llegado a la conclusión que desde la óptica del numeral 3 del artículo 425° del CP e incluso desde la postura de la doctrina, el abogado en mención, si es funcionario público. Por lo tanto, el análisis del primer elemento ya fue superado.
- **Elemento 2 - intervención por razón del cargo de forma directa o indirecta:** De acuerdo con el Dr. Yvan Montoya los funcionarios públicos llevan a cabo intervención directa cuando suscriben determinado contrato dentro del marco de un proceso de contratación o cuando forman parte del comité de selección; y, llevan a cabo la intervención indirecta cuando inciden en el proceso de contratación pero mediante opiniones o informes (2015, pp.138).

Siendo así, somos de la posición de que en el presente caso Luis Peschiera Rubini intervino de forma indirecta a razón del cargo<sup>17</sup> que tenía, que era la de asesora legalmente al comité de PROINVERSIÓN. Dicha intervención consistió en la elaboración del Informe Legal de fecha 28 de junio de 2014 mediante la cual concluyó que el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur quedará descalificado del proceso de contratación.

Sobre dicha intervención (elaboración del informe legal) además debemos señalar los siguientes puntos:

- i. Se llevó a cabo por una persona que no es experta en contrataciones con el Estado sino experto en el área de infraestructura, relaciones comunitarias, en proyectos energéticos y relacionados.
- ii. El abogado Luis Peschiera tenía conocimiento de que el Comité de PROINVERSIÓN le estaba consultando cual era la decisión que debería tomar, partiendo de ello, elaboró su informe. Siendo así, se puede señalar

---

<sup>17</sup> Según la RAE: Obligación de hacer o cumplir algo.

el comité le encargó la resolución de dicho conflicto al abogado Luis Peschiera Rubini y por lo tanto de él dependía la situación del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur.

En particular, nos consultan sobre la decisión que debiera tomar el Comité de PROINVERSION en Proyectos de Seguridad Energética – Pro Seguridad Energética (en adelante, el "Comité"), en el caso del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur (en adelante, el "Consorcio") a propósito de la carta de fecha 26 de junio de 2014 enviada por este último, mediante la cual comunica la variación en los porcentajes de participación de sus integrantes.

18

iii. El abogado Luis Peschiera señaló expresamente lo siguiente:

- En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la Carta N° 26-2014-PROINVERSION/CPSE de fecha 27 de junio de 2014 y que se proceda a la descalificación del Consorcio Gasoducto Peruano del Sur según lo previsto expresamente por el segundo párrafo del numeral 5.2.1.1. de las Bases que indica expresamente que "La falta de veracidad o insuficiencia en los datos o en la información presentada por el Postor en este Concurso que detecte el Comité, ocasionará que el Comité lo descalifique en cualquiera de sus etapas".

19

Sobre el argumento que utiliza el abogado "falta de veracidad en la información presentada" debemos señalar que entendemos a que se refiere a que el postor presentó dentro del proceso de contratación documentación ajena a la realidad o documentación alterada, incluso falsa; y que PROINVERSIÓN, en base al "principio de presunción de veracidad"<sup>20</sup>, confió en dicha información a pesar de ser ajena a la verdad.

El OSCE, en la Opinión N°093-2019/DTN de fecha 13 de mayo de 2019 nos dice el principio de presunción de veracidad implica que en todo proceso de

<sup>18</sup> Imagen extraída del Informe de fecha 28 de junio de 2014 elaborado por el abogado Luis Peschiera Rubini.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> El OSCE, en la Opinión N°093-2019/DTN, de fecha 13 de mayo de 2019, nos dice el principio de presunción de veracidad implica que en todo proceso de contratación con el Estado se debe presumir que los documentos y las declaraciones juradas presentadas por los postores corresponden a la verdad.

contratación con el Estado se debe presumir que los documentos y las declaraciones juradas presentadas por los postores corresponden a la verdad.

Siendo así, en el presente caso, de acuerdo con la opinión del abogado Luis Peschiera Rubini, el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, con la presentación del contenido del Sobre N°1 y con la Carta SN de fecha habrían infringido con faltar a la verdad. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la presentación de dicha documentación no quebranta la verdad, puesto el contenido de cada uno de estos documentos son reales, no falsos ni fraudulentos. Ello es así puesto que en el Sobre N°1 el Consorcio cumplió con declarar - conforme a la verdad - la conformación del consorcio y el porcentaje de conformación de los consorciados. Ello quiere decir que, no simuló la conformación del consorcio ni tampoco mintió respecto al porcentaje de participación de cada uno de sus consorciados. Además, en la Carta S/N de fecha 26 de junio de 2014, el Consorcio tampoco faltó a la verdad comunicando que el porcentaje de la participación de sus integrantes había variado. No faltó a la verdad puesto que dicha variación fue tal cual sucedió en la realidad, no fue falso.

Por lo tanto, se podría señalar que durante todo el proceso de contratación, el Consorcio Gasoducto si cumplió con presentar documentación de acorde con la verdad. Siendo así, la descalificación que determinó el abogado Luis Peschiera Rubini no resulta ser la consecuencia legalmente correspondiente.

- **Elemento 3 - cualquier etapa de contratación con el Estado:** Respecto de las etapas de contratación con el Estado, Elisa Zambrano señala son tres fases o etapas: fase de actos preparatorios, fase de selección, fase de ejecución contractual. En la primera se llevan a cabo todas las actuaciones tanto de planificación como de programación respecto del proceso. En la

segunda se desarrollan siete etapas que ayudan a determinar la relación que surgirá entre la Entidad y la persona natural o jurídica. En la última, se lleva cabo desde la suscripción del contrato hasta el pago de la prestación (2009, pp. 155).

Respecto a la contratación estatal, Jorge H. Álvarez y Betty Huarcaya, nos dice que las operaciones a las que se refiere este elemento son: contratos, empréstitos, concursos públicos, licitaciones públicas, concursos de precios, subastas, suministros, contrataciones de obra pública, concesión de uso de bienes públicos, concesiones de servicios público, convenios (2018, pp. 179-182).

En el presente caso, teniendo en cuenta que la conducta de Luis Peschiera se llevó a cabo después de la suscripción de los contratos N°042-2013-PROINVERSIÓN y N°07-2014-PROINVERSIÓN, podemos señalar que su conducta se llevó a cabo en la etapa de ejecución contractual.

- **Elemento 4 - mediante concertación:** Al respecto la Corte Suprema en la Sentencia de Casación N°1626-2018/ San Martín nos dice que concertar significa pactar o llegar a un acuerdo en donde necesariamente tienen que participar de dos o más personas. Es decir que para su configuración se requiere la bilateralidad. Ahora, dicha bilateralidad no significa que el pacto o la concertación requiera para su conformación que todos los participantes tomen contacto directo con su contraparte, sino basta con que las partes tengan conocimiento de la concertación y que se lleve a cabo su intervención en el pacto colusorio o concertación (pp.16).

Siendo así, en el presente caso, podemos señalar que la concertación si estuvo presente la bilateralidad, por una parte la empresa interesada que sería Odebrecht y por el otro lado todos los funcionarios públicos que

conocían e intervinieron de acuerdo con el pacto colusorio, entre ellos, Luis Peschiera Rubini.

- **Elemento 5 - los interesados:** Como ya lo hemos mencionado anteriormente, el tercero interesado es la empresa Odebrecht que buscaba beneficiarse con la contratación de la concesión del Proyecto Gasoducto del Sur.
- **Elemento 6 - defraudar patrimonialmente:** De acuerdo con Fidel Vargas, para que se lleve a cabo la conducta típica del delito de colusión agravada se tiene que producir una defraudación patrimonial, es decir, una defraudación que afecte los intereses económicos de la administración pública. En el presente caso, el Ministerio Público ha cumplido con señalar que existe dicha defraudación patrimonial en agravio del Estado.

Antes de terminar el presente apartado, también es necesario señalar que el delito de colusión es un delito doloso, es decir, que no admite culpa, y a efectos del presente informe, hemos considerado analizar el dolo de Luis Peschiera Rubini desde el enfoque “normativo cognitivo” que considera cinco criterios para determinar su existencia, estos criterios son: “conocimientos mínimos, transmisiones previas de conocimientos, exteriorización del propio conocimiento, características del sujeto y conocimiento especial” (Ramón Ragués 1999).

Siendo así, en el presente caso podemos señalar que existe la presencia del dolo puesto que Luis Peschiera cumple con los cinco criterios anteriormente propuestos: primero, cuenta con los conocimientos mínimos (la mayoría de edad, la profesión de abogado), también cuenta con las transmisiones previas de conocimiento (conoce respecto de la existencia de los delitos), además, también está presente en el abogado la exteriorización del propio conocimiento (Peschiera se presentó como abogado y firmó el informe como abogado y miembro del Estudio), asimismo, cuenta con las características del sujeto calificado (es abogado y por lo tanto tiene conocimiento de que conductas son punibles o no), finalmente, cuenta con

conocimiento espacial (Peschiera tenía conocimiento que su conducta se realizaba dentro de un proceso de contratación).

En conclusión, en el caso en contrato, en vista de que hemos determinado la concurrencia de los elementos objetivos del tipo penal regulado en el segundo párrafo de artículo 384° del CP con elemento subjetivo “dolo”, podemos señalar que la conducta de Luis Peschiera Rubini si puede ser subsumida en el tipo penal señalado.

**RESPUESTA A LA PREGUNTA PRINCIPAL N°1: ¿El abogado Luis Peschiera Rubini puede ser considerado autor del delito de colusión agravada en la fase de selección del Proceso de Contratación para el Proyecto Gasoducto Sur Peruano?**

En el presente caso para determinar si Luis Peschiera Rubini es autor del delito de colusión debemos de identificar cual es el bien jurídico<sup>21</sup> que protege el referido delito. Una vez claro ello, podremos analizar si el abogado en cuestión tuvo o no “dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro” (Shünemann<sup>22</sup> 2018 pp.81). En caso determinar que si lo tuvo, podremos afirmar que es autor del delito en mención.

De acuerdo con Ingrid Díaz, la doctrina de nuestro país ha determinado de forma unánime que el delito de colusión protege un BJ genérico y un BJ específico. Sobre el primero nos dice que sin duda es que el correcto funcionamiento de la Administración Pública<sup>23</sup> y el segundo varía de acuerdo con el concepto de cada autor (2016, pp.157). Por lo mismo, para Yvan Montoya, en base a lo que señala

---

<sup>21</sup> De acuerdo con Roxin, los BJ son las situaciones o fines establecidos en la sociedad que resultan ser necesarios y útiles para la persona y su libre desarrollo dentro del sistema social en sintonía con los fines del Estado (2007: 448)

<sup>22</sup> Destacado profesor alemán especialista en Derecho Penal.

<sup>23</sup> Según Chajan, el correcto funcionamiento de la función pública es “el buen o correcto funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad” (2017, pp.128).

Erick Guimaray, nos dice que el “bien jurídico específico del delito de colusión es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este” (2015, pp. 137).

Por su parte, Raúl Pariona nos dice que los BJ específicos son la legalidad y corrección durante el ejercicio de la función pública, la lealtad respecto de los intereses del Estado; y, la imparcialidad con la que deben actuar los funcionarios que se encuentran encargados de ejecutar los procesos de contratación del Estado (2022, pp.84).

Por otro lado, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°207-2019/Loreto nos dice que el delito regulado en el artículo 384° del Código Penal es un delito que tiene por objetivo proteger dos aspectos: a) el correcto funcionamiento de su actividad patrimonial, b) el mantenimiento de su neutralidad llevado cabo a través de la transparencia y publicidad de la contratación de las Entidades públicas (2019, pp.13).

Nosotros, por una parte concordamos con la doctrina mayoritaria respecto del BJ genérico. Mientras que sobre el BJ específico del delito de colusión consideramos que junto con el patrimonio<sup>24</sup> es “la imparcialidad en la actividad contractual del Estado” (Ingrid Díaz, 2016: 202).

Teniendo claro cuál BJ específico del delito de colusión, a continuación, analizaremos si es que Luis Peschiera Rubini tuvo dominio de este. Para determinar ello, debemos determinar dos puntos:

- **Punto N°1:** La posición del abogado Luis Peschiera Rubini dentro del proceso de contratación.

---

<sup>24</sup> Entendido como “la pérdida de la capacidad de disponer y asignar eficazmente el patrimonio del Estado” (Guimaray 2015, pp. 288)

- **Punto N°2:** Los instrumentos que poseía el abogado dentro del proceso de contratación.

Respecto del primer punto debemos señalar lo siguiente: como hemos visto líneas arriba, Luis Peschiera era abogado que venía asesorando a PROINVERSIÓN en la contratación pública que esta venía realizando, pero no solo ello, sino que era el abogado al cual PROINVERSIÓN le encargó resolver el futuro de Consorcio Gasoducto Peruano del sur dentro del concurso. Ello es así, puesto que tal y como lo hemos mencionado al momento de analizar el informe jurídico, PROINVERSIÓN le encargó directamente la decisión que debía a ejecutar respecto del referido consorcio después de que este presentó la carta de fecha 26 de junio de 2014 mediante la cual comunicó la variación en los porcentajes de participación de sus integrantes.

Siendo así, podemos señalar que la posición que tenía el abogado en el proceso de contratación era la de decidir el futuro del Consorcio Gasoducto Peruano del sur dentro del consorcio; y, desde dicha posición tenía acceso a vulnerar la imparcialidad en la actividad contractual del Estado y a la vez acceso a vulnerar el patrimonio entendido como “la pérdida de la capacidad de disponer y asignar eficazmente el patrimonio del Estado” (Guimaray 2015, pp. 288)

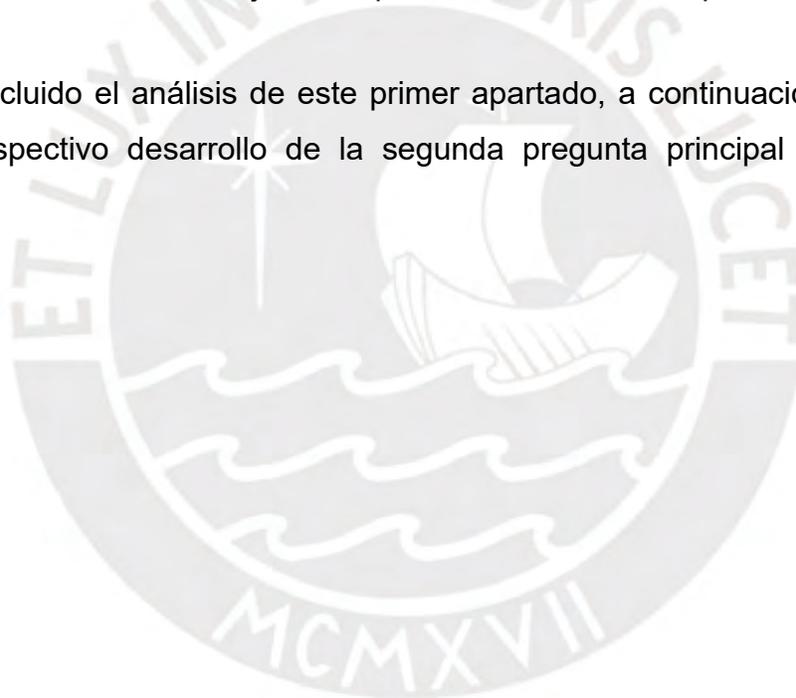
Sobre el segundo punto podemos señalar que los instrumentos que tenía el abogado dentro del proceso de contratación son dos: opiniones verbales, informes jurídicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos señalar que en el presente caso, el abogado Luis Peschiera Rubini tenía tanto a) la posición como b) los instrumentos para vulnerar el BJ específico: imparcialidad en la actividad contractual del Estado y el patrimonio.

Ahora solo falta determinar si el abogado en efecto vulneró dicho BJ. Nosotros somos de la posición que en efecto si lo hizo puesto que para su ejecución llevó a cabo un informe legal que no responde a los lineamientos legales establecidos en el informe, tal y como lo hemos señalado líneas arriba.

En consecuencia, señalamos que el abogado Luis Peschiera Rubini en efecto es autor del delito de colusión por haber vulnerado el BJ específico: la imparcialidad en la actividad contractual del Estado. Ello es así puesto que desde su posición tenía la oportunidad tanto de mantener como de vulnerar la imparcialidad en el proceso de contratación en cuestión. En el presente caso, lo que hizo el abogado fue vulnerarlo a través del informe jurídico que elaboró de manera parcializada.

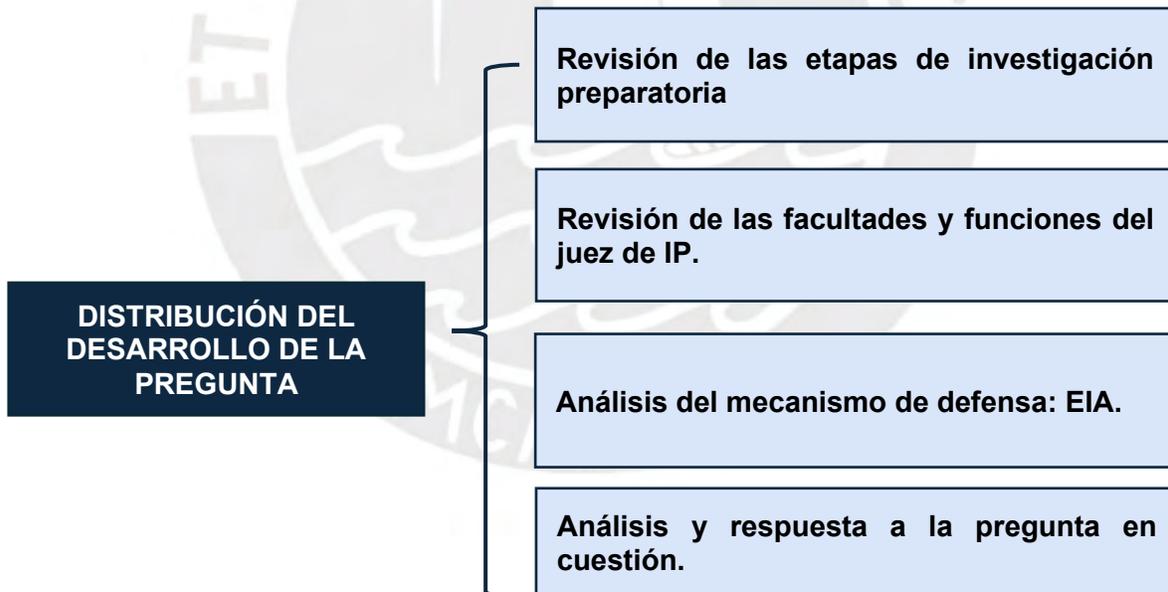
Una vez concluido el análisis de este primer apartado, a continuación, se llevará a cabo el respectivo desarrollo de la segunda pregunta principal del presente informe.



**PREGUNTA PRINCIPAL N°2: ¿Se declaró fundado correctamente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del abogado Luis Peschiera Rubini?**

Para responder la pregunta en cuestión, primero debemos responder las preguntas secundarias que son las siguientes: ¿El juez de investigación preparatoria debió valorar los elementos de convicción al momento de resolver la EIA deducida por la defensa técnica de Luis Peschiera Rubini? ¿La Corte Suprema hizo lo correcto al declarar “bien concedido” el recurso de casación que presentó la defensa técnica de Luis Peschiera Rubini? A continuación, cada una de las preguntas serán resultados.

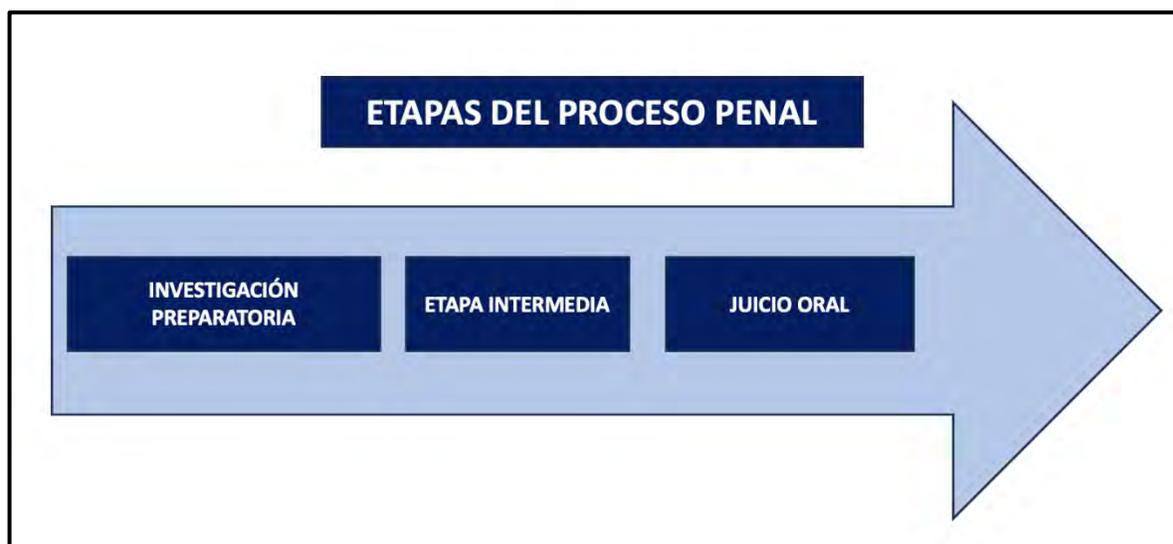
**PREGUNTA SECUNDARIA N°1: ¿El juez de investigación preparatoria debió valorar los elementos de convicción al momento de resolver la EIA deducida por la defensa técnica de Luis Peschiera Rubini?**



En el marco del sistema judicial, la valoración de los elementos de convicción desempeña un papel determinante respecto de la validez y viabilidad de un proceso penal. En este sentido, surge la interrogante sobre si corresponde al Juez de IP llevar a cabo dicha valoración al analizar la excepción de improcedencia de acción.

Para abordar esta cuestión, es necesario explorar tanto el rol del representante del Ministerio Público dentro de la etapa de IP, es decir, el rol del Fiscal, y el rol que el juez de IP debe poner en marcha cuando tenga que resolver un mecanismo de defensa como este, invocado por el imputado.

Sin embargo, antes de abordar este tema, es fundamental delinear las etapas del proceso penal para tener claro en qué momento el Juez de IP puede resolver una EIA.



25

De acuerdo con César San Martín, el proceso penal declarativo consta de cuatro etapas: La primera, la etapa de IP, que a su vez alberga dos subetapas: etapa de diligencias preliminares y la etapa de IP propiamente dicha. La segunda, la etapa intermedia. La tercera, la etapa de enjuiciamiento. Por último, la etapa impugnativa (2020, pp. 383). Sin embargo, somos de la posición de la doctrina mayoritaria que son tres las etapas del proceso penal.

La primera etapa, “etapa de investigación preparatoria”, según San Martín, es la etapa en la cual se llevan a cabo un conjunto de actuaciones con la finalidad de obtener todo el material necesario para que en la tercera etapa, es decir, en la etapa de juicio oral, sea juzgada. La etapa intermedia es la etapa en la cual se lleva a cabo

---

<sup>25</sup> Imagen creada por la autora.

el análisis de todo lo recaudado en la etapa de IP y se determina si es que determinado caso debe ser archivado o debe continuar a la siguiente etapa. La etapa de enjuiciamiento es aquella en la que el juez penal, luego de la actuación de las pruebas, determina la absolución o condena del procesado (2021, pp.383).

De acuerdo con la Sentencia de Casación N°02-2008, La Libertad; Sentencia de Casación N°144-2012/Áncash y la Sentencia de Casación N°599-2018, Lima, la etapa de diligencias preliminares en caso simples puede durar hasta 120 días, en casos complejos hasta 8 meses y en casos de crimen organizado hasta 36 meses. Mientras que la etapa de IP, según el artículo 342° del CP, puede durar en casos simples hasta 180 días, en investigaciones complejas hasta 36 meses y en investigaciones de organizaciones criminales hasta 72 meses.

En la etapa de IP - que para fines del presente informe es una de las etapas que nos interesa esbozar - según el artículo 321° del NCPP, el Fiscal tiene que reunir todos los elementos de convicción tanto de cargo como de descargo para definir si es que emite requerimiento acusatorio o requerimiento de sobreseimiento o tal vez, requerimiento mixto. Pero no solo ello, sino que, además, desde nuestro punto de vista, debe a llevar a cabo diversas acciones, tales como:

- Analizar si es que el hecho denunciado es relevante penalmente.
- Revisar si es que los hechos denunciados se subsumen al tipo penal. En caso de que no sea así, corregirlo.
- Ordenar que se lleven a cabo todos los actos de investigación necesarios para esclarecer los hechos materia de la denuncia dentro de los plazos establecidos por la Ley y por la jurisprudencia vinculantes.

De las acciones anteriormente mencionadas, consideramos que la más importante es la segunda: la correcta subsunción del tipo penal: “adecuación del supuesto de

hecho a la norma jurídica” (Marcial Rubio 1995, pp. 66) o en palabras de la Corte Suprema: “el proceso de adecuación de los hechos a la descripción legal contenida en la norma es el llamado juicio de subsunción o de tipicidad” (Sentencia de Casación N°1373-2021 Huancavelica).

Ello es así puesto que en caso de no llevarse a cabo de manera correcta, el sentido de la investigación podría resultar por caminos equivocados. Además, dicho error también podría ser utilizado por la defensa del imputado con la presentación de una EIA.

Pero ¿qué es una EIA? Según el literal b) del artículo 6 del NCPP y según la Sentencia de Casación N°581-2015/Piura, la EIA es un medio técnico de defensa que el imputado puede deducir dentro del proceso penal para cuestionar la imputación que el MP. Procederá cuando el hecho que viene siendo investigado por el Fiscal no es delito o el mismo no puede ser justiciable penalmente. Es decir, procederá: i) si luego del análisis de los hechos la conducta investigada no calza en el injusto penal (tipicidad y antijuricidad), o ii) si luego del respectivo análisis nos damos cuenta de que la conducta no es punible. Es decir, calza dentro de una de las causas de exculpación (Casación N°1373-2021, pp. 9).

Cabe mencionar que evidentemente la EIA no es la única excepción que prevé el código ya que también considera la de naturaleza de juicio, de cosa juzgada, de amnistía y la prescripción.

De acuerdo con César San Martín Castro, cada una de estas excepciones son:

<b>TIPOS DE EXCEPCIONES</b>			
<b>De naturaleza de juicio</b>	<b>De amnistía</b>	<b>De cosa juzgada</b>	<b>De prescripción</b>
Es un remedio procesal, que no	Es un mecanismo que se puede	Es una causal de extinción de	Es un mecanismo que genera el

<p>cuestiona la imputación penal, como lo hace la EIA, y se deduce cuando se pretende regularizar el procedimiento.</p>	<p>deducir para impedir la persecución. De ello podría resultar el olvido de las infracciones penales o la terminación de un proceso.</p>	<p>extinción penal que tras su deducción impide su persecución. Para su aplicación se requiere la concurrencia de dos elementos: a) unidad del hecho punible, b) unidad del imputado.</p>	<p>cese de la acción penal y de la pena. Además, es una figura que opera en contra del Estado puesto que le impide procesar al imputado por el transcurso del excesivo del tiempo.</p>
---	---	---	--

Pero, siendo la EIA el mecanismo de defensa técnica que nos interesa desarrollar en el presente informe, ahondaremos en la explicación únicamente de dicho mecanismo.

De acuerdo con el artículo 350° del NCPP Penal, dentro del plazo de 10 días hábiles contados a partir de la notificación de la acusación, el imputado puede deducir la EIA. Pero, este no es el único momento en el que puede hacerlo. De hecho, el imputado puede deducir este medio técnico de defensa dentro de la etapa de IP.

Según el profesor Bramont-Arias Torres, la EIA es un mecanismo que formularse cuando exista la ausencia del tipo objetivo o subjetivo que exige el elemento de la teoría del delito denominado tipicidad (1994, pp.150) mientras que para Gonzalo del Río, la EIA es un mecanismo de defensa técnico en el cual no se pueden ofrecer pruebas, elementos de convicción recaudados por el Ministerio Público y mucho menos valorarlas (2021, pp.180).

Teniendo claro lo anterior, no cabe duda de que la EIA es un mecanismo que puede ser deducido por los abogados del imputado en la etapa de IP y en la etapa

intermedia para cuestionar si es que la imputación realizada por el MP es correcta o no.

Ahora, una vez que el imputado deduce la EIA, le toca al Juez de IP atenderla. Siendo así, ¿cuál es el análisis que debe hacer el Juez de Investigación Preparatoria cuando tenga que resolver esta incidencia?

Según los jueces de la Corte Suprema para resolver esta incidencia el Juez de IP debe analizar si es que los hechos que el fiscal ha incorporado para formular su imputación constituyen delito o si son justiciables penalmente, pero lo que no debe hacer es realizar un juicio de responsabilidad (Sentencia de Casación N°407-2015/Tacna).

De lo mencionado por los jueces de la Corte Suprema nos queda claro de que no existe la posibilidad de que el juez IP - al momento de resolver el incidente - pueda realizar un juicio de responsabilidad o valorar el material de la investigación, toda vez que lo único que debe realizar es la evaluación de los hechos descritos por el fiscal. Ahora, cabe la pena señalar que en virtud del artículo 8° del NCPP<sup>26</sup>, el Juez de IP también podría cotejar la imputación plasmada en la disposición de formalización con los elementos de convicción que lo acompaña, pero reiterando que en ningún caso podría hacer la valoración de este ya que ello le correspondería a un juez penal en la etapa de enjuiciamiento.

Teniendo claro ello, finalmente analizaremos si en el presente caso el Juez de IP, al momento de analizar la EIA deducida por la defensa técnica de Luis Peschiera valoró o no los elementos de convicción.

---

<sup>26</sup> **Artículo 8 del NCPP.** - Las excepciones que se deduzcan durante la investigación preparatoria serán planteados mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de Investigación Preparatoria que recibió la comunicación señala en el artículo 3°, adjuntando de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan.

El 2° Juzgado de IP, el 30 de marzo de 2021, declaró **INFUNDADA** la EIA deducida por los abogados del investigado Luis Peschiera Rubini. Pero ¿por qué su falló fue en ese sentido?

Fue en ese sentido porque el Juez de IP del 2° Juzgado de IP para resolver la EIA, realizó lo siguiente: Primero, revisó si Luis Peschiera Rubini podía ser considerado funcionario público. Segundo, examinó si es que la conducta de Luis Peschiera Rubini (descrita en la imputación) formaba parte del pacto colusorio que consistía en lograr la descalificación del consorcio competidor de la empresa Odebrecht. Tercero, verificó si es que el Ministerio Público había cumplido con señalar la existencia del perjuicio patrimonial que exige el segundo párrafo del artículo 384° del CP. Luego, llevó a cabo el análisis integral de los tres puntos y llegó a la conclusión de que la conducta de Luis Peschiera Rubini si se subsumía en el tipo penal señalado por el Ministerio Público en la imputación: colusión agravada.

Por nuestra parte debemos señalar que la conclusión a la que llega el JIP- después de analizar cada parte del tipo penal en el caso en concreto - es correcta. Decimos ello ya que i) no valoró elementos de convicción, y ii) únicamente se limitó a revisar, examinar y verificar si es que la imputación en contra de LPR contenida en la Disposición de Investigación Preparatoria se subsume en el tipo penal invocado por el Ministerio Público: colusión agravada. Pero, también debemos señalar que hizo mal en no señalar si es que la EIA no procedía porque existía un delito o porque no estábamos frente a una exclusión de punibilidad. Consideramos que es un punto que también debió señalar.

En conclusión, como es evidente, somos de la posición de que el Juez IP hizo bien en no valorar los elementos de convicción al momento de resolver la EIA deducida por la defensa técnica de Luis Peschiera Rubini.

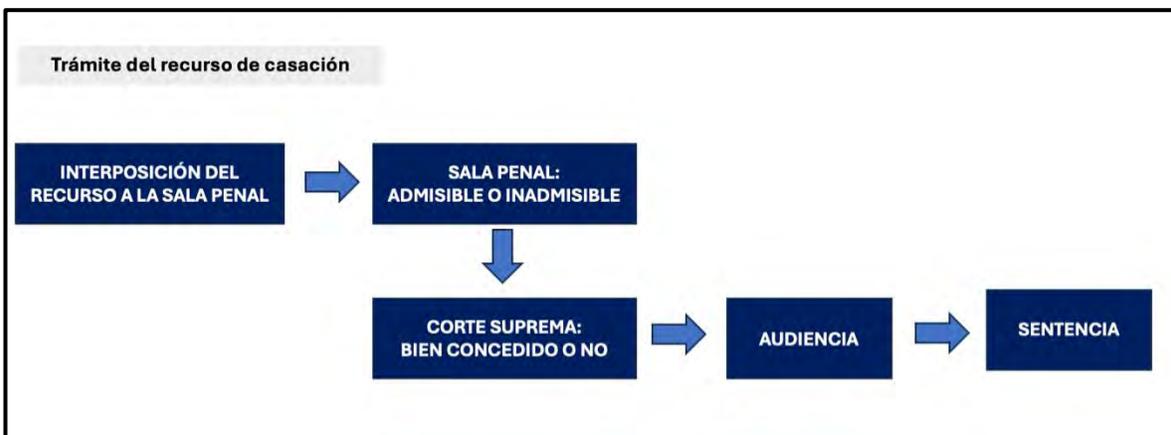
**PREGUNTA SECUNDARIA N°2: ¿La Corte Suprema hizo lo correcto al declarar “bien concedido” el recurso de casación que presentó Luis Pesquiera Rubini?**



Para responder la pregunta primero debemos tener en claro que el recurso de casación es el medio impugnatorio extraordinario que podrá producir el efecto i) devolutivo o ii) extensivo (San Martín 2021,1008). Pero no solo ello, sino que también es el medio impugnatorio limitativo que única y exclusivamente puede resolver la Corte Suprema y que solamente se impone en contra de resoluciones determinadas por la ley y también bajo los motivos preestablecidos por la misma (Jesús Neyra 2015, pp.619 -621).

Ahora, el artículo 427° del NCPP nos dice los supuestos en los cuales procede el recurso de casación mientras que el artículo 429° del mismo cuerpo legal nos señala las causales por las cuales podríamos interponer el recurso en cuestión.

Teniendo claro tanto el supuesto de procedencia de casación y las causales de este, a continuación, esbozaremos el trámite que sigue. Para ello, el gráfico mostrado a continuación nos será útil.



27

Como podemos ver, el primer momento del trámite se lleva a cabo cuando el recurrente interpone el recurso ante la Sala Penal, evidentemente cumpliendo con los requisitos establecidos en los artículos 427° y 429° del NCPP. Posteriormente, la Sala Penal que recibió el recurso recibe revisa si el mismo es admisible o si no lo es. “Solo será inadmisibles en el caso que el recurso sea interpuesto por sujeto no legitimado, cuando se interpone fuera de plazo, cuando no es interpuesto por escrito u oralmente en los casos en que la ley permite, cuando se fundamenta conforme a la ley o cuando no está amparada en ninguna de las causales del artículo 429° del NCPP” (Neyra 2015, pp.632). Una vez superada esta etapa, la Sala elevará el expediente a la Corte Suprema para que en el plazo de 20 días determine dos puntos, el primero, si el recurso fue bien concedido; y, segundo, si procede conocer el fondo de este. Luego, después de 10 días, se señalará fecha y hora para la audiencia de casación para que después de ello, finalmente en el plazo de 20 días, se emita la respectiva sentencia.

Entonces, teniendo claro todo lo anterior, a continuación, procederemos a analizar si es que la Corte Suprema hizo bien en declarar “bien concedido” el recurso de interpuesto por los abogados de Luis Peschiera Rubini.

Para llegar a ese punto de análisis primero debemos dejar en claro los siguientes puntos: a) la defensa técnica cumplió con interponer el recurso ante la Sala Penal

<sup>27</sup> Imagen creada por la autora.

de Apelaciones, b) también cumplió con presentarlo dentro del plazo de la ley (10 días) e invocando las causales correspondientes.

Continuando con nuestro análisis, ahora si nos corresponde analizar si la Corte Suprema hizo bien en declarar “bien concedido” el recurso en cuestión. Dicho análisis gira en torno al artículo 430.6 del NCPP, el cual a su vez nos dirige al artículo 428 del mismo cuerpo legal.

Para empezar, lo que debe hacer la Corte Suprema es revisar si estamos frente a una casación ordinaria, regulada en los numerales 1 - 3 del artículo 427° del NCPP o si estamos frente a una casación extraordinaria, numeral 4 del mismo artículo. En el caso en cuestión, la Corte realizó dicho análisis y llegó a la conclusión de que la defensa del investigado interpuso una casación excepcional y determinó ello era correcto.

Al respecto, debemos señalar que nosotros también nos encontramos de acuerdo con ello puesto que el auto mediante la cual se confirmó la resolución que declaró fundada la EIA interpuesta por la defensa del investigado no es a) una sentencia definitiva, b) no es un auto que pone fin al procedimiento, c) tampoco es un auto que extingue la acción penal y d) la pena mínima del delito de colusión no supera los 6 años; y, por lo tanto, el recurso no se podría interponer vía ordinaria.

Una vez superado dicho punto, la Corte Suprema debe revisar las causales que invocó el recurrente. En este caso la defensa invocó el artículo 429.1 del NCPP<sup>28</sup> porque considera que existe una inobservancia a la garantía de legalidad (investigación de hecho atípico).

---

<sup>28</sup> Artículo 429.- Son causales para interponer recurso de casación:  
1.Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

Ahora, no solo deberá verificar ello, sino que además deberá verificar, por haber invocado el artículo 427.4 del NCPP, las razones por las cuales justifica el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, ello en base al artículo 430.3 del mismo cuerpo legal. En el presente caso, efectivamente ello se ha cumplido, ya que la defensa señaló que considera que la Corte debe desarrollar una posición sobre lo siguiente: la determinación de si una persona a la que se le imputa haber cometido una opinión jurídica ha ejercido el poder de decisión que se requiere para ser autor del delito de colusión importa un análisis jurídico que no requiere de cuestiones probatorias.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declaró bien concedido el recurso, pero no solo ello, sino que además, haciendo su uso de su discrecionalidad, para la emisión de su decisión de fondo determinó incorporar una causal adicional, la causal regulada en el artículo 429.5 del NCPP<sup>29</sup>. A nuestro parecer, dicha inclusión se llevó a cabo a fin de remarcar la posición que ya había establecido previamente en la Sentencia de Casación N°526-2022 en la cual concluyó que un abogado cuando emite informes legales está ejerciendo su rol de abogado.

En conclusión, somos de la posición de que la Corte Suprema hizo bien en declarar “bien concedido” el recurso interpuesto por los abogados del investigado Luis Peschiera ya que para ello analizó los requisitos previstos en los artículos 427°, 428° y 429° del NCPP, los cuales son necesarios para determinar la continuación del recurso.

**PREGUNTA PRINCIPAL N°2: ¿Se declaró fundado correctamente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del abogado Luis Peschiera Rubini?**

Para determinar si es que el Corte Suprema declaró fundado correctamente el medio de defensa técnico debemos analizar si en efecto existe una inobservancia a la garantía de legalidad (casual 429.1 del NCPP).

---

<sup>29</sup> Artículo 425°. - Son casuales para interponer recurso de casación:

5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional.

Desde el punto de vista de la Corte Suprema, en efecto se llevó a cabo dicha inobservancia puesto que a) ninguno de los integrantes del Estudio se integró al organigrama de PROINVERSIÓN, b) la opinión del investigado no está sujeta a un deber especial, c) la ley no concibe a los asesores legales externos como funcionarios públicos, d) el abogado al emitir un su informe legal llevó a cabo una conducta neutral y no un delito.

Desde nuestra posición consideramos que el análisis sobre la tipicidad del hecho no es compatible con nuestra posición la cual es la siguiente: a) la integración del abogado al organigrama de PROINVERSIÓN no es requisito establecido por el artículo 425° del CP para ser considerado funcionario público, b) la opinión del abogado está sujeta a no vulnerar la imparcialidad de la contratación pública, c) el numeral 3 del artículo 425° si concibe a los asesores legales externos como funcionarios públicos, d) el abogado al emitir un informe legal parcializado no está llevando a cabo una conducta neutral.

En conclusión, somos de la posición de que si bien es cierto el trámite para la aceptación del recurso se llevó conforme a derecho, el análisis de fondo no es compatible con nuestra posición ya que desde nuestro punto de vista la conducta del investigado no es atípica y por lo tanto no se manifiesta inobservancia a la garantía de legalidad

## **VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Las conclusiones a las que hemos llegado a través del presente informe son las siguientes:

### **Conclusiones principales:**

El abogado Luis Peschiera Rubini es autor del delito de colusión agravada puesto que su conducta se adecua a dicho tipo penal regulado en el artículo 384° del Código Penal. Ello es así puesto que a) es “funcionario público” en base al numeral

3 del artículo 425° del Código Penal e incluso en base a la doctrina y jurisprudencia, b) intervino por razón del cargo de forma indirecta, c) su conducta se llevó a cabo dentro de un proceso de ejecución contractual, d) la ejecución de su concertación se dio con conocimiento del investigado, e) con su conducta tuvo acceso para vulnerar la imparcialidad de la administración pública y el patrimonio.

No se declaró fundado correctamente el medio de defensa técnico del abogado puesto que tras la revisión del análisis de fondo podemos señalar que la conducta del investigado no es atípica sino por el contrario típica.

### **Conclusiones secundarias:**

Debemos tener presente que el artículo 425° del CP no es un artículo numerus clausus, es decir, no es una lista cerrada. Por lo mismo, para determinar quiénes son funcionarios públicos en cada caso en particular, no basta con la revisión de dicho artículo legal, sino que corresponde la revisión de los elementos que propone la doctrina que ha identificado de las convenciones internacionales a las cuales el Perú se encuentra sujeto en base al artículo 55° de la Constitución Política del Perú.

Para determinar la autoría y participación en los delitos en contra de administración pública podemos recurrir a la teoría que nos propone el profesor Shüneman a la cual ha denominado “dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro” la cual tiene analizada si la persona materia de investigación tenía o no la posición para vulnerar el bien jurídico previamente establecido e identificado.

### **Recomendación:**

A modo de recomendación, consideramos que el derecho penal debe adaptarse a las nuevas propuestas que tienen como objetivo luchar en contra de la impunidad de las conductas de los miembros de nuestra sociedad. En caso de no hacerlo, estaría contribuyendo con la impunidad de sus acciones.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Normativa:

- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
- Convención Interamericana Contra la Corrupción
- Constitución Política del Perú
- Código Penal
- Nuevo Código Procesal Penal
- Ley del Servicio Civil

### 2. Jurisprudencia:

- Casación N°525-2022/Nacional
- Casación N°442-2017/Ica
- Casación N°634-2015/Lima
- Casación N°1626-2018/San Martín
- Casación N°02-2008/La Libertad
- Casación N°144-2012/Áncash
- Casación N°599-2018/Lima
- Casación N°1373-2021/Huancavelica
- Casación N°581-2015/Piura
- Casación N°407-2015/Tacna

### 3. Doctrina

Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores.

Adela, A (1997). *Delitos contra la Administración pública*. Instituto Vasco.

Benavente, H. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Gaceta Jurídica.

Bramont, L. (1994). *Excepción de naturaleza de acción*. Revista Peruana de Ciencia Penales.

Del Río, L. (2021). *Teoría de Derecho Procesal Penal*. La etapa intermedia. Instituto Pacífico.

Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Universidad de Salamanca.

Guimaray Mori, E., & Rodríguez Vásquez, J. (2015). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los alcaldes y los Presidentes regionales, (286-296).

Hugo, J. & Huarcaya, B. (2018). Delitos Contra La Administración Pública. Gaceta Jurídica, (pp. 179-182)

Meini, I. (2021). Función Pública y funcionario Público en derecho penal. Repositorio Institucional de la PUCP, (pp. 147-164).

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima. IDEHPUCP

Ragués I Vallés, Ramón. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

Neyra, J. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Moreno S.A.

Pariona, R. (2022). Los delitos contra la administración pública.

Rojas, F. (2016) Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Lima: Nomos & Thesis, (pp. 90-96).

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico – Introducción al derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

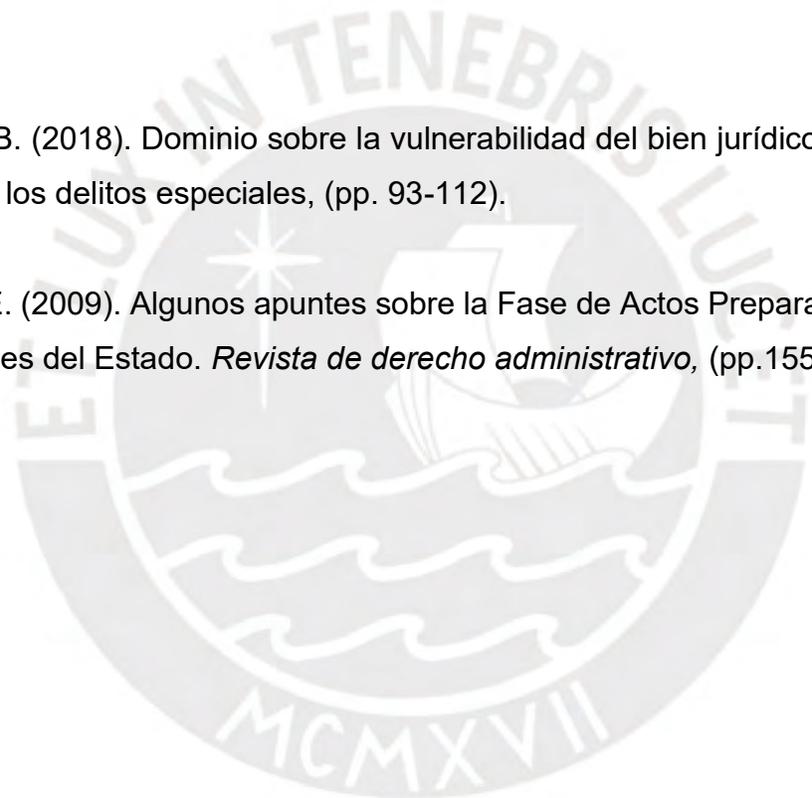
Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Justicia.

San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Sayagués, E. (1974). *Tratado de Derecho Administrativo*. 4° edición. Montevideo, (pp. 300).

Shüneman, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales, (pp. 93-112).

Zambrano, E. (2009). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. *Revista de derecho administrativo*, (pp.155-173).





# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

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

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

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

### –SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, seis de octubre de dos mil veintitrés

**VISTOS;** en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por el encausado LUIS ARNALDO NAPOLEÓN PESCHIERA RUBINI contra el auto de vista de fojas sesenta y ocho, de seis de agosto de dos mil veintiuno, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veinte, de treinta de marzo de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al



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

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

## FUNDAMENTOS DE HECHO

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

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

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

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

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



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

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

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



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

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



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

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



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

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

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

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

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

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

**SEXTO.** Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia privada de lectura de la sentencia el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material**, estriba en determinar si los hechos imputados, desde la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, constituyen delito de colusión desleal. Esto es, si se cumplen los elementos del tipo delictivo previsto y sancionado por el artículo 384 del CP,



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

## DECISIÓN

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



**RECURSO CASACIÓN N.º 525-2022/NACIONAL**

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

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

LUJAN TUPÉZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

PEÑA FARFÁN

CSMC/YLPR

