

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA R

SALA PENAL PERMANENTE

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

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

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

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, diecisiete de febrero de dos mil veintitrés

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

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

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DECISIÓN

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



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

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TUPÉZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CSMC/AMON



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN
LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: CARBAJAL CHAVEZ NORMA BEATRIZ / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 20/02/2023 21:44:03 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA CARBAJAL CHÁVEZ ES COMO SIGUE:

Lima, diecisiete de febrero de dos mil veintitrés

Con el respeto que me merece la resolución en mayoría, me permito discrepar de la misma por los siguientes fundamentos:

Primero. La defensa del casacionista Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez invocó como motivos de casación los de quebrantamiento de precepto constitucional, infracción de precepto material y apartamiento de la doctrina jurisprudencial, conforme con el artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del Código Procesal Penal —en adelante, CPP—.

Al respecto, indicó que el ejercicio de la profesión de abogado es un acto neutro que no supera los límites del riesgo permitido y que puede ser analizado mediante una excepción de improcedencia de acción, pues la opinión que emitió en el informe legal no es vinculante ni es un aporte idóneo para la configuración del pacto colusorio (véase fundamento tercero de los fundamentos de hecho del voto en mayoría).

Segundo. Según el auto de calificación de casación, el recurso interpuesto por el casacionista ha sido subsumido en las causales previstas en los incisos 1 y 3 de artículo 429 del CPP, habiéndose precisado que en sede suprema el asunto importa definir los alcances de la excepción de improcedencia de acción en función a la imputación objetiva respecto del rol de un abogado, de un consultor jurídico y su correlación con los hechos atribuidos, pues más allá de que constituye línea jurisprudencial pacífica que, específicamente, respecto de la excepción de improcedencia de acción, debe respetarse acabadamente el relato acusatorio: los hechos propuestos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema SALAS CAMPOS PILAR ROXANA / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 23/02/2023 14:20:59 Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

la acusación fiscal (véase fundamento cuarto de los fundamentos de hecho del voto en mayoría).

Tercero. La resolución del caso en examen importa tener en cuenta lo dispuesto en la norma procesal, la jurisprudencia y la doctrina que a continuación se enuncia:

- A)** La excepción de improcedencia de acción tiene su soporte legal en el literal b del inciso 1 del artículo 6 del CPP, norma adjetiva que regula las causales de procedencia: **(i)** “El hecho no constituye delito”; **(ii)** “El hecho no es justificable penalmente”. El primero abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria —son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena¹—.
- B)** En lo relativo a *la excepción de improcedencia de acción*, la Casación n.º 407-2015/Tacna, expedida por esta Sala Suprema, señaló en lo que al caso importa que:

[...] QUINTO. Que, ahora bien, es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad —tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, p. 284.

realidad- [Recurso de Nulidad número 628-2013/Cusco del cuatro de octubre de dos mil trece]

Cuarto. Según la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria del veintidós de junio de dos mil veinte, al encausado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, en su calidad de abogado del Estudio Monroy Abogados, se le imputa ser cómplice primario del delito contra la administración pública en la modalidad de colusión agravada, al haber defraudado al Estado concertándose con representantes de la empresa Odebrecht y asociadas, así como con funcionarios públicos para favorecerla en el proceso de la concesión del proyecto corredor vial interoceánica Perú-Brasil, IIRSA-SU, tramo 2 y tramo 3, lo que ocasionó perjuicio patrimonial al Estado. En específico, a través de los siguientes hechos:

- 4.1.** Emitió el informe legal del cuatro de agosto de dos mil cinco que permitió que el consorciado Consorcio URCOS-INAMBARI y Consorcio Inambari-Inapari firmen el contrato de concesión por el tramo 2 y 3 del Proyecto corredor Vial Sur, Perú-Brasil. Este informe elaborado por el investigado Monroy Gálvez sustentó la opinión de su coinvestigado Velarde Zapater, así como la opinión a la que arribó el comité de PROINVERSIÓN en infraestructura y de servicios públicos, y la opinión del consejo directivo de PROINVERSIÓN, ya que señaló que el oficio de contraloría era inocuo respecto a la regularidad del concurso llevado a cabo por Proinversión, debido a que se refería a sujetos distintos de los que conformaron los consorcios que se adjudicaron la buena pro.
- 4.2.** Emitió tres informes legales el veintitrés de agosto, el ocho y el doce de septiembre de dos mil cinco, lo cual imposibilitó un control posterior a los consorciados URCOS-INAMBARI y Consorcio INAMBARI-IÑAPI, a los cuales se les adjudicó el tramo 2 y 3 del

Proyecto corredor vial sur, Perú-Brasil, respectivamente. En estos informes, indicó sobre los procesos judiciales que tenían las empresas que formaron parte de las concesionarias a quienes se les adjudicó la buena pro de los tramos 2 y 3 del Consorcio corredor vial interoceánico Sur Perú Brasil, en cuyas conclusiones ratificó lo señalado en su primer informe legal ya citado, así también absolvió consultas realizadas por PROINVERSIÓN en sentido favorable respecto de la suscripción de los contratos de concesión, con lo que se habría materializado el pacto colusorio.

Quinto. Es importante, al caso, resaltar el contexto en el que se emiten estos informes, pues permitieron levantar la suspensión del contrato que se había dado como consecuencia del Oficio n.º 262-2005-CG/VC, en la que la Contraloría General de la República hace de conocimiento que las empresas postoras a quienes se les había adjudicado los tramos 2, 3 y 4 del Proyecto corredor Vial Interoceánico sur, Perú-Brasil tenían procesos judiciales con el Estado, lo que contravenía el Texto Único Ordenado de las Bases de Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de las obras y el mantenimiento de los tramos viales del Proyecto corredor vial interoceánico sur, Perú-Brasil, aprobado en el mes de enero de dos mil cinco.

La fiscalía resaltó que cuando el imputado aseveró la nula identidad entre las empresas demandadas por la Contraloría y los integrantes de los consorciados a los que se les adjudicó la buena pro refirió que no había identidad debido a que del oficio y anexo alcanzado por la Contraloría y las declaraciones juradas presentadas por el concesionario Interoceánica Urcos-Inambari y por el consorcio Interoceánica Inambari-Iñapi era posible que la Contraloría General de la República hubiera hecho alusión a una empresa distinta de la que a través de los consorcios participó en el concurso. Además, el Ministerio

Público remarcó que esto se dio en circunstancias inusuales, pues fueron solicitados y elaborados en menos de dos horas sin realizar un análisis de la documentación presentada por la Contraloría.

Finalmente, sobre la base de estos informes, el comité y el consejo ejecutivo de PROINVERSIÓN señalaron que no se encontraban impedidos para contratar con el Estado, por lo que levantaron la suspensión de las firmas de los contratos y se habría materializado el pacto colusorio.

Sexto. En este orden de ideas, se tiene que de la sola descripción de los hechos propuestos por el Ministerio Público no es posible concluir en la atipicidad de la conducta o en la actuación neutral del casacionista, pues es relevante además del extremo objetivo de la conducta, es decir, la realización de los informes jurídicos; así, se debe evaluar los elementos subjetivos del tipo penal para establecer si la conducta del casacionista incrementó el riesgo social permitido, ello en atención a aspectos expuestos en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria respecto a la inusual celeridad en el informe y la eventual falta de sustento jurídico del mismo, lo que deberá ser objeto de evaluación en el momento procesal oportuno.

Séptimo. La imputación del Ministerio Público hace referencia a una actuación que excedería la conducta neutral propia de la función de un abogado, pues se le atribuye no actuar conforme a criterios técnicos, sino aportar en un plan para defraudar al Estado en calidad de cómplice primario; no sería necesario que se acredite su participación en todo el *iter criminis* colusorio, pues su aporte, según plantea la Fiscalía, es la elaboración de los informes jurídicos cuyo contenido no sería inocuo en cuanto se dirigió a contrarrestar el mérito

del informe de la Contraloría mediante el cual se suspendía la materialización del pacto colusorio.

Octavo. Por tanto, considero que, en la línea jurisprudencial fijada por la Casación n.º 407-2015, una incidencia como la que es materia de autos debería ser analizada a partir de la imputación formalizada por el Ministerio Público, dado que el tomado en cuenta no es el escenario procesal idóneo que permita determinar la inocuidad o falta de esta en la conducta del procesado. En suma, sobre el particular, con la información incipiente con la que se cuenta, podría especularse sobre una posición u otra, por lo que se requiere, como en no pocos casos, recurrir a la prueba por indicios, como acontece con la prueba del dolo; por tanto, la determinación de este aspecto de la imputación, es decir, si el casacionista habría actuado dentro de los límites de la adecuación social, requieren, a criterio de quien emite el voto, un ámbito de valoración probatorio posterior; en efecto, el caso no puede ser dilucidado en el marco de una excepción de improcedencia de acción, por lo que considero que debe declararse **infundada la casación** planteada por el procesado Juan Federico Doroteo Monroy.

S. S.

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/FL