



FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**LAS PRESUNTAS CONDUCTAS NEUTRALES Y EL
FORZAMIENTO DE LA EXCEPCIÓN DE
IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN PROCESOS
COMPLEJOS**

**PRESENTADA POR
DENNIER VILLANUEVA DOMINGUEZ**

**ASESOR
JORGE WAYNER CHAVEZ COTRINA**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ
2022**



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**LAS PRESUNTAS CONDUCTAS NEUTRALES Y EL FORZAMIENTO
DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN
PROCESOS COMPLEJOS**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

PRESENTADA POR:

DENNIER VILLANUEVA DOMINGUEZ

ASESOR:

MG. JORGE WAYNER CHAVEZ COTRINA

LIMA, PERÚ

2022

DEDICATORIA

A los nadie...y a los sin voz...

AGRADECIMIENTO

Al Dios Misericordioso, porque cuando me dijeron que “*no soy nadie*”, Él me dijo que “*soy fuerte*” y que “*todo lo puedo*”. Asimismo, a mis padres, familiares, colegas y amigos.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE DE CONTENIDO	iv
ÍNDICE DE GRÁFICOS	vii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	15
1.1. Antecedentes de la investigación	15
Nacional.....	15
Internacional	17
1.2. Bases teóricas.....	18
1.2.1. La imputación objetiva: antecedentes y actualidad.....	18
1.2.2. La imputación objetiva de la conducta	19
1.2.2.1. Prohibición de regreso	19
1.2.2.2. Teorías.....	20
1.2.2.3. Críticas a las teorías subjetivas y mixtas (mixtas objetivas y mixtas subjetivas).....	31
1.2.3. Las conductas neutrales	31
1.2.3.1. Puntos concretos de referencia	35
1.2.3.2. Existencia de una resolución de comisión del hecho delictivo	35
1.2.3.3. Uso y/o entrega de objetos peligrosos que puede servir solamente para cometer delitos	36
1.2.3.4. Proximidad al hecho ilícito del tercero	36
1.2.3.5. Cooperación manipulativa o clandestina	37
1.2.3.6. El ejercicio de la libertad condicionadas con chantajes	37
1.2.3.7. La comunicación de informaciones verdaderas	37
1.2.3.8. Entrega de objetos o instrumentos (para el delito) y, actos favorecedores (a los autores).....	38
1.2.3.9. La ponderación	39

1.2.3.10. La idoneidad de las acciones neutrales (eficacia en la contribución)...	39
1.2.3.11. La oportunidad para conocer	42
1.2.4. Los conocimientos especiales	42
1.2.4.1. ¿Conocimientos especiales o dolo?	44
1.2.4. La jurisprudencia española en materia de conductas neutrales	45
1.2.5. La excepción de improcedencia de acción	55
1.2.5.1. Hechos palmarios y excepción de improcedencia de acción	55
1.2.5.2. La prueba –elementos de convicción a estas alturas— y la excepción de improcedencia de acción	56
1.2.5.3. No se admite negaciones, alteraciones ni reducciones al plantearse la excepción de improcedencia de acción	61
1.2.5.4. Falta de imputación concreta (desde el tópico del <i>factum</i>) y la excepción de improcedencia de acción	62
1.2.5.5. El tipo subjetivo y la excepción de improcedencia de acción	64
1.2.5.6. Atipicidad relativa y la excepción de improcedencia de acción	66
1.2.5.7. Antijuricidad y excepción de improcedencia de acción	69
1.2.5.8. La culpabilidad y la excepción de improcedencia de acción	72
1.2.5.9. La punibilidad y la excepción de improcedencia de acción	73
1.2.5.10. Oportunidad para su planteamiento	73
1.2.5.11. ¿Excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?	77
1.2.5.12. ¿Doble análisis de la excepción de improcedencia de acción?	79
1.2.6. El proceso complejo	80
1.2.6.1. Procesos contra las organizaciones criminales	82
1.2.7. La pena del banquillo y el debido proceso	84
1.3. Definición de términos básicos o marco conceptual	87
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	89
2.1. Diseño Metodológico	89
2.1.1. Nivel de investigación	89
2.1.2. Tipo de investigación	89
2.1.3. Tipo de investigación según la naturaleza de los datos	89
2.1.4. Tipo de investigación según su propósito	89
2.1.5. Diseño de investigación	90

2.1.6. Procedimiento de muestreo	90
2.1.7. Técnicas de investigación e instrumentos	90
2.2. Aspectos éticos	90
CAPÍTULO III: RESULTADOS	91
3.1. Resultados de la entrevista a los expertos.....	91
3.2. Resultados del análisis documental (resoluciones).....	127
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN.....	197
4.1. Discusión respecto al objetivo general	197
4.2. Discusión respecto al objetivo específico uno	212
4.3. Discusión respecto al objetivo específico dos	222
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	238
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES	240
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	241
ANEXOS	251

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Es inoportuno el planteamiento de la excepción de improcedencia de acción en la etapa de investigación preparatoria alegando presuntas conductas neutrales.....	97
Gráfico 2: Es necesario concluir con la investigación preparatoria para plantear excepción de improcedencia de acción para determinar la neutralidad de la conducta.....	102
Gráfico 3: Opinión de resoluciones.....	107
Gráfico 4: Es viable dilucidar la excepción de improcedencia de acción alegando presuntas conductas neutrales en la etapa intermedia.....	110
Gráfico 5: Amerita valoración probatoria en juicio oral para determinar presuntas conductas neutrales.....	114
Gráfico 6: La etapa procesal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales.....	117
Gráfico 7: La importancia de los conocimientos especiales para determinar la neutralidad de la conducta.....	121
Gráfico 8: Postura razonable a tener en cuenta en nuestra política criminal peruana.....	125
Gráfico 9: La inviabilidad de la excepción de improcedencia de acción en la etapa de investigación preparatoria cuando se alega presuntas conductas neutrales en procesos complejos.....	168
Gráfico 10: La etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos.....	169
Gráfico 11: Importancia de los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.....	196

RESUMEN

La presente investigación titulada “Las presuntas conductas neutrales y el forzamiento de la excepción de improcedencia de acción en procesos complejos” tuvo como objetivo principal, analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos. El método utilizado fue el cualitativo, con tipo explorativo y aplicada. Se usó el muestreo por conveniencia, lográndose entrevistar a varios distinguidos magistrados, 15 en total; asimismo, se efectuó el análisis de 27 resoluciones de las diversas instancias del Poder Judicial.

Los resultados nos muestran que, en procesos complejos, la excepción de improcedencia de acción por supuestos de conductas neutrales, resulta inviable en cualquiera de las etapas del proceso penal, más aun, cuando se plantea dentro de la investigación preparatoria, pues, se trata de una incipiente hipótesis fáctica. Sobre todo, la inviabilidad se debe a la complejidad de las conductas neutrales, ergo, su determinación es con actividad y valoración probatoria, mas no por el simple análisis de los hechos imputados.

Por ello, se ha concluido que, en procesos complejos, la excepción de improcedencia de acción resulta inidónea frente a las presuntas conductas neutrales –inviable en la etapa de investigación preparatoria y etapa intermedia—, de modo tal que, su determinación se debe hacer en la etapa de juicio oral con la actividad y valoración probatoria, siendo está la etapa óptima. Finalmente, también se ha concluido que los conocimientos especiales en la imputación objetiva, son importantes y determinantes para punir las presuntas conductas neutrales.

Palabras Clave: imputación objetiva, conductas neutrales, conocimientos especiales, excepción de improcedencia de acción.

ABSTRACT

The present investigation entitled "The alleged neutral behaviors and the forcing of the exception of inadmissibility of action in complex processes" had as its main objective, to analyze the viability of the exception of inadmissibility of action before the alleged neutral conducts in complex processes. The method used was qualitative, with an exploratory and applied type. Convenience sampling was used, managing to interview several illustrious magistrates, 15 in total; Likewise, the analysis of 27 resolutions of the various instances of the Judicial Power was carried out.

The results show us that, in complex processes, the exception of inadmissibility of action for assumptions of neutral behaviors, is unfeasible in any of the stages of the criminal process, even more so, when it arises within the preparatory investigation, since it is about an incipient factual hypothesis. Above all, the infeasibility is due to the complexity of the neutral behaviors, ergo, its determination is with activity and probative evaluation, but not by the simple analysis of the imputed facts.

For this reason, it has been concluded that, in complex processes, the exception of inadmissibility of action is inappropriate in the face of presumed neutral behaviors - unfeasible in the preparatory investigation stage and intermediate stage-, in such a way that its determination must be made in the oral trial stage with the activity and probative assessment, being the optimal stage. Finally, it has also been concluded that special knowledge in objective imputation is important and decisive in punishing presumed neutral conduct.

Keywords: objective imputation, neutral behaviors, special knowledge, exception of inadmissibility of action.

PAPER NAME

**DENNIER VILLANUEVA DOMINGUEZ.doc
X**

AUTHOR

DENNIER VILLANUEVA DOMINGUEZ

WORD COUNT

72832 Words

CHARACTER COUNT

398969 Characters

PAGE COUNT

256 Pages

FILE SIZE

447.9KB

SUBMISSION DATE

Sep 28, 2022 11:47 AM GMT-5

REPORT DATE

Sep 28, 2022 12:50 PM GMT-5**● 15% Overall Similarity**

The combined total of all matches, including overlapping sources, for each database.

- 14% Internet database
- 2% Publications database
- Crossref database
- Crossref Posted Content database
- 6% Submitted Works database

● Excluded from Similarity Report

- Bibliographic material
- Quoted material
- Cited material
- Small Matches (Less than 8 words)



Fernando Varela Bohórquez
Coordinador Académico de las Maestrías en Derecho
Posgrado USMP

INTRODUCCIÓN

El proceso penal actual, sobre todo en procesos y/o investigaciones por delitos como crimen organizado, lavado de activos y corrupción de funcionarios –todos ellos procesos complejos en distintas magnitudes—, ante la formalización de la investigación preparatoria contra imputados que tienen la condición de abogados, contadores, ingenieros, o personas con otro tipo de roles, existen controversias respecto al hecho que se atribuye, pues, a simple vista pueden parecer inocuas, socialmente permitidos y/o lícitos; sin embargo, son delictivas y que tienen razón suficiente para punir. Ante ese panorama, la defensa técnica del imputado plantea la excepción de improcedencia de acción –muchas veces forzándola— para pretender fenecer la acción penal, incidente con alta probabilidad de declararse fundada; ergo, impunidad en los presuntos actos inocuos o neutrales.

La conducta neutral, si no es analizada en conjunto, valorando los conocimientos especiales en la imputación objetiva y teniendo en cuenta que la investigación aún no ha concluido; se corre peligro de dejar impune la comisión de delitos graves, a los delincuentes de poder y/o estatus económico alto –lo que la criminología llama, cuellos blancos—, personas que actuaron prestando su nombre, familiar desconocedor, amigo desconocedor, abogado “diligente”, etc. Las investigaciones altamente complejas que albergan presuntas conductas inocuas, necesitan ser investigadas con exhaustividad y hasta el último día –por haberse cumplido con el objeto o el plazo—.

A continuación, unos ejemplos de hechos reales, que se describe sin usar los verdaderos nombres: Verbigracia 1: X transfiere dinero a Y –su esposa— en un solo día, en dos partes, la suma de 500,000.00 soles cada transferencia. Días después, Y invierte dicho dinero en dos bancos. X es abogado que litiga en procesos laborales y otros procesos, sin embargo, se dedicaría a corromper funcionarios a cambio de ganar los procesos en las que participa. Verbigracia 2: A tiene 5 empresas, las mismas que los usa para transferir dinero ilícito a empresas offshore de otros países; para constituir las 5 empresas, A suplicó a su amigo Y para que aparezca como socio fundador. Con dichas empresas se logra transferir 5 millones de soles a la empresa Pollitos LTD de Panamá para financiar campañas políticas. Verbigracia 3: A es el cabecilla de la

organización criminal “Los Bambinos”, quienes se dedican a sacar droga del puerto de Callao a Italia. B, C, D y E se dedican directamente al transporte de la droga. El día que los agentes de inteligencia intervinieron en local donde acondicionaban la droga por Lima Norte; capturaron a los siguientes: A, B, C, D y E empaquetando la droga. Y fue el personal de seguridad de local; asimismo fue quien alquiló el local donde se encontró la droga y el departamento donde se hospedaban A, B, C, D y E.

En los citados ejemplos, que fácil sería invocar prohibición de regreso –o también principio de confianza— mediante la excepción de improcedencia de acción y tratar de excluir del proceso penal por disque actos inocuos o neutrales de Y. Sin embargo, cabe preguntarse ¿Qué pasaría si se determina que Y conocía del aporte de su conducta al hecho delictivo? ¿Los actos de Y seguirán siendo inocuos o permitidos? ¿Es correcto que se declare fundada la excepción de improcedencia de acción en esos casos de nebulosa? ¿Acaso no sería razonable dejar que la investigación concluya para resolver dicha incidencia, atendiendo a la peculiaridad de las supuestas conductas neutrales? ¿Acaso no es importante determinar el conocimiento de Y para resolver la cuestión?

En los ejemplos antes citados, a simple vista, la participación de Y parece inocua, es decir, actos neutrales externamente. Sin embargo, la determinación del conocimiento sobre los activos ilícitos que recibió en su cuenta es muy importante –en el ejemplo uno—, puesto que, eso determinará su procesamiento y sanción penal. Asimismo, es determinante el conocimiento –o la capacidad de conocer— que las 5 empresas habrían de ser usadas para ocultar o transferir activos ilícitos –segundo ejemplo—. También, respecto al ejemplo tres, qué duda cabe, es fundamental el conocimiento del sujeto.

Fundada la excepción de la improcedencia de acción, la causa queda en calidad de cosa juzgada, y esta situación procesal, impide al Estado perseguir nuevamente por los mismos hechos, fundamentos y sujetos.

Supongamos –volviendo a los ejemplos— que la fiscalía encuentra los siguientes audios y/o mensajes de texto: X dice a Y: “dame el número de tu cuenta, mañana

temprano te depositaré en dos partes, la suma de 1,000,000.00 soles en total”, Y responde: “¿producto de que es ese dinero?”, X responde: “es dinero que gané, dándole su par de verde al juez” (primer caso). A dice a Y: “hermanón, quiero que me hagas un favor, quiero mandar varios milloncitos a Panamá, y para eso quiero que me hagas la “taba”; quisiera crear 5 chinganas y que aparezcas tu como socio fundador, tu sabes, para que no hagan roche, yo te daré algoito después”, Y responde: “no hay problema mi compa, mañana mismo hay que hacerlo” (segundo caso). A –el jefe— le dice a Y –vigilante—: “Hola Y, nosotros nos dedicamos a la “blanca”, chambea para mí, como “marca” del local en Lima Norte; te vas a parar afuera y avisas cualquier presencia de “tombos” o cualquier “sapo”, porque adentro vamos “adornar la merca”; Y le responde: “Piola jefe, mañana mismo empezamos”. Asimismo, A vuelve a decir: “Cholito, también necesito que me alquiles dos camionetas A1, un local “caleta” por Lima Norte” y un “depa” cómodo por un lugar ficho”, Y responde: “No se diga más mi jefe, depositame el billete y mañana mismo lo arriendo” (tercer caso).

Sin balbucear mucha doctrina pura, claro que es importante el conocimiento especial en la imputación objetiva para analizar si una conducta aparentemente neutral debe ser sancionada –o no—, sobre todo, esto cobra mayor relevancia en los procesos complejos.

¿Qué sucede si después de archivado el caso prematuramente –por excepción de improcedencia de acción—, se encuentran los audios con contenido como los mencionados en el párrafo anterior? ¡impunidad! Esa es la causa por la que los actos neutrales o socialmente permitidas –aparentemente— deberían ser analizadas por el juez de juicio, o de ser el caso, por el juez de Investigación Preparatoria en etapa intermedia –valoración abstracta de la suficiencia de elementos de convicción—. Es un error –que se comete hoy— fundar la excepción de improcedencia de acción alegando supuestas conductas neutrales, sobre todo en una etapa embrionaria como la investigación preparatoria. Las presuntas conductas neutrales merecen ser resueltas con en el análisis de la prueba en juicio y no simplemente con el análisis objetivo –atributivo y no valorativo— de los hechos que contiene la disposición de formalización de investigación preparatoria.

En la presente investigación se planteó el siguiente problema general: ¿Qué viabilidad tiene la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos? El objetivo general que se planteó es, analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos. De la cual, la hipótesis general fue que: La excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos resulta inviable sobre todo en la etapa de investigación preparatoria, toda vez que, la imputación penal del Ministerio Público recién está en construcción, es frágil, es una mera hipótesis en comprobación y no una teoría sólida.

Por otro lado, la presente investigación es importante porque brinda los argumentos necesarios y razonables para lidiar correctamente con las presuntas conductas neutrales; dichos argumentos son importantes para resolver las supuestas conductas neutrales cuando se plante la excepción de improcedencia de acción en la investigación preparatoria y/o en otras secuelas de proceso penal, en ese sentido, poder sancionarse correctamente –no dejar impune los aparentes actos neutrales— aquellos delitos –lavado de activos, crimen organizado, corrupción de funcionarios y otros delitos de cuello blanco— que afectan gravemente el Estado de Derecho, el Sistema de Justicia, Económico, Político y Social.

Respecto a la metodología, la presente investigación es cualitativa, de tipo exploratoria, porque no existen investigaciones previas con iguales variables a la presente investigación. También es de tipo aplicada, porque busca que la epistemología que se obtuvo, se aplique a la realidad problemática. Tiene como diseño no experimental, porque los datos que se obtuvieron de la investigación, no se manipularon. Respecto a la muestra, fue no probabilística por conveniencia, es decir, los entrevistados fueron elegidos (15 entrevistados de alta importancia) de acuerdo a la especialidad y actividad laboral a fin de cumplir con el objetivo planteado en la presente investigación, respecto al análisis de casos (análisis de 27 resoluciones), igualmente, se eligieron por conveniencia y grado de aporte a los objetivos propuestos en la presente investigación.

La estructura de la presente investigación está compuesta por seis capítulos: (i) primer capítulo cobija el desarrollo del marco teórico, la misma que contiene las investigaciones previas y los diversos conceptos doctrinarios sobre la prohibición de regreso, sus teorías, las conductas neutrales, la excepción de improcedencia de acción, entre otras; (ii) el capítulo dos contiene el marco metodológico, compuesta por el diseño, tipo de investigación, la muestra, entre otros componentes metodológicos; (iii) el capítulo tres contiene el detalle de los resultados, es decir, las respuestas de los 15 entrevistados y en análisis de las 27 resoluciones de las diversas instancias; (iv) el capítulo cuatro contiene la discusión entre de los antecedentes, resultados, teorías y opiniones del autor; (v) el capítulo cinco contiene las 3 conclusiones correspondiente al objetivo general y dos objetivos específicos; y finalmente, (vi) el capítulo seis, contiene las 3 recomendaciones.

Culminado con el exordio ¡Adelante! No se arrepentirá...

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Después de una exhaustiva investigación en las bibliotecas virtuales o electrónicas, así como también las bibliotecas físicas, no se encontró ninguna investigación con las variables que posee el presente trabajo. Es decir, las conductas neutrales por si sola ha sido investigada científicamente, así como también tratada por la doctrina penal; del mismo modo, la excepción de improcedencia de acción ha sido tratada muchas veces desde distintos enfoques, sin embargo, la conjunción entre las conductas neutrales y la excepción de improcedencia de acción, nunca fue tratada científicamente —ni a nivel nacional, ni internacional—. Empero, los antecedentes que se citarán a continuación aportarán para la discusión con los resultados de la presente investigación.

Nacional

Pérez (2019). En su tesis doctoral, titulada “El límite de intervención delictiva en el ejercicio de defensa de los procesados en delitos de criminalidad organizada”. Concluye que, el límite de la intervención en el delito se encuentra en el cumplimiento de las funciones, las mismas que son actividades neutrales, de modo que, la responsabilidad penal, “no abarca las sugerencias del abogado a sus patrocinados de cometer delito”. Señala también que la conducta inocua será atípica y que el conocimiento no importa. Finalmente, precisa que dar relevancia a los aspectos subjetivos en el análisis del aspecto objetivo “podría llevar a error en cuanto a la inocencia o culpabilidad del imputado”.

Arotoma (2014). En su tesis de maestría, titulada “La imputación de la participación en el delito”. Concluye —dentro de las conclusiones de los argumentos desarrollados para cada hipótesis— respecto a la hipótesis dos que, la imputación jurídico penal al partícipe no puede prescindirse del conocimiento, toda vez que, es presupuesto para la atribución de sentido delictivo al partícipe, pues, no hay una pureza objetiva de la conducta. Asimismo, precisa que, para concretar la imputación de lo objetivo y

normativamente establecido es de ayuda capital el acto psicológico de conocer y el querer.

Ruiz (2020). En su tesis de maestría, titulada “Elementos de la conducta neutral y la imputabilidad objetiva de los profesionales que participan en los delitos de lavado de activos investigados en el Distrito Fiscal de Tacna, año 2019”. Si bien es cierto, no es una conclusión –puesto que las conclusiones detallan datos numéricos y formulas—, sino resultado de una pregunta formulada a los fiscales –experimentados en el delito de lavado de activo— del Distrito Fiscal de Tacna, quienes en su mayoría señalaron que es “Totalmente importante” (con 41.18%) y “Muy importante” (29.41%) determinar el “conocimiento” del acto delictivo que tuvieron los empleados -profesionales que intervinieron en el presunto delito de lavado de activos— investigados.

Espino (2020). En su tesis de maestría, titulada “La prohibición de regreso en las conductas neutrales en la jurisprudencia suprema del año 2010 al 2019”. Si bien es cierto, no es una conclusión –puesto que las conclusiones enfocan otro lado; además, la formulación de la problemática, el objetivo, y la conclusión no tienen uniformidad y coherencia—, sino, resultado de la siguiente pregunta formulada a los jueces especializados en el derecho penal de Trujillo ¿Es importante el conocimiento subjetivo en el desarrollo del rol social? El 47 % respondieron que están “De acuerdo” y el 20% respondieron que están “Totalmente de acuerdo”.

Rosales (2008). En su tesis de grado, titulada “La complicidad en los delitos de organización personal mediante conductas externamente neutrales: una solución desde la prohibición de regreso”. En una de sus conclusiones generales, señala que los actos inocuos aparentemente neutrales si son insertadas en un determinado contexto del campo ilícito, dejarán de tener dicha calidad. Asimismo, en su última conclusión señala, lo que determina el sentido del comportamiento no solamente depende del comportamiento, sino también del contexto, de los datos subjetivos como el conocimiento del hecho, y que esto se puede incluir en el tipo objetivo, ello no destruye barreras entre el tipo objetivo y subjetivo.

Internacional

Soto (2019). En su tesis de grado, titulada “Conductas neutrales: análisis y perspectivas nacionales y de derecho comparado”. Concluye —en el mismo párrafo de la toma de postura— que el postulado de Landa Gorostiza ubicada dentro de las teorías mixta-subjetivas —teoría que acoge los conocimientos especiales dándole mayor énfasis en el tipo subjetivo— es la más depurada respecto al análisis de las conductas neutrales porque aborda la valoración de la conducta al grado del conocimiento delictivo del autor, mediante una falta de justificación del peligro material y concreto, premisa necesaria para justificar la intervención punitiva como herramienta cautelar de bienes jurídicos protegidos. También concluye que esta postura no puede considerarse un vuelco en el derecho penal de intención.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. La imputación objetiva: antecedentes y actualidad

La imputación objetiva desde el punto de vista causalista, dio origen a tres teorías que trataron de explicar la atribución del resultado delictivo a una persona. La teoría de la equivalencia de condiciones decía que toda condición que genera un resultado, es imputable a la persona; es decir, si con la mente se suprime la condición o causa, el resultado no se hubiese producido. Esta teoría fue criticada por extensiva y amplia, toda vez que, todas las condiciones generarían resultados. Por otro lado, la teoría de la causa adecuada pretendió solucionar la extensiva teoría de imputación objetiva, para ello, dijo, la causa que genera un resultado debería ser probable y regirse por las máximas de la experiencia –experiencia común—, por ejemplo, una cachetada no sería adecuada para dar muerte a una persona, sino una acuchillada o disparo con arma de fuego. Finalmente, la teoría antedicha dio origen a la teoría de relevancia típica, esta señalaba que una causa probable no es relevante para imputar el resultado, sino una causa con relevancia jurídico-penal, es decir, no solamente una causalidad natural, sino que también a ello, agregarle la verificación típica.

En ese estado de la cuestión, para Roxin (1979) la imputación objetiva se da cuando se realiza el resultado a consecuencia del peligro creado y ella no debe abarcar al riesgo permitido. Es decir, una relación causal entre la conducta y el resultado – resultado del mismo peligro—, y eso, debe estar fuera del riesgo permitido –riesgo jurídicamente desaprobado—.

Posteriormente, según las ideas de Jakobs, el resultado de la creación del riesgo no permitido no era de relevancia, puesto que, ello era de interés para la punibilidad y no para la imputación –toda vez que se sanciona también la tentativa—. Es así que, se habla de imputación objetiva de la conducta –Gunther Jakobs— e imputación objetiva del resultado o propiamente dicho –Claus Roxin—.

1.2.2. La imputación objetiva de la conducta

La imputación objetiva: causalidad natural más, riesgo jurídicamente relevante; en caso de darse la mera casualidad natural, la imputación objetiva puede ser excluida por la carencia de riesgo jurídicamente relevante. Gunther Jakobs se encargó de desarrollar –posteriormente, otros autores de distintos países, ampliaron las investigaciones respecto a estos supuestos— cuatro supuestos que servirían para la exclusión de la imputación objetiva: (i) Riesgo permitido, (ii) Principio de confianza, (iii) Prohibición de regreso, e (iv) Imputación a la víctima. De incumbencia para la presente investigación se desarrollará solamente la prohibición de regreso y sus teorías.

1.2.2.1. Prohibición de regreso

La prohibición de regreso es una figura jurídica de exclusión de la imputación objetiva. Se señala que, ante los actos inocuos, neutrales y banales de la persona interviniente en el hecho delictivo, la imputación objetiva debe quedar excluida. Reza además que, su análisis debe hacerse objetivamente, es decir, calificar solo la conducta externa de la persona, mas no el conocimiento del hecho delictivo cometido por el tercero. Jakobs (2001, citado en Villavicencio, 2019) dice que la prohibición de regreso delimita la imputación de la conducta en caso de acciones neutrales, cotidiana, o estereotipadas, de modo que, no se configura la participación en la conducta ilícita del tercero; y que los conocimientos especiales no deben tenerse en cuenta (pp. 328-329).

Para Jakobs, es irrelevante el conocimiento del hecho delictivo que realizará el tercero, postura que, por cierto, no es compartida por importantes juristas del mundo, para ellos, los conocimientos especiales delimitan el riesgo permitido de la conducta y por consiguiente su merecimiento de pena. Ergo, en la doctrina penal respecto a la prohibición de regreso tenemos la teoría subjetiva y la teoría objetiva, de manera accesoria, se habla también de la teoría mixta, aunque esta simplemente se deriva de la teoría subjetiva.

1.2.2.2. Teorías

A. La teoría objetiva

Esta teoría señala que, para analizar el riesgo permitido, únicamente hay que evaluar la conducta externa, lo objetivo; el conocimiento –especial– no interesa. En tal sentido, García (2019) menciona que el autor de la conducta neutral no puede ser responsable por la creación del riesgo prohibido, y ello en nada su conocimiento (p.440). Asimismo, Jakobs (2001, citado por García, 2019), refiere que el carácter neutral de la conducta del participante no cambia por el hecho de que sea previsible la futura comisión del hecho delictivo por parte del tercero (pp. 442-443). También, Guillermo (2022) acota que, quien no infringe su rol no puede ser responsable, pese a conocer y se lesione bienes jurídicos de terceros (p. 144). La idea central es que, quien actúe o ejecute su rol impuesto socialmente o legalmente, no responderá penalmente pese a los conocimientos especiales que posea.

Es así que, en ejemplos como las que se expondrán a continuación, para los objetivistas debería quedar impune: (a) el vendedor de pan que sabe que con el pan vendido, el comprador envenenará a su mujer; (b) el ferretero que vende un hacha sabiendo que con ella se matará; (c) el que entrega el veneno a una persona, sabiendo que con ella envenenará a su hijo; (d) el mesero que sabe que el plato que sirve, contiene una verdura que producirá la muerte del comensal; y (e) el taxista que lleva en su carro a varias personas, sabiendo que sus pasajeros ejecutarán un robo.

El máximo defensor de esta teoría objetiva es Gunther Jakobs (Alemania), y lo siguen, Feijoo Sánchez (España), García Cavero, Caro John, entre otros importantes juristas. Su argumento central es que el sujeto de actos neutrales externamente no debería responder porque no ha organizado el hecho y tampoco es institucionalmente obligado. Los conocimientos que podrían poseer no hacen que el riesgo permitido se convierta en riesgo prohibido.

El caso del taxista que sabía dónde llevaba a sus pasajeros, fue resuelta por la Corte Suprema del Perú, a través del Recurso de Nulidad N.º 4166-99/Lima, indicó que el

encausado en un momento determinado del hecho, conoció la ilicitud de sus pasajeros que lo contrataron, sin embargo, ello no es sustento razonable para la tipicidad del delito perpetrado (la responsabilidad penal no puede alcanzarle); ergo, se le absolvió del cargo imputado por el Ministerio Público.

El caso de la propietaria de un inmueble donde se encontró droga, la fiscalía alegaba que “era imposible que no se dé cuenta de lo que ocurría en su propiedad”; la Corte Suprema, a través del Recurso de Nulidad N.º 4451-2008/Puno en su fundamento jurídico quinto, dijo (citando a Caro John) que el conocimiento (lo que piensa y quiere) del ilícito no es de relevancia, sino, solo el cumplimiento de su rol, y que en todo caso, los conocimientos especiales tendrían importancia en la infracción del deber mínimo de solidaridad, de modo que podría dar luz al delito de omisión de denuncia, socorro y otros.

La teoría objetiva se resiste aceptar el conocimiento como elemento relevante para analizar la imputación objetiva, toda vez que, afectaría el orden y la sistematicidad. Asimismo, García (2019) enseña que la determinación de manera conjunta del elemento objetivo y subjetivo resulta inadecuada con la teoría del delito, la misma que para su análisis requiere de sistematicidad, progresividad y lógica (pp. 438-439).

Qué duda cabe, el orden sistemático de la teoría del delito es muy importante, de modo tal que, ayuda determinar la punibilidad de una conducta de manera ordenada y secuencial. Si la conducta analizada es típica, recién se pasará a analizar la antijuricidad, superada esta, se analizará la culpabilidad, luego la punibilidad; ese análisis es ordenado y sistemático. Sin embargo, cuando nos encontramos en terreno de los supuestos actos neutrales, considerar al aspecto objetivo y subjetivo como dos islas comunicadas, creo que es un error. Martínez (2018) con acierto, puntualiza que la división de lo objetivo y lo subjetivo tiene problemas, sin embargo, el problema no es esa, sino el nombre que se le puso y el orden sistemático que utiliza para analizar (p. 59).

Martínez (2018) informa que la sistemática impuesta por la teoría de la imputación, es decir, la división de lo objetivo y lo subjetivo hace imposible valorar correctamente la

conducta; se sacrifica el hecho al no tomar en cuenta el conocimiento teleológico delictivo en el análisis objetivo del riesgo (p. 62).

No es menos importante señalar que, los juristas alemanes que desarrollaron gran parte de la doctrina penal, concretamente, la imputación objetiva, presentan casos creados –algunas de ellas— y las otras, casos de criminalidad convencional (robos, hurtos, homicidios, violaciones, etc.). Es rarísimo ver que se presenten casos complejos y/o no convencionales –para analizar la imputación objetiva—, tales como: lavado de activos, criminalidad organizada, corrupción de funcionarios, delitos de corporaciones criminales, delitos de cuellos blancos y otros de igual envergadura. No es lo mismo analizar la imputación objetiva en delitos simples, que analizar en los delitos complejos.

Las modalidades delictivas de la globalización y la modernización de la criminalidad organizada –nacional e internacional— reclaman dogmas penales propias, idóneas y eficaces. Probablemente necesiten graduar o quizá otras novedosas.

B. La teoría subjetiva

A diferencia de la teoría objetiva, esta teoría postula que la imputación objetiva de la conducta también debe tomar en cuenta “los conocimientos especiales” de la persona que participa en el hecho delictivo ejecutado por un tercero.

Antes de Roxin, existieron otros juristas que postularon la relevancia del conocimiento en el tipo objetivo, tal es el caso de Kitka (1840), Von Bar (1907) y Kohler (1917). En la actualidad esta teoría es liderada por Roxin (2018) quien menciona que: “(...) cuando el primer causante dispone de un suficiente y concreto conocimiento especial. Pero entonces la “acción cotidiana” pierde su carácter inofensivo y no es adecuada socialmente (...)” (p. 330). Dicho ello, para el ilustre jurista, el mesero conocedor de la comida envenenada, debe ser penado; asimismo, el panadero que sabe que con el pan se dará veneno, también será penado; lo mismo sucedería con el comerciante que vende un cuchillo a una persona que participa en una riña al frente de su negocio. Roxin (2018), también dice que es necesaria la “inclinación reconocible hacia el

hecho”, es decir, que el primer actuante conozca las intenciones potenciales (resolución reconocible) del autor para cometer el delito, a fin de evitar que extraños accionen en peligro de la vida (p.322).

Stratenwerth (1976, citado por Roxin, 2018) trae a colación una idea más para poder imputar la responsabilidad al primer actuante que favorece al tercero –autor—; dice que se necesita que el primero conozca de la existencia de la resolución del ejecutor (se presenta abiertamente) para cometer el delito. Cuando se presenta abiertamente la resolución de cometer delito, por lo general existe participación del primero (p. 320). La idea del precitado autor, hace referencia a que el primer actuante, debe conocer a ciencia cierta la decisión del tercero (resolución –decisión tomada) para la ejecución del delito, no son válidas las meras posibilidades.

El actor principal ejecutante del ilícito penal pone la pelota en cancha del tercero conocedor, este a su vez, con actos externos neutrales coadyuva en la ejecución de ilícito penal. Esa ayuda en la comisión del ilícito pierde neutralidad cuando hay conocimiento, porque al conocer el hecho ilícito a ejecutarse, el deber de garante (general negativo) recae en el tercero conocedor –el deber de garante de todo ciudadano racional y solidario—, y su no ejecución o postergación del ilícito penal –frustración de la comisión del ilícito— dependerá de la no actuación y/o resignación a prestar apoyo al actor principal.

No se sanciona a la persona por simples pensamientos; sino porque el conocimiento y voluntad están presentes en la persona de manera camuflada y ello permite gestar el evento delictivo a través de presuntos actos inocuos o estandarizados. Si se analizan de manera aislada, evidentemente se tratan de actos socialmente permitidos que pasan desapercibidos, pero en realidad contribuyen concienzudamente a la comisión del hecho delictivo. Parecen algelicales, pero en realidad no lo son. Por su parte, Otto (1996, citado por Ambos, 2001) enseña que el “conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en "co-conocedor" del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: "El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo" (p. 11).

El conocimiento es relevante, de modo tal que, su existencia hará punible a las conductas neutrales que pasan desapercibidos para el derecho penal. Si un comerciante de cuchillos vende a sabiendas –o al menos supone de manera razonada— que con esta se va quitar la vida, la conducta es delictiva, el oficio está siendo maculada, pues, se vende el cuchillo para matar y no para los fines que fue creado –cocina—. La mujer que recibe dinero de su esposo a sabiendas que es ilícito y lo invierte o transfiere, ese acto es delictivo; recibir dinero del cónyuge e invertir es un acto normal socialmente permisible, pero recibir el dinero ilícito para convertir u ocultar no es inocuo.

Se ha dicho mucho que la propietaria que arrienda su bien inmueble no responde por favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, pese a conocer de ese acto delictivo; sin embargo, eso no es correcto, es un acto que no debe ser tolerado socialmente y por consiguiente digno de pena. Arrendar el inmueble para funcionar como laboratorio de droga, es un acto ilícito y no inocuo.

Una profesión u oficio que es ejercida (y que además coadyuva con la ejecución delictiva del tercero) con conocimiento del hecho delictivo *ex ante* o *ex post* (lavar activos ilícitos, por ejemplo) no debe ser tolerado por la sociedad; puesto que, la compensación que se recibe a cambio, es dinero maculado. El dinero que recibe el vendedor por la compra del cuchillo para matar, el dinero del alquiler de una casa para que opere como laboratorio de droga, y el dinero que recibe el abogado y contador (brindando asesoramiento para ocultar activos ilícitos) por presuntos lavadores de activos, como tales, no es dinero limpio, ergo, no se trata de actos inocuos o estereotipados.

Mucho importa el fin de las cosas. Por eso, Ambos (2001) señala que no hay acciones cotidianas *per se*, pues, es posible que la acción neutral se torne en delictiva si se le asigna un fin delictivo (pp. 10-11).

Es de precisar que los mismo objetivistas, incluido el líder (Jakobs), se dieron cuenta de la inconsistencia de su teoría utópica. En la actualidad, de a poco están cediendo a las propuestas planteadas por la teoría subjetiva; es decir, cobijar los conocimientos

especiales en el análisis de la imputación objetiva. Para mejor ilustración, García (2019) indica que Jakobs admite la relevancia de los conocimientos especiales en supuestos de riesgos especiales, es decir, si se incorpora conocimientos especiales en casos de conductas riesgosas, la misma deja de ser inocua. Y para ello cita el ejemplo de la persona que conoce que en el avión hay una bomba y le recomienda subirse en dicho avión a la víctima (pp. 444-445).

Lo citado refleja que la teoría objetiva hace uso de las bondades de la teoría subjetiva, esto era de esperarse, para no quedar en ridículo, para no ser catalogada como la teoría de la impunidad, o meramente formalista e inocua (palabra que se jacta de usarla). Según lo puntualizado por García Caveró, la teoría objetiva tendría que excluir de responsabilidad a la persona que recomienda el avión que contiene la bomba, puesto que, recomendar a alguien viajar en determinado avión es un acto inocuo (para dicha teoría se trataría de una actividad de riesgo permitido); sin embargo, como esa idea meramente objetiva, es insostenible, los objetivistas se ven obligados de usufructuar de los llamados “conocimientos especiales”. En esa misma línea, para corroborar y complementar la idea, Roxin (2018) argumenta que:

Quienquiera convencer a otro a realizar un viaje en avión, normalmente no crea un peligro no permitido. Pero **sí lo hace cuando sabe que en el avión se encuentra escondida una bomba destinada a estallar durante el vuelo. Pero con ello tan solo se ha probado que un juicio objetivo referido al peligro tiene que incluir el conocimiento especial del autor. (...) el conocimiento del autor tiene que integrarse en el juicio sobre la peligrosidad objetiva de su acción.** (p. 351). El resaltado es propio.

Por otro lado, Robles (2003) menciona que el vendedor conocedor que con el pan se envenenará —y otro cumulo de ejemplos que cita— no tiene ningún deber específico, por lo que no se puede hablar de adaptación de la conducta al hecho ilícito principal. Luego, señala que prestar la habitación a una persona en un contexto determinado —quien sería terrorista cuya fotografía es difundida— suponga un acoplamiento —adaptación— a las necesidades del autor. Asimismo, informar a alguien que el vecino se fue de viaje y luego, ese alguien aprovecha de esa información para robar, no se

está en una intervención del delito de robo; sin embargo, si estamos ante una participación del referido delito, si el ladrón anteriormente le indicó su intención de robar en alguna casa de la vecindad (pp. 316-318).

Los ejemplos que presenta el citado autor para demostrar su razonamiento – complicidad en adaptación de la conducta al hecho principal—, de manera palmaria se advierte una ambivalencia. Aunado a ello, es una traición a la postura objetivista que postula, pues, indirectamente incluye los conocimientos especiales.

No entendemos porque no puede ser cómplice de homicidio el panadero conocedor, y sí, el hotelero –por ocultar un terrorista— y el vecino chismoso –por el delito de robo—. Desde un punto de vista puramente objetivo, en todos ellos hay una conducta neutral: no es peligroso vender pan, tampoco prestar un cuarto a alguien, tampoco lo es informar ciertas realidades a otra persona.

En los ejemplos que cita Robles, la acción del panadero conocedor genera una muerte por envenenamiento, la acción del cuartelero conocedor genera el ocultamiento o favorecimiento al terrorista, y la acción del vecino conocedor genera el robo de su vecino; de modo tal que, no existe ninguna diferencia para no sancionar también al vendedor de pan.

Ahora bien, el citado autor también incluye los conocimientos especiales de manera indirecta bajo la máscara de ciertos datos objetivos que surgen del contexto. En el ejemplo de la persona que presta su cuarto a otra persona en un contexto determinado, esto es, se trataría de un terrorista cuya imagen se está difundiendo; y en el caso del vecino informante, lo que cambia la situación simplemente es el contexto en el que se brinda la información. En ambos casos se justifican los conocimientos especiales a través del contexto.

Los objetivistas están incluyendo cada más en la imputación objetiva el uso de los conocimientos especiales. Premisa que se extrae cuando Mendoza (2006) refiere que en el ejemplo del mesero que sirve una fruta envenenada, para Jakobs no tendría relevancia los conocimientos especiales, sin embargo, si lo tendría cuando se entrega

el platillo a otro comensal que odia y lo mata. Es decir, los conocimientos especiales tomadas en cuenta en función de la persona y no de carácter normativo, de modo que, “observamos un carácter ambivalente y contradictorio” (p. 28). En esa misma línea, Paredes (s.n) acota que:

(...) Jakobs en el caso del camarero “petrifica” el rol, de suyo, que esta concepción es errónea, el rol es variable y atiende a la situación concreta, por ende, **si el cocinero sabe que** –al preparar el desayuno de un hotel- **en vez de azúcar está volcando**, (porque alguien descuidadamente colocó en la azucarera) **cianuro torna su rol en el contexto específico**, porque como señala Parsons el **rol incluye elementos subjetivos y por ende** -en términos analíticos- **estos conocimientos se objetivan en el tipo** (párr.8). Lo resaltado es propio.

Discutir entre si lo externo es objetivo y lo interno de la persona es subjetivo ya es ocioso y vetusto. Los conocimientos especiales no necesariamente deben tomarse en cuenta y analizarse en el tipo subjetivo, sino también en el tipo objetivo; con ello no se busca que lo determinante sean los conocimientos especiales, sino que simplemente acompañen o complementen al actuar objetivo. En esa misma línea, Mendoza (2006) precisa que tener en cuenta los conocimientos especiales en el juicio de la imputación objetiva no significa subjetivar el tipo; la relevancia de los conocimientos especiales no es un tema subjetivo, sino corresponde a la existencia de un hecho adecuado a los elementos típicos objetivos (pp. 29-30).

Habiéndose establecido que los conocimientos especiales no necesariamente se tienen en cuenta en la imputación subjetiva. Mendoza (2006,) dice que: (i) los conocimientos especiales deberán tomarse en cuenta con mayor importancia cuando el interviniente tenga la calidad de garante (padre o madre por ejemplo) del bien jurídico a proteger; (ii) cuando en ciertas áreas o especialidades esté regulado el grado de conocimiento especial que debe tener el participante; finalmente, (iii) en ámbitos donde no está regulado el grado de conocimiento que debe poseer el actuante, los conocimientos especiales están permitidos en tanto y en cuanto no exista un tercero autor responsable capaz de servir como un “muro de contención” (pp. 43-44).

Respecto al primer punto mencionado en el párrafo *ut supra*, Mendoza adquirió la idea de Jakobs; este último señala que, el conocimiento se vincula con el rol a fin de mantener determinados estándares; es decir, no es lo mismo que el ingeniero arrendatario conozca de las deficiencias del vehículo que entrega con el que se causa el accidente y que el propietario del vehículo conozca de las deficiencias de su objeto con la que se causa el accidente; en el primero no hay un rol de garante, en el segundo sí, de modo que no puede dejar de lado los conocimientos especiales (Jakobs, 1996, pp. 64-67).

Respecto al último punto mencionado por Mendoza, estarían casi todos los casos analizados por los juristas cuando tocan el tema de los actos neutrales: el mesero, el panadero, el taxista, etc. En ese sentido, el mismo García (2003, citado por Mendoza, 2006), señala que esos ámbitos donde los conocimientos exigidos no tienen regulación normativa, se encuentra justificado el uso de los conocimientos atribuidos al actuante (p. 39).

De manera particular, Mendoza (2006) precisa que, cuando existen ámbitos donde el ordenamiento jurídico no ha definido los conocimientos especiales, se permite analizar los mismos en la delimitación del riesgo permitido, sin embargo, esto no tendría relevancia para los casos donde existe un tercero con autocontrol; de modo que, el vendedor de pan que sabe que con ella un tercero matará, no responde porque hay un tercero responsable; mientras que en la caso del mesero, si tendría que responder porque no existe un tercero, es solo él frente al riesgo y tiene “incumbencia” (pp. 38-41).

El mismo autor, analizando las conductas neutrales desde otra perspectiva. Precisa que, si las conductas neutrales con conocimientos especiales del actuante aportan al hecho del tercero en fase de actos preparatorios (comprando barra de pan, libando cerveza, comprando papel, etc.), la responsabilidad penal no se retrotrae o regresa. Es distinto la cuestión cuando el interviniente con conductas neutrales tiene conocimientos especiales en la fase de ejecución —la venta de cuchillos cuando la riña ha iniciado— (Mendoza, 2006, p. 42).

Por todo el aporte importante de Mendoza, no sé si llamarlo subjetivista o mixto. Por otro lado, a Gunther Jakobs y García Caveró también le interesan los conocimientos especiales en la imputación objetiva (en ciertas condiciones) y no en la imputación subjetiva. Qué duda cabe, la teoría objetiva está perdiendo sus discípulos; o quizá son judas traicionando a su maestro.

Cuando los objetivistas con orgullo precisan que su teoría es la mayoritaria, simplemente no es verdad. La teoría subjetiva –en sus distintos estándares— tiene distinguidos juristas en todo el mundo: Claus Roxin, Raúl Zaffaroni, Kai Ambos, Luis Greco, Muñoz Conde, Blanco Cordero, Silva Sánchez, Niedermair, Schumann, Wohlleben, Rehber, Wohlers, Cerezo Mir, Rudolphi, Fuch, Otto, Wolter, Schmoller, Frisch, y otros. Los mencionados han desarrollado mucho sobre el tema de discusión.

C. Teoría mixta (estándar de la subjetividad)

Para que las conductas neutrales sean punibles, debe tomarse en cuenta los conocimientos especiales; esa idea predica la teoría subjetiva. Ahora bien, la teoría mixta no dista mucho de la teoría subjetiva, sino que simplemente mide el estándar de subjetividad; es decir, la teoría mixta-objetiva se apoya más en datos objetivos, sin dejar de lado los conocimientos especiales, mientras que la teoría mixta-subjetiva se colude más con los conocimientos especiales.

Las teorías mixta-objetivas son aquellas que no se desprenden de los conocimientos especiales, sin embargo, para afirmarla necesitan puntos de apoyo (datos objetivos). Se hablará de riesgo prohibido o jurídicamente relevante para el derecho penal cuando el actuante adquirió los conocimientos especiales a través de datos objetivos. Sin duda, las posturas de Frisch y Rudolphi son las que más sobresalen dentro de esta clase de teoría mixta.

Algunas teorías mixta-objetivas son: (i) la teoría de la ideación social (reglas generales) y profesional (reglas del sector), (ii) la teoría de la infracción de la norma de cuidado (lo que vale es la proximidad al delito, más que deber de cuidado específico o genérico), y (iii) la eficacia de la contribución (importa lo cuantitativo).

Como crítica a las teorías mixta-objetivas, Landa (2002, citado por Soto, 2019) precisa que estas teorías se extienden demasiado y, no limitan la punibilidad en casos donde el actuante posee conocimientos netamente eventuales.

Por otro lado, las teorías mixto-subjetivas centran su atención más en la parte subjetiva, tan es así que, para determinar si una conducta es jurídicamente desaprobada –riesgo prohibido—, debe analizarse la existencia del dolo –y sus tipos— o la imprudencia.

Para Landa (2002, citado por Soto, 2019), la distinción entre las clases de dolo resulta de mucha importancia para ver con claridad un comportamiento aparentemente neutral, inocuo o cumplimiento real de un rol. Añade que no se trata de una confusión entre la valoración del tipo objetivo y el tipo subjetivo, sino que se trata de tener en cuenta el conocimiento de la posible –o certeza— resolución delictiva del tercero y a partir de allí efectuar una valoración normativa del peligro de su conducta; sin importar que esos mismos elementos sean valorados en el tipo subjetivo.

Esta teoría poco se interesa de los datos objetivos para afirmar el conocimiento, lo que le importa es saber el grado de conocimiento del plan o resolución criminal del tercero, y a partir de allí, afirmar si hay o no el riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal; es decir, para ver si existe imputación objetiva, tenemos que ser auxiliados por las bondades del tipo subjetivo. Ante la existencia de la imputación objetiva, pasar a la imputación subjetiva, y evaluarla por segunda vez.

Consideramos que la teoría mixta-subjetiva tiene una afición desmedido por el tipo subjetivo y ello no podría ser correcto. Si bien es cierto, anteriormente, compartiendo la postura de Martínez, se dijo que es irrazonable considerar al tipo objetivo y tipo subjetivo como dos islas comunicables, empero, la teoría mixta-subjetiva ya excede los límites permisibles.

1.2.2.3. Críticas a las teorías subjetivas y mixtas (mixtas objetivas y mixtas subjetivas)

Una de las críticas más férreas contra esta teoría por considerar a los conocimientos especiales para determinar el riesgo permitido o prohibido, es que se usaría al derecho penal para castigar pensamientos; ergo, violando el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. En contra, Greco (2017) dice que, existen tres tipos de datos subjetivos: los datos subjetivos cognitivos (aquellas que se extrae del exterior, mas no de la psiquis), los datos subjetivos emocionales (brota de la psiquis) y los datos subjetivos opinativos (brota de la psiquis). Respecto a los datos subjetivos cognitivos que emergen de la realidad exterior, son diferentes a los demás datos; en ese entender, el principio antes mencionado no aplica para los datos subjetivos cognitivos, de modo que no puede servir para negar la punibilidad en el caso de las conductas neutrales. Asimismo, señala que, quien sabe más, puede más; y quien conoce más, tiene más posibilidades de alcanzar lo que desea (pp.156-159).

Asimismo, se dice que, estas teorías que consideran la subjetividad en el tipo objetivo cobijan errores metodológicos, puesto que, inician analizando el peligro de la conducta con elementos subjetivos y después los objetivos, de esta forma invierte la sistematicidad y metodología. Asimismo, Robles (2003) argumenta que el defecto metodológico se refiere a la inversión automática del análisis y la ubicación de la problemática en el tipo subjetivo, sin que previamente se haya evaluado el peligro objetivo de la conducta. No es legítimo acudir al aspecto subjetivo del individuo sin una razón fundada, la única razón es cuando hay relevancia objetiva o que la conducta por sí misma sea peligrosa (pp.65-68).

Existen otras críticas, empero, la afectación al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, y la afectación a la metodología y sistemática de la teoría del delito, son las más conocidas y relevantes.

1.2.3. Las conductas neutrales

En efecto, todos los actores sociales tenemos roles impuestos por la ley, reglamentos, costumbres o cultura; si la cumplimos correctamente, de ninguna manera puede ser

punible, aunque haya sido desviada delictivamente por algún intruso. Las conductas neutrales también son llamadas socialmente permitidas, banales, inocuas, irrelevantes, etc.

Una conducta neutral es una conducta que está dentro de los parámetros del riesgo permitido, es una conducta sin riesgo, a pesar de que exista una causalidad natural. Por ejemplo, un conducto que va 50 km por hora —cuando la velocidad máxima es 60 km por hora—, se le atraviesa un ladronzuelo que intentaba cruzar la pista para huir de su víctima, lo atropella y muere producto de ello. En dicho ejemplo existe una causalidad natural, es decir, existe una causa (atropello) y consecuencia (muerte), empero, la conducta está dentro del riesgo permitido (porque estuvo dentro de la velocidad permitida); ergo, se trata de una conducta neutral.

La comisión del delito con pluralidad de actores suele ser más eficaz, pues, los participantes (genéricamente hablando) se dividen los roles, o brindan un aporte (necesario o no) para el hecho ilícito; en ese sentido, algunas conductas de los participantes pueden ser inocuas o delictivas. La delimitación entre lo inocuo e ilícito se hace con la imputación objetiva, es decir, la causalidad más el riesgo no permitido. Una conducta que aporta al hecho ilícito de manera causal no necesariamente es relevante para el derecho penal, sino que, teniendo causalidad, la conducta también ha excedido el riesgo permitido.

Asimismo, Greco (2017) considera a las acciones neutrales como “aquellas contribuciones al hecho ilícito ajeno que, a primera vista, parezcan completamente normales” (p.138). Continúa diciendo que son aquellas que en primer contacto parecen inofensivos, inocentes, irrelevante para el derecho penal, parecen angelicales; estas deben ser resueltas dentro de la imputación objetiva de la complicidad, concretamente cuando se valore el riesgo prohibido o permitido.

La conducta de la persona que es aprovechado por el tercero para cometer delitos, es aquella que debe ser analizado cuidadosamente, para ver si estamos ante una conducta neutral o ilícita. Tal es el caso del vendedor de cuchillos que entrega el cuchillo al tercero, y este usa para matar en una riña; el vendedor de pan que sabe

que con ella se envenenará, y el mesero que sabe que el plato tiene un alga que envenenará al comensal; en esos ejemplos y en otros, se discute si la conducta es neutral o delictiva. En los ejemplos señalados, sin duda, existe causalidad, pero como ya se dijo, la causalidad no lo es todo, es necesaria pero no suficiente. De modo que, para determinar si las conductas son neutrales o ilícitas, se debe analizar si las mismas sobrepasan el riesgo permitido.

Los objetivistas señalan que, el conocimiento de la persona respecto al posterior actuar delictivo del tercero no puede cambiar la neutralidad de la conducta; el conocer no hace que el riesgo sea no permitido, antes bien, permanece como riesgo permitido. Por su parte, los subjetivistas argumentan que el conocimiento del futuro actuar del tercero, hace que el riesgo permitido se convierta en prohibido, de tal manera, ya no se trata de una conducta neutral sino ilícita, ergo, merecedor de pena.

Esa misma idea, Wolter (1994, citado por Blanco, 2001) indica que: “(...) los conocimientos especiales “a menudo convierten una conducta socialmente adecuada en la creación de un peligro jurídicamente no permitido”” (p. 162). También, Greco (2017) sostiene que las acciones neutrales crean el riesgo, y respecto a los conocimientos especiales, no hay razones para no tener en cuenta lo que el autor conoce al momento de delimitar entre lo permitido y prohibido (pp. 145-146).

Si el vendedor de cuchillo conocía que el tercero mataría con el cuchillo, es penado, pues, su conducta sobrepasó el riesgo permitido. El conocimiento cambió el rumbo de la conducta neutral, lo pintó de ilicitud. Para los objetivistas, el conocimiento no cambia nada, no muta el riesgo, permaneciendo en riesgo permitido, de modo tal que no es sancionado el vendedor de cuchillos que conoce.

Cuando se considera el conocimiento del interviniente en la acción del tercero, se tiene que tener ciertos indicios para afirmar el conocimiento; por ello, Frisch (1995) hace referencia a los “puntos de referencia concretos” que debe permitir saber o conocer al primer interviniente del resultado típico que provocará el tercero (p. 81).

Siendo ello así, en el ejemplo del vendedor de cuchillos, si este se entera que su cliente usará el cuchillo para matar mediante “versión de un tercero”, habrá menos posibilidades de configurar el riesgo no permitido, a diferencia de aquella donde el mismo cliente le dice al vendedor de cuchillos: “Dame el cuchillo más filo que tengas, es para matar a mi mujer”. Esa postura también comparte Blanco (2001), quien dice que es necesario recurrir a las circunstancias en un determinado caso para poder delimitar los factores de riesgo en la ejecución del hecho conocido por el actuante (p. 165).

Por otro lado, el interviniente con presuntas acciones neutrales cuando contribuye al hecho delictivo del tercero, pueden darse varios supuestos: (i) pleno conocimiento del futuro hecho delictivo, (ii) presunción del futuro hecho delictivo, y (iii) desconocimiento del futuro hecho delictivo. Respecto al primer y tercer punto no existe problemas: el primero si incrementa el riesgo, y en el tercero deja en una simple acción neutral.

El riesgo es bastante discutido respecto al segundo punto, algunos lo solucionan con el principio de confianza. Ambos (2001) apunta que, en aquellos casos donde el colaborador no conoce la intención de autor, pero lo tiene como posible; en ese caso el interviniente no debe ser sancionado por el principio de confianza; es decir, el participante parte de que su aporte será realizada legalmente o de manera neutra (p. 11). Cabe precisar que esa postura también es compartida por Claus Roxin.

Ahora bien, el maestro Raúl Zaffaroni en una entrevista –que luego fue transcrita— dirigida por el profesor Pacheco (2015), señaló que:

Yo vendo cuchillos, tengo un rol de comerciante de cuchillos, la gente viene a comprarme. Se arma después un lío en la calle y entra alguien a comprarme un cuchillo, yo se lo vendo y automáticamente cambia mi rol.

También me hablan del rol del buen vecino que enciende la luz. Bueno, soy el buen vecino que enciende la luz, pero dejo de serlo cuando la enciendo en el momento que a mi vecino le está persiguiendo un sicario para matarlo. Allí cambié de rol. Eso que me parece banal, como el rol de abrir la puerta de mi casa, pero cuando sé que la puerta de mi casa está atada a un cable que le vuela la casa al vecino, el rol deja de ser banal. O aquel mozo que tiene la fruta envenenada y dice

“yo sigo cumpliendo mi rol de mozo, pero al final enveneno a todos”. En el momento que me doy cuenta del hecho estoy cambiando de rol. (pp.9-10)

La postura mencionada del maestro es ampliada en Zaffaroni (2016) argumentando que “los roles sociales son siempre dinámicos”, por lo que pueden variar dependiendo de las circunstancias concretas objetivas, de modo tal que, podrían dejar de ser cotidianas y por consiguiente imputables (p.98).

La postura del maestro claramente difiere de las ideas meramente objetivas del funcionalismo radical de Jakobs, es una postura que valora mucho las finalidades –y el conocimiento del poseedor del rol—, aun así, no se señale de manera taxativa. Además, se puede inferir que los roles no siempre deben ser valorados como tal, puesto que pierde su naturaleza (cambio) cuando tienen otro fin (favorecimiento del delito). En ese mismo sentido, Wohlers (s.f.) acota que, si un farmacéutico sabe que su cliente tiene intenciones de matar a su esposo, le vende remedio para plantas, no puede decir que actuó cotidianamente, lo mismo ocurre en el caso de la actividad bancaria –funcionario bancario que sabe que terceros transfieren dinero ilícito—.

Para la solución de supuestas conductas neutrales se ha planteado diversas posturas, ideas o teorías, unas más acertadas que otras; estas se han planteado no para todos los casos de presuntas conductas neutrales, sino para ciertos casos en concreto. Se ha identificado once posturas:

1.2.3.1. Puntos concretos de referencia

Sobre esto, bien lo ha desarrollado Frisch y Rudolphi, la idea es que para decir que el actuante conocía del futuro hecho delictivo del tercero, tiene que haber indicios o evidencias objetivas (puntos concretos de referencia). En ese sentido, habrá peligro jurídicamente relevante si se aporta a la conducta delictiva del tercero con conocimiento, pero a base de puntos concretos de referencia.

1.2.3.2. Existencia de una resolución de comisión del hecho delictivo

Esta teoría señala que, para imputar al interviniente el hecho delictivo del tercero, debe haber reconocido la decisión o resolución del tercero a cometer el delito. Stratenwerth

(1976, citado por Roxin, 2018), esgrime la siguiente idea: “solamente cuando otro esta ya resuelto, de manera reconocible, a cometer delito” (p. 320).

Para esta teoría solo cabría imputar objetivamente al coadyuvante de la conducta del tercero, si existe una evidencia clara que el tercero va ejecutar el plan criminal. Solo de esa forma se podría decir que existió una “resolución” criminal.

1.2.3.3. Uso y/o entrega de objetos peligrosos que puede servir solamente para cometer delitos

Existirá imputación objetiva cuando se colabore con productos como venenos, armas de fuego, cuchillos, bombas, granadas, y otros objetos peligrosos en sí mismos. Habrá peligro jurídicamente relevante si se aporta a la conducta delictiva del tercero con objetos peligrosos.

Esta teoría es cuestionada por su vaguedad, toda vez que, los objetos peligrosos mencionados no solamente sirven para cometer delitos, sino también para otros fines sociales; su uso es altamente riesgoso, pero es permitido mientras no sean para cometer delitos.

1.2.3.4. Proximidad al hecho ilícito del tercero

Al respecto, Schmoller (1996, citado por Blanco, 2001) refiere que: “(...) podemos afirmar que las acciones normales, de la vida diaria, puede constituir una colaboración socialmente inadecuada, que supera el riesgo permitido, cuando se encuentra en una estrecha conexión temporal y material con el hecho antijurídico (...)” (p. 168). Asimismo, Robles (2003) señala, cuando hay evidencia y cercanía con el hecho principal, será más fácil evaluar la adaptación al precitado hecho delictivo (p.315).

Para esta teoría, importa mucho la proximidad de la ejecución del delito, importa el tiempo que se pondrá en peligro el bien jurídico protegido. De modo tal que, una conducta neutral dejará de ser considerada como tal cuando el aporte del actuante a la conducta ilícita del tercero esté cerca por el elemento temporal y espacial. Vg; vender un cuchillo cuando se está suscitando una rencilla al frente del negocio.

1.2.3.5. Cooperación manipulativa o clandestina

Al respecto, Blanco (2001) cita el ejemplo del empresario que sabe que con los materiales que suministra a una fábrica, este cometerá delitos ambientales; los datos a tener en cuenta es que “(...) realiza la entrega de manera oculta y niega posteriormente que haya producido (...)” (p. 172). Para esta nimia teoría, hay que evaluar las condiciones en que se desarrolla la acción –oculta— y las circunstancias posteriores de traición o negación a la verdad de la conducta realizada.

1.2.3.6. El ejercicio de la libertad condicionadas con chantajes

Esta teoría predica que el interviniente o el quien motiva la comisión del delito no recibe pena porque el autor del delito condiciona su actuar de formar indebida. Vg; condicionar a la enamorada: “Si me dejas, mato a tu madre” o, el delincuente que amenaza al juez: “Si me sentencias, mato a tu hijo”. En dichos ejemplos, si bien es cierto, la enamorada y el juez son los que motivan el delito, pero no tienen responsabilidad penal porque estaban en pleno ejercicio de su derecho a la libertad (más que ello, el juez estaba en cumplimiento de su deber constitucional de juzgar), de lo contrario, como dice Roxin (s.n, citado por Blanco, 2001) que “(...) el Derecho Penal favorecería de forma inadmisibles a los chantajistas (...)” (p. 174).

En el ejemplo del juez y el enamorado despechado, en efecto, se tratan de conductas neutrales que de ninguna manera son mutadas –a riesgo prohibido—, aunque haya conocimiento efectivo, ergo, no podrían ser responsables penalmente, porque están en pleno ejercicio de la libertad personal –y la función constitucional en el caso del juez—.

1.2.3.7. La comunicación de informaciones verdaderas

Esta teoría señala que, quien comunica la verdad a una persona y se “afecte solo el motivo de autor” su conducta es socialmente adecuada, a diferencia del quien comunica e influye “en la posibilidad fáctica de la realización de un delito”. Al respecto, se discute el ejemplo del salvavidas que está yendo al rescate, sin embargo, desiste porque se le comunica (con la verdad) que es de un partido extremista. No es lo mismo

decir (1) “tu mujer de engaña, y ahorita está disfrutando en tu misma casa” y (2) “esa casa estará sola esta noche y tiene muchos bienes valiosos”; el efecto de la primera comunicación de la verdad es socialmente adecuada, mas no la segunda. Sin más, cuando la persona pregona la primera frase, lo que busca es solamente informar (muchas veces sin prever lo que sucederá); mientras que, con la segunda sin mayor análisis de “puntos de apoyo” se infiere que coadyuva para la futura ejecución del delito de hurto, de modo tal que, es una conducta no permitida.

1.2.3.8. Entrega de objetos o instrumentos (para el delito) y, actos favorecedores (a los autores)

Para evaluar la imputación, lo primero que se tiene que hacer, ver si existe una causalidad natural; después, si la acción creó un peligro desaprobado, y finalmente si el resultado es producto del peligro. Si el hecho ni siquiera tiene una causalidad natural, no tendría por qué pasar al siguiente segmento. Las conductas neutrales se analizan en la creación del riesgo (segundo segmento).

Se debe diferenciar entre los dos ejemplos: (1) una persona que vende un cuchillo sabiendo que con ella se matará y (2) una persona que brinda una habitación a un delincuente sabiendo que matará el día siguiente, o un enfermero en la selva que cura a personas sabiendo que son terroristas, o el quien brinda alimento a unas personas sabiendo que después del banquete, ejecutarán un robo.

En el primer ejemplo se brinda un instrumento para ejecutar el delito (ayuda directa), mientras que, en la segunda, se brinda apoyo necesario (alimento, cura y vivienda) para el autor del delito. En el primer ejemplo existe una causalidad natural, de modo tal que, el siguiente paso sería evaluar el peligro jurídicamente desaprobado; mientras que, en el segundo grupo de ejemplos ni siquiera existe causalidad natural, de tal manera, sería errado analizar el siguiente segmento. En ese sentido, el segundo grupo de ejemplos ni siquiera merecen llamarse conductas neutrales a pesar de que probablemente existan los conocimientos especiales.

Por su parte, Ransiek (1997, citado por Robles, 2003) también comparte los conocimientos en el tipo objetivo, sin embargo, considera que es muy amplio, de modo

tal que, para él, no existirá complicidad si el favorecimiento seguro –con conocimiento— se enfoca solamente a “las necesidades fundamentales de la vida del autor” como por ejemplo brindar bebidas al mandamás de un burdel o el pago de remuneración a un trabajador sabiendo que con ella cometerá actos delictivos (pp. 63-64).

El citado autor da entender también que, en nada sirven los conocimientos especiales si el favorecimiento no afecta directamente el bien jurídico protegido. Si el favorecimiento se dirige a satisfacer las necesidades o derecho básicos del autor del ilícito, aunque exista conocimiento certero, no existe complicidad.

1.2.3.9. La ponderación

Entre el bien jurídico protegido versus la libertad de acción y el derecho al trabajo de la persona que participa en conducta ilícita del tercero; estas ideas son de Ambos (2000, citado por Greco, 2017) quien refiere que, el riesgo permitido general se fundamenta en la ponderación entre la libertad general y la protección del bien jurídico, y que, en algunos casos, se une a las filas de la libertad general, el derecho del trabajo; en ese sentido se trataría un dos contra uno. Asimismo, se considerará conducta prohibida solo si, el interés de proteger el bien jurídico resulta superior al ejercicio del derecho a la libertad y el derecho al trabajo (pp. 154-155).

Esta teoría se enfoca en la relevancia y/o importancia del bien jurídico protegido para determinar el riesgo prohibido en la actuación de la persona que participa en el hecho ilícito del tercero. Es de considerar que, esta teoría cobra vital importancia en casos donde el bien jurídico protegido es de gran valor o cuando la conducta mella varios bienes jurídicos protegidos, dentro de los cuales estaría el delito de lavado de activos, corrupción de funcionarios –en sentido amplio—, delitos económicos, delitos ambientales y minería ilegal, crimen organizado y otros.

1.2.3.10. La idoneidad de las acciones neutrales (eficacia en la contribución)

Esta teoría es desarrollada por Greco (2017), dice que el primer filtro de las acciones neutrales para decidir si contribuye al hecho ilícito posterior –de modo que se imponga

la pena—, es la idoneidad. La carencia de idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico protegido, no será punible, es decir, si la prohibición de la conducta en concreto no es capaz de tratar de evitar —más que modificar y menos que salvar— el perjuicio para el bien jurídico, es irrelevante para el derecho penal. Ejemplifica que la acción del panadero conocedor sería modificada —no mejorada—, es decir, si el panadero conocedor se niega a vender el pan, el tercero irá a otra panadería y ejecutará con otro pan, pues se tratan de bienes ubicuos; asimismo, el vendedor conocedor del hacha tampoco sería penado si el hacha se vende en todos los lados; lo mismo pasaría con el taxista conocedor de los planes de sus clientes (pp. 165-191).

El argumento de Greco sobre este extremo es ambivalente. Si el vendedor de pan se rehúsa vender al probable asesino, este conseguirá otro pan y ejecutará con ello, con lo que el envenenamiento se tardaría unos minutos; sin embargo, también dice que, si se le corta la garganta a un condenado a muerte, el autor sería sancionado, por haberle acelerado la muerte —privándole de vivir más tiempo—.

Si se prohíbe vender pan a todo panadero —y a todo oficio— que conozca que con ella se va poner en peligro al bien jurídico, es suficiente; en ese sentido, no se podría decir que: “Si ese panadero no le vende el pan, el otro panadero lo hubiese vendido y con ello no se mejora la situación”, es postura es tan absurda como aquella que dice: “Si ese soldado no lo hubiese fusilado, el siguiente lo hubiese hecho”.

Debe quedar claro que, no se está cuestionado la teoría en general de Greco, sino solamente cuando se pretende diferenciar entre mejorar y modificar, y con esas posturas aparentemente diferentes entrar a resolver los casos. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, dicha teoría no es tan novedosa por su argumento, pero si por el título. Lo que Greco pretende hacer —en el fondo de asunto—, es analizar las conductas neutrales con la ubicuidad de los instrumentos u objetos que se brinda al tercero para ejecutar el hecho ilícito.

El pan, el taxista, el ferretero, los servicios del abogado son bienes y servicios que se encuentran en todos lados, son ubicuos. Es por ello que —dice Greco— como pueden suplirse con gran facilidad no son idóneas para la prohibición, de modo tal que no

deben ser punibles. Es una teoría con cuerpo de “la teoría de la ubicuidad de la prestación”, pero con ropaje de la “teoría de la idoneidad”.

Las conductas neutrales deben ser analizadas también desde un punto de vista de la política criminal, incluso, debe partir de ella. La criminología debe servir a la política criminal para emerger leyes penales y obviamente la doctrina penal basada en la realidad. Hay conductas neutrales que no deben dejarse impunes, sino que deben ser analizadas con el arsenal de teorías razonables sobre la materia. En ese sentido, Niedermair (1995, citado por Greco, 2017) refiere que, si se contribuye al hecho delictivo ajeno y se sabe de ello, no hay razones para dejar de sancionarse, pues, ello no significa atentar contra la libertad o un abuso, toda vez que, no existe derecho de participar en el delito. Por otro lado, por necesidad de la política criminal debe sancionarse esas conductas neutrales, pues, se practican dentro de la profesión y evidencian lucro (pp. 151-152). Asimismo, Robles (2003) acota que: “(...) cuanto más ubicuo sea la clase de favorecimiento menos deberá realizar el cómplice para adaptar al hecho (...) la actualización de una prestación a disposición de cualquiera mediante la ejecución de una actividad previamente configurada” (p.315).

Por otro lado, en la jurisprudencia peruana, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente N.º 0022-2017-4 se declaró fundada la excepción de improcedencia de acción apelando a las conductas neutrales. En su razonamiento – considerando 14— señaló que resulta evidente que el imputado únicamente participó en el acto de apertura de sobres, el mismo que se dio durante la etapa de selección, la cual estuvo a cargo de la UNOPS; además, en dicho acto no se adoptó ninguna decisión respecto al otorgamiento de la buena pro. Ergo, la conducta atribuida no supone un riesgo jurídicamente desaprobado. En efecto, el haber participado en acto de apertura de sobres, es una conducta neutral, la misma que habría tenido como fin solo darle publicidad, mas no calificar a los postores –función de la UNOPS—. Finalmente, la calidad de observador la pudo tener cualquier otro funcionario designado el Gobierno Regional de Cusco.

El juez adopta la teoría de la relevancia del aporte (idoneidad) a efectos de determinar la neutralidad de la conducta. En ese sentido, señaló que la conducta –participación en apertura de sobres— no fue relevante para suponer un riesgo para el bien jurídico protegido –concertación ilegal—. Asimismo, hace referencia a la intercambiabilidad del cooperante para determinar la neutralidad de la conducta.

1.2.3.11. La oportunidad para conocer

Para determinar si las conductas son neutrales o delictivas, es menester tener en cuenta la oportunidad de conocer. En el ejemplo del panadero que sabe que con el pan se envenenará, no es lo mismo que el panadero tome conocimiento (i) cuando ya recibió la contraprestación por el pan y (ii) antes de entregarle el pan y recibir la contraprestación. Si el panadero toma conocimiento una vez que ya recibió la contraprestación por el pan, la inminente afectación al bien jurídico protegido se torna ya casi insalvable (porque no podría quitarle el pan); mientras que, si toma conocimiento antes que le entregue el pan y antes de recibir la contraprestación, el bien jurídico está intacta, de modo tal que, negarse vender el pan sería la única salida.

En el segundo caso, la prohibición de no coadyuvar en hechos delictivos si surte sus efectos (hay libertad de decidir –o no— acoplarse al plan criminal); en el primer caso de ninguna manera (no hay libertad).

Con argumentación similar, Smith y Hogan (2015, citados por Méndez, 2018), mencionan que, la responsabilidad del vendedor no está en función a la transmisión de la propiedad, sino en merito a la entrega del bien. Teniendo en cuenta ese contexto, si el vendedor conoce antes de la entregar el bien u objeto al tercero (comprador) que cometería posteriormente un delito, será culpable (p.218).

1.2.4. Los conocimientos especiales

Los conocimientos especiales son aquellos ajenos al rol del ciudadano, ajenos porque son conocimientos extraordinarios. Los conocimientos especiales son considerados como tales por ser excedentes al conocimiento ordinario, o por ser de distinta categoría.

Por otro lado, Díaz (2014) puntualiza que, un conocimiento será especial solo si cumple dos rigurosas exigencias, es decir, debe ser material (de que tratan) y formalmente (como fueron adquiridos) especial. Es materialmente especial porque son conocimientos de distinta naturaleza que posee el rol, o son conocimientos de un grado mayor al rol exigido. Por parte de la formalidad, no basta con ser de distinta naturaleza o extraordinario para ser especial, sino que debe haber sido incorporado en el ejercicio de otro rol, de modo tal que, si fue ingresado en el ejercicio del mismo rol o, al azar, no puede ser conocimiento especial. Asimismo, señala que los conocimientos especiales tienen relevancia penal cuando existe una (i) posición de garante, cuando (ii) se manipula el uso de los conocimientos especiales, y cuando (iii) al sujeto se le concede un rol por tener los conocimientos especiales –aunque el autor discrepe de este último—.

Si bien es cierto, el autor hace referencia a solo tres supuestos donde sería relevante los conocimientos especiales, empero, también debería ser tomada en cuenta los conocimientos especiales ante un peligro inminente, en la importancia del bien jurídico protegido y la relevancia para el Estado de Derecho –mayor argumentación *ut supra* en la teoría de la idoneidad—.

Qué duda cabe, para considerar el conocimiento como especial –en su aspecto formal—, el actuante debe haberla incorporado de manera razonada, por ello, al menos las adquisiciones al azar de los conocimientos especiales deben ser analizadas cuidadosamente. No es lo mismo (a) enterarse de una inminente actividad criminal por meros chismes y (b) enterarse por propia boca del tercero que cometería el hecho ilícito.

Por otro lado, los conocimientos especiales y las capacidades especiales muchas veces son usadas como sinónimos; empero, se trata de dos conceptos distintos; en ese sentido, De Vicente (2020) considera que, los conocimientos pueden ser antes que las capacidades –consecuencia de—, puesto que conocer es poder. Asimismo, señala que los conocimientos siempre son adquiridos, mientras que las capacidades no siempre son adquiridas, algunas son innatas.

Finalmente, es menester precisar que la determinación de los conocimientos especiales es bastante complicado para el tema procesal, en concreto, para el tema probatorio. La prueba del conocimiento especial resulta ser una prueba diabólica. En similares ideas se pronuncia De Vicente (2020), quien dice que la concurrencia actualizada de conocimientos y capacidades especiales no obedece a presunciones, y su prueba, en la mayoría de los casos, no es nada sencilla.

1.2.4.1. ¿Conocimientos especiales o dolo?

Los conocimientos especiales deben ser analizados dentro del tipo objetivo, aunque algunos pretendan considerarlo como parte del tipo subjetivo. De modo tal que, cuando se hace referencia a los conocimientos especiales, no es posible hablar de un posible dolo o algún otro elemento del tipo subjetivo. De vicente (2020) precisa que el carácter subjetivo de los conocimientos y capacidades especiales, no impide su integración en el juicio objetivo, ni importa el quiebre del sistema. Aunado a ello, señala que no es posible juzgar la existencia del peligro sin tener en cuenta el saber (conocimientos especiales) y el poder (capacidades especiales).

Algunos autores han señalado que es incorrecto considerar los conocimientos –y capacidades— especiales dentro del análisis objetivo de la conducta, puesto que los conocimientos especiales se analizarían para determinar el dolo, mas no para valorar el riesgo prohibido en el tipo objetivo. Las críticas dicen que considerar los conocimientos especiales dentro del tipo objetivo, no sería otra cosa que la doble valoración del dolo, primero en el tipo objetivo de la conducta y segundo en tipo subjetivo de la conducta.

Debe tenerse en cuenta la distinción entre el conocimiento de los elementos del tipo y aquellos conocimientos de inminente (predecir el futuro inminente) afectación al bien jurídico protegido a través de una especial información adquirida por el actuante. El primer conocimiento hace referencia al dolo, mientras que el segundo hace referencia a los conocimientos especiales. Es esa misma línea, Díaz (2014) precisa que los conocimientos especiales “(...) permiten predecir el resultado relevante (...)” (p. 151).

En ese sentido, si existe diferencia entre los conocimientos especiales y el dolo, ergo, el análisis de los conocimientos especiales en el tipo objetivo no debe catalogarse como una doble valoración del dolo.

1.2.4. La jurisprudencia española en materia de conductas neutrales

La Corte Suprema en lo Penal de España ha resuelto diversos casos donde el tema central de discusión son las presuntas conductas neutrales y, en todas ellas dentro de procesos complejos y delitos complejos como blanqueo de capitales o lavado de activos, corrupción de funcionarios, defraudaciones tributarias y organización criminal.

a) Resolución número 942/2013 del 11 de diciembre de 2013

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez De Luarca

I. Petitorio

La defensa técnica del sentenciado interpuso recurso de casación alegando afectación al principio de inocencia, proporcionalidad de la pena y otros.

II. Base fáctica y otros (abstracta)

Se condenó a PASCUAL por el delito de lavado de activos (blanqueo de capitales). Se le imputó que, en su calidad de constructor de la localidad, aceptó construir una vivienda a sus amigos, los cónyuges VICTORINO y MARIA CONSUELO. Para la firma del contrato se suscribió a nombre de ALEXIS (padre de MARIA CONSUELO), posteriormente fue sustituido por la empresa ALBION INVESTMENT SAPIN SL (constituida y manejada por MARIA CONSUELO). Es de precisar que, MARIA CONSUELO gestionaba toda la construcción con PASCUAL, pese a ello, este no cuestionó que el contrato se celebró a nombre de otras personas (ALEXIS y ALBION INVESTMENT SAPIN SL), aunado a ello, MARIA CONSUELO y ALEXIS eran personas que no tenían ingresos suficientes para costear la construcción de la vivienda por la suma de 216,949.3 euros. Asimismo, PASCUAL sabía que VICTORINO había sido condenado por el delito de tráfico ilícito de drogas y, además, sabía que MARIA

CONSUELO tenía una cuenta en la que recibía ingentes sumas de dinero, desconociéndose su procedencia.

La defensa técnica de PASCUAL señaló que el dinero recibido y facturado corresponde a la construcción realizada; solo existiría ilicitud si el monto facturado fuese menor a la construcción ejecutada. No hay disparidad entre lo facturado y lo construido. Asimismo, señaló que se limitó hacer uso de su trabajo o cumplir con su rol.

III. *La ratio decidendi*

La Suprema Corte en su considerando tercero, punto 2, estableció que el recurrente no actuó como un profesional de construcción, sino como colaborador directo en el ocultamiento del dinero ilícito proveniente de tráfico ilícito de drogas en obra de construcción, hechos que conocía, toda vez que, era amigo de la familia y el contrato con el supuesto obligado era solo de nombre, sabiendo que dicha persona era jubilada y no tenía fuente de ingreso económico conocido.

Asimismo, en el considerando cuarto, punto 1, señaló que:

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene 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 en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil 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.** Lo resaltado es propio.

Además, en el punto 2, dijo que:

En el caso, el recurrente viene a sostener que su conducta integra un acto puramente neutral. Sin embargo, y además de lo ya dicho en el fundamento jurídico anterior, de la sentencia resulta que **conocía que Victorino y su esposa María Consuelo procedían a convertir importantes cantidades de dinero procedentes del narcotráfico en bienes inmuebles realizando pagos mediante una entidad mercantil aparentemente no relacionada con ellos**. En ese marco de conducta de los terceros, que exterioriza ya una finalidad delictiva, el recurrente aportó su profesión como constructor para facilitar el tránsito de ese dinero desde el metálico hasta su transformación en un inmueble de nueva construcción (...). Lo resaltado es propio.

IV. Parte resolutive

Declararon NO HABER NULIDAD de la sentencia contra el recurrente.

Análisis:

La presente resolución expedida por el más alto resolutor de controversias jurisdiccionales de España, es muy importante, por la doctrina penal que acoge respecto a las conductas neutrales, y la forma de razonar un caso en concreto.

La Corte Suprema da cuenta de que las conductas neutrales son similares con las conductas de cooperación del hecho delictivo, de modo tal que, ya en el aspecto objetivo se debe tener en cuenta el conocimiento, el contexto y la finalidad delictiva. En otros términos, resulta difícil absolutamente separar el conocimiento del aspecto objetivo de la conducta.

La postura tomada es de carácter subjetivo –concretamente la teoría mixta-objetiva—, es decir, la teoría que relleva los conocimientos especiales en el aspecto objetivo, pero teniendo como piedra basal en ciertos puntos de apoyo.

Dicha resolución acoge **la teoría de puntos concretos de referencia de Frisch y Rudolphi**, a efectos de afirmar conocimiento, y ello se refleja cuando dice que su condición de amigo de los cónyuges le permitió saber que estaban vinculados al TID, cuando se hizo el contrato con personas ajenas, no fueron los beneficiarios de la

construcción quienes firmaron el contrato y, además, sabía que dichas personas no tenían actividades comerciales y económicas conocidas. Por otro lado, también se acoge **la teoría de la existencia de una resolución criminal** de Stratenwerth, cuando dice que se exteriorizó la conducta de los terceros –convertir el dinero producto de TID en propiedades inmuebles—, la cual tenía una finalidad delictiva.

Finalmente, cabe recalcar la importancia de la presente resolución suprema, la misma que sirvió como precedente para futuras decisiones de jueces de distintos grados, así como también para la misma Corte Suprema de España. Por otro lado, también sirvió para que el juez Jorge Chávez Tamariz de la Corte Penal de Justicia Especializada del Perú, rechace una excepción de improcedencia de acción por presuntas conductas neutrales.

Qué duda cabe, construir una casa es una conducta neutral, banal, y estereotipada, y como tal no genera riesgo jurídicamente desaprobado; empero, si a ello se añade el conocimiento especial, la conducta cambia significativamente, ya no se trata de una conducta neutral, sino riesgosa; ego, imputable objetivamente.

b) Resolución número 91/2014 del 07 de febrero de 2014

Ponente: Candido Conde-Pumpido Tournon

I. Petitorio

Las defensas técnicas de los sentenciados interpusieron recurso de casación alegando afectación a la tutela judicial efectiva, principio de inocencia, debida motivación y proporcionalidad de la pena.

II. Base fáctica y otros (abstracta)

Se condenó a Higinio, Milagrosa y María Inmaculada por el delito de lavado de activos (blanqueo de capitales). Los dos primeros son padres de María Inmaculada. Se le atribuyó el delito de lavado de activos con el delito precedente de tráfico ilícito de drogas. Es de precisar que, Higinio y Milagrosa fueron condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas, dichas personas habrían puesto a nombre de su hija (María

Inmaculada), diversos bienes muebles e inmuebles, abrieron varias cuentas bancarias en la que recibían ingentes sumas de dinero. Los tres procesados no tenían actividades comerciales o económicas que pudieran sustentar el patrimonio que poseían.

Uno de los argumentos de María Inmaculada fue que se afectó el principio de inocencia, toda vez que, ella no fue condenada por el delito de tráfico ilícito de drogas; asimismo, se alegó que su conducta fue neutral.

III. **La *ratio decidendi***

La Suprema Corte española cita y toma como referencia lo señalado en la STS 942/2013 del 11 de diciembre de 2013, donde se precisa que, en supuestos de conductas neutrales, es difícil disociar el aspecto objetivo y subjetivo.

Asimismo, en el considerando décimo, párrafo 9 y 10 señaló que:

En el caso actual, es claro que la conducta de la recurrente no puede acogerse a esta doctrina del acto neutral. De la sentencia se deduce que su proximidad familiar **le permitía conocer que sus padres estaban procediendo a reconvertir** importantes cantidades de dinero procedentes del narcotráfico en bienes muebles, inmuebles y productos financieros, con la evidente finalidad de ocultar su procedencia.

En el marco de la conducta de sus padres, que exterioriza una manifiesta finalidad delictiva, la recurrente aportó su colaboración para facilitar el tránsito de las ganancias procedentes del narcotráfico desde su condición inicial de dinero en metálico hasta su transformación en inmuebles o en productos financieros (...). Lo resaltado es propio.

IV. **Parte resolutive**

Declararon NO HABER NULIDAD de la sentencia contra los recurrentes.

Análisis:

El Tribunal Supremo Español acoge la importancia de los conocimientos especial, si bien es cierto, no lo señala taxativamente.

También es menester señalar que, se acoge **la teoría de puntos concretos de referencia** de Frisch y Rudolphi, a efectos de afirmar el conocimiento, y ello se refleja cuando dice que su condición de familiar cercana de MARIA INMACULADA le permitió conocer el hecho ilícito (“su proximidad familiar le permitía conocer que sus padres estaban procediendo a reconvertir”). Asimismo, se acoge **la teoría de la existencia de una resolución criminal** de Stratenwerth, cuando dice que sus padres exteriorizaron la conducta delictiva y a partir de ello, se afirma el conocimiento. Por todo ello, a criterio propio, es correcto denegar la presunta neutralidad de la conducta de María Inmaculada.

c) Número de resolución 487/2014 del 09 de junio de 2014

Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

I. Petitorio

Las defensas técnicas de los sentenciados interpusieron recursos de casación alegando afectación al principio de inocencia, tutela jurisdiccional efectiva, proporcionalidad de la pena y otros.

II. Base fáctica y otros (abstracta)

Se procesó y se condenó por el delito de blanqueo de capitales y cohecho a ADRIANA CARINA, CESAREO MAXIMINO, MAXIMO MATEO, VIRGILIO LAZARO, MARIANA HERMINIA, LAUREANO EDUARDO. La génesis delictiva se da cuando NAZARIO DIONISIO ingresa al Ayuntamiento de Marbella aproximadamente en el año 1999 como teniente alcalde de EFRAIN, años después, se convierte en alcalde provisional y después, en alcalde electo (hasta el año 2003 aproximadamente). Durante ese periodo, habría aprovechado de su cargo para generar dinero maculado a través de delitos generadores del dinero ilícito. En ese sentido, NAZARIO DIONISIO y su esposa

ADRIANA CARINA adquieren diversos bienes muebles e inmuebles, empresas y abren cuentas bancarias para mover sumas ingentes de dinero maculado.

En ese contexto, CESAREO MAXIMINO (hermano de ADRIANA CARINA y cuñado de NAZARIO DIONISIO) quien cumplió el papel de testaferro de su cuñado y hermana, se contactó con MAXIMO MATEO, persona que trabajaba en el banco suizo Ferrier Lullin et Cie S.A, pidiéndole que le ayude administrar unos fondos de su hermana. MAXIMO MATEO sabía que su hermana era la esposa de NAZARIO, el mismo que tenía incontables investigaciones. En ese sentido, CESAREO abrió una cuenta en el banco Ferrier Lullin et Cie S.A, bajo la denominación de “Damadenoche”, una vez creada esta cuenta, MAXIMO MATEO se encargó de administrar y transferir diversas sumas ingentes de dinero, usando para tal fin otras cuentas bancarias como puente. Posteriormente, de la cuenta denominada “Damadenoche”, los hermano CESAREO y CARINA regresaron el dinero ilícito a España.

La defensa técnica de MAXIMO MATEO (banquero conecedor) señaló que su conducta no tendría el elemento objetivo del tipo de blanqueo de capitales por ser neutral y, por tanto, atípica.

III. *La ratio decidendi*

El Tribunal Supremo Español en su considerando decimoctavo, párrafo 2, citó y compartió el argumento respecto a las conductas neutrales establecida en la sentencia 942/2013 del 11 de diciembre de 2013 (respecto al extremo que no se puede disociar el elemento objetivo del elemento subjetivo).

Fijado esa premisa doctrinaria-jurídica. En el párrafo 4 mencionó que:

El procedimiento seguido por el acusado en su trabajo profesional estaba impregnado de todas las connotaciones de opacidad y oscurantismo propias de una conducta ilegal, **presentando así un áurea de ilicitud que poco tiene que ver con el ejercicio neutral de una profesión**, pues todo apunta de forma patente en la línea de una conducta con un sentido punible que excluía de plano la adecuación social de su proceder por ajustarse al desempeño legítimo de la labor

bancaria. Y si a ello le añadimos lo que en su momento pactó con el acusado Cesareo Maximino, de quien **sabía que se trataba de un auténtico testaferro, y el conocimiento de la procedencia delictiva del dinero y de los objetivos de blanqueo que buscaban ambos hermanos, solo cabe concluir que la alegación de la atipicidad de la conducta del recurrente por su supuesta naturaleza neutral está totalmente fuera de lugar, tanto por el contexto en que se realizó, como por el conocimiento que tenía del mismo**, como, en definitiva, por la forma en que la llevó a cabo. Lo resaltado es propio.

IV. Parte resolutive

Se mantiene el fallo conforme lo dictó en juez de instancia, es decir, condenando a MAXIMO MATEO.

Análisis:

La presente resolución analizada, toma como precedente a la sentencia 942/2013 del 11 de diciembre de 2013, en el extremo que acoge de igual modo la teoría subjetiva que valida los conocimientos especiales en el aspecto objetivo.

En el presente caso, se tiene a un trabajador del banco que alegó haber cumplido su rol como tal, es decir, conducta neutral. Sin embargo, en cumplimiento de esas funciones, también conoció que el dinero que administraba y transfería era de procedencia ilícita.

Finalmente, dicha resolución reliva el contexto en la que se realiza la conducta, y en merito a ello, se afirma el conocimiento especial de MAXIMO MATEO. Por lo demás, a consideración nuestra su *ratio decidendi*, es correcta.

d) Número de resolución 290/2018 del 14 de junio de 2018

Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

I. Petitorio

Las defensas técnicas de los sentenciados interpusieron recursos de casación alegando afectación al principio de inocencia, tutela jurisdiccional efectiva, proporcionalidad de la pena y otros.

II. Base fáctica y otros (abstracta)

Se procesó y condenó por el delito contra la ordenación del territorio, cohecho, fraude, malversación y contra la hacienda pública a EDEMIRO, HUGO, AUGUSTO, HERNAN, ESMERALDA, JUAN CARLOS, OBDULIO, JOSE MARIA, PRIMITIVO, PEDRO MIGUEL, BERNARDO, SATURNINO, LUIS ANTONIO, LEONOR, ALBERTO, MAXIMILIANO y SIXTO. Los hechos versaron sobre las defraudaciones fiscales realizados por los titulares y demás trabajadores de la empresa que construyó y vendió 72 apartamentos, y para no pagar los respectivos impuestos, realizó dos tipos de simulaciones (compra de acciones por la suma de 40 millones y compra de futuro de acciones de Google por la suma de 35 millones) a fin de contarlo como pérdida, con tal de no pagar 15 millones correspondiente a impuestos de sociedades.

En ese sentido, el señor BERNARDO como contador de la sociedad By The Sea, S.L quien llevó la contabilidad, elaboró las cuentas anuales, las declaraciones, entre otras funciones inherentes, colaboró con los principales autores en el plan delictivo.

La defensa técnica de BERNARDO señaló que su conducta fue neutral, por tal motivo, no delictivo.

III. La *ratio decidendi*

La Suprema Corte en su considerando cuadragésimo segundo, tercer punto, cita y comparte el argumento respecto a las conductas neutrales establecida en la sentencia 942/2013 del 11 de diciembre de 2013 (respecto al extremo que no se puede dissociar el elemento objetivo del elemento subjetivo).

Fijado esa premisa doctrinaria-jurídica. En el punto 4, señaló que:

(...) la forma en que desempeñó el recurrente su profesión de gestor, y dentro de ella su labor de llevar de la contabilidad de una empresa inmobiliaria y la elaboración o preparación de la documentación para las declaraciones del Impuesto de Sociedades, **no presentaba las connotaciones de un ejercicio de una acción neutral, sino que todos los factores que la rodeaban le otorgaban los caracteres prototípicos de una conducta delictiva.**

(...) se puede percibir fácilmente que **el acusado era conocedor de las operaciones simuladas que habían ejecutado los principales acusados y también de la forma necesariamente fraudulenta en que iban a operar en las declaraciones fiscales que el propio recurrente se encargaba de preparar, a sabiendas de que estaba facilitando con ello que el fraude fiscal se llevaba a cabo.**

Todo aboca pues de forma ostensible a la ejecución de una conducta con un sentido punible que excluía de plano la adecuación social de su proceder y confirmaba la asunción del desempeño penalmente ilícito de la labor de gestor, **por lo que la alegación de la atipicidad de la conducta del recurrente por su supuesta naturaleza neutral está fuera de lugar en este caso, tanto por el contexto en que se realizó como por el conocimiento que tenía del mismo.** Lo resaltado es propio.

IV. Parte resolutive

Se mantiene el fallo conforme lo dictó en juez de instancia, es decir, condenando a BERNARDO.

Análisis:

La presente resolución, de igual modo, toma como precedente la sentencia 942/2013 del 11 de diciembre de 2013. En ese sentido, toma la postura subjetiva de las conductas neutrales. En el presente caso, se tiene una presunta conducta neutral de BERNARDO en su calidad de contador de la empresa, pero tuvo conocimiento de las ilicitudes de los principales órganos de representación de la empresa defraudadora. El pigmento que pintó la conducta neutral con la ilicitud fue el conocimiento especial; aunando a ello, la conducta del contador fue realizado dentro de un contexto delictivo.

1.2.5. La excepción de improcedencia de acción

Judicializada la acción penal con la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, que, a su vez, es imperativo cumplir con la imputación concreta. Una vez formalizada la causa penal, queda expedita el ejercicio de los medios técnicos de defensa, tales como: (i) la excepción de improcedencia de acción, (ii) prescripción de la acción, (iii) excepción de cosa juzgada, (iv) naturaleza de juicio y, (v) amnistía.

La excepción de improcedencia de acción es definida por Neyra (2015) como el medio técnico de defensa de carácter perentorio que ataca la acción penal para fenecerlo, archivándola definitivamente (p. 278). Dicho medio de defensa es planteado contra una imputación penal que no es delito y/o no es justiciable penalmente. Es decir, el hecho imputado es atípica, antijurídica y no punible. Respecto a este último, Reyna (2015) sostiene que existen diversos casos donde la calificación del hecho podría considerarse, típica, antijurídica y culpable sin embargo no hay necesidad de pena, por lo que no existiría la punibilidad (p. 51).

1.2.5.1. Hechos palmarios y excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de la acción penal debe plantearse cuando los hechos están sumamente claros y precisos; es decir, la base fáctica plasmada en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria debe ser clara, precisa y circunstanciada; además de ello, considerarse obvio que el hecho investigado no es delito –atipicidad absoluta— o que el hecho investigado no se adecúa a la hipótesis típica del Ministerio Público –atipicidad relativa, que, por cierto, muchas veces es forzada—. No procede si existe nebulosa, hechos complejos y controversiales.

En esa misma línea, Oré (2016) menciona que la excepción de improcedencia de acción se interpone cuando existe evidencia que el hecho imputado no es delito –por ejemplo, el proceso penal por adulterio, proceso por peculado a un no funcionario, proceso por homicidio a un actuante por legítima defensa y proceso a un menor de

edad—, es decir, la contundente inexistencia de los presupuestos de la acción penal, de modo que, continuar con el proceso penal sería arbitrario (pp. 411-413).

Asimismo, Reynaldi (2018) con acierto dice que, la excepción de improcedencia de acción se está resolviendo sobre hechos fácticos que podrían cambiar posteriormente con el principio de progresividad de la investigación. De modo que, el control de la adecuación del hecho al derecho debe –deber del juez— limitarse a aquellos supuestos donde sea contraria a ley –evidente y manifiestamente atípica— o manifiestamente irrazonable y extravagante. Debe ser un juicio de adecuación abstracta para evitar el “mini juicio”. Finalmente, señala que, el análisis de la adecuación debe partir siempre tomando como cierto los hechos atribuidos por el Ministerio Público, de modo tal que, no es correcto el debate sobre su falsedad o veracidad; la discrepancia debe ser solo de tipo normativo (pp. 345-368).

Este presupuesto es muy importante para viabilizar la excepción de improcedencia de acción, pues, el juez debe hacer un análisis de adecuación y no valorativo, y ello solo es posible si se parte de hechos evidentemente atípicos o no justiciables penalmente.

1.2.5.2. La prueba –elementos de convicción a estas alturas— y la excepción de improcedencia de acción

Muchas veces llamamos prueba a los elementos de convicción en la primera y segunda fase del proceso penal. La prueba se origina con su actuación y contradicción en juicio oral; antes simplemente son elementos de convicción que anhelan ser prueba.

Ahora bien ¿Esa distinción de estatus –prueba y elementos de convicción— implica formas de valorarla? Mendoza (24 de septiembre de 2021) enseñó que el razonamiento es único. Una cosa es que las inferencias se realicen con base a prueba producida en juicio (mayor calidad) y, otra cosa es valorar elementos de convicción (menor calidad). La valoración es lo mismo. Los jueces de investigación preparatoria también valoran y argumentan, pero operan con insumos diferentes (28m01s-45m04s).

En esa misma línea, sin duda, cuando el juez de investigación preparatoria va resolver si impone o no la prisión preventiva o cualquier otro requerimiento formulado por el Ministerio Público, debe valorar los elementos de convicción, tan igual como lo hace el juez de juicio para dictar sentencia; la diferencia fundamental es que lo hace con insumos diferentes.

En ese sentido, en la etapa intermedia, el juez de investigación preparatoria debe analizar exhaustivamente si la *causa petendi* del Ministerio Público tiene sustento suficiente de elementos de convicción, caso contrario debe sobreseerse la causa penal. El sobreseimiento por esta causal solo será posible cuando a todas luces o de manera palmaria, no existen elementos de convicción o, habiendo, estos no serían suficientes para condenar al imputado –un análisis abstracto—.

El artículo 8°, numeral 1 del Código Procesal Penal señala que: “La cuestión previa, cuestión prejudicial, **las excepciones que se deduzcan durante la Investigación Preparatoria** serán planteadas (...) **adjuntando, de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan**”. Lo resaltado es propio.

La Corte Suprema – Sala Penal Especial, en el expediente N.° 03-2015-35, resolución de fecha 14 de noviembre de 2016, en el fundamento décimo primero cita el artículo 8° numeral 1 del CPP, y con pie de página señala que: “Se debe precisar que de adjuntarse elementos de convicción estos deben ser lo suficientemente claros jurídicamente para desvirtuar la tipicidad o punibilidad de la conducta imputada, sin requerir un contradictorio propio de juicio oral”. En ese mismo considerando, señala que: “(...) la excepción de improcedencia de acción no implica un examen probatorio, ni examina del fondo de la controversia propio de un juicio oral”.

Asimismo, el fundamento jurídico décimo tercero señala que: “(...) no se ha desacreditado concluyentemente mediante algún elemento de convicción. Por tanto, el recurrente pretende al respecto un análisis probatorio que no se adecúa con la naturaleza de la excepción de improcedencia de acción”. Finalmente, en el considerando décimo quinto señala que:

Al advertirse que los cuestionamientos realizados por el recurrente no se adecuan a la naturaleza jurídica de la excepción de naturaleza de acción, sino que pretende un análisis del fondo del asunto, y no presentando elementos de convicción que acrediten sin necesidad de contradictorio la ausencia de tipicidad o punibilidad, el presente recurso es infundado.

El artículo 8°, numeral 1 del CPP establece las formalidades abstractamente para solicitar los medios técnicos de defensa –cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones—, siendo una de ellas –de ser el caso— la presentación de elementos de convicción.

Concretamente respecto a las excepciones, definitivamente para algunas de ellas, es menester presentar elementos de convicción. La formulación de la excepción de prescripción y excepción de cosa juzgada necesitan que se acompañen las disposiciones y/o resoluciones que fortalezcan los argumentos esgrimidos, empero, la excepción que no necesita de ningún elemento de convicción es la excepción de improcedencia de acción, porque su forma de fenecer la acción penal –perentoriedad— es distinta a los demás. En ese sentido, el artículo mencionado, cuando dice “adjuntando, se de ser el caso, los elementos de convicción que corresponda” se refiere a cualquier otra excepción, mas no a la improcedencia de acción.

Así las cosas, la resolución de la Corte Suprema antes mencionada, parte con una premisa normativa equivocada, al señalar que la excepción de improcedencia de acción necesita de elementos de convicción en mérito al artículo 8° numeral 1 del CPP. Aunado a ello, es contradictorio –o ambivalente— cuando señala que se necesita de elementos de convicción claros para desvirtuar la tipicidad y la punibilidad; por otro lado, que la excepción de improcedencia de acción no implica el examen o análisis probatorio.

Los jueces de Investigación preparatoria valoran elementos de convicción y el juez de juicio valora la prueba producida en el plenario; esa diferencia depende del estadio procesal. El razonamiento que efectúan es lo mismo. La diferencia es que, para el juez

JIP, el insumo es el elemento de convicción y para otro, la prueba actuada en el plenario. En ese entender, resulta incorrecto el razonamiento efectuado por la Corte Suprema en la resolución en comento.

No es correcto analizar prueba –elementos de convicción en el sentido estricto de la palabra— en una incidencia de excepción de improcedencia de acción penal, porque esa peculiaridad es solo del juez de juicio. En ese sentido, la Casación N.º 407-2015/Tacna, en su fundamento jurídico sexto, indicó que el *ad-quem* realizó inferencias probatorias en una etapa procesal inadecuada; que la valoración de prueba está vedada en la evaluación de la excepción de improcedencia de acción y que ello se efectúa en la etapa de juicio oral.

Esa misma postura la compartió la Casación N.º 184-2018/Amazonas; esta casación es importante porque resolvió tremenda estupidez del tribunal de alzada, toda vez que, se analizó prueba –con inferencias— y, además, decía que hubo error de prohibición invencible –falta de culpabilidad—, esa resolución vista en casación parecía una sentencia absolutoria.

Esa corrección –a jueces que valoraron prueba— también hizo la Casación N.º 160-2014/Ancash, Casación N.º 150-2010/La Libertad, Casación N.º 1974-2018/La Libertad, Casación N.º 184-2018/Amazonas, y la Casación N.º 388-2012/Ucayali, esta última es importantísima porque corrige el error garrafal –horror en todos sus extremos (falta de motivación, valoración probatoria en etapa prematura, desconocimiento básico de la teoría del delito, desconocimiento de los alcances de los delitos imputados por la fiscalía, y desconocimiento de los efectos de la falta de imputación necesaria),— del *ad-quem*.

Sin embargo, esas aberraciones fueron cometidas por los mismos jueces supremos mediante la Casación N.º 153-2017/Piura –pagina 22, 23, 26, 30 y 32— y la Casación N.º 581-2015/Piura –pagina 24, 26, 27, 29, y 31—, ambas valoraron los elementos de convicción, realizando inferencias, afirmaron y descartaron ciertos elementos descriptivos y normativos del tipo, en merito a todo ello, concluyen que si procede la

excepción de improcedencia de acción; más parecen sentencias absolutorias, menos autos que resuelven la excepción de improcedencia de acción.

Si ese error la cometen jueces supremos y jueces superiores, porque no una juez de primera instancia. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Transitoria de Condevilla – San Martín de Porres, en el Expediente N.º 05230-2019-2, resolución número 6, fundamento séptimo, murmuró que:

(...) la conducta delictiva en ambos delitos **se encuentra suficiencia probatoria, resulta típica, antijuricidad y culpable, se ha cumplido con los elementos objetivos y subjetivos, el dolo, conocimiento y voluntad**; y dentro de aspectos objetivos que se cumple todos los requisitos de **tipicidad y de antijuricidad contraria al ordenamiento jurídico**, y no ha habido causa de justificación que se haya empleado dentro del desarrollo del proceso; **y que también resulta culpable**, (...); por el contrario, también consideramos que resulta punible (...) (pp.15-16). Lo resaltado es propio.

Sin duda, creo que la juez pensó que estaba emitiendo una sentencia condenatoria, se olvidó que emitía un auto en etapa intermedia que rechaza la excepción de improcedencia de acción. Solo le faltó decir que: "(...) condeno a X por el delito Y a Z años de pena privativa de libertad (...)". Las pequeñas críticas a la precitada resolución son: (i) la excepción de improcedencia de acción no se funda ante la carencia de elementos de convicción, (ii) la excepción de improcedencia de acción no analiza la culpabilidad, y (iii) se señala que la "tipicidad y antijuricidad contraria al ordenamiento jurídico", como si también hubiese tipicidad y antijuricidad "no" contrario al ordenamiento jurídico.

Finalmente, el juez Concepción Carhuanchó del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializado en Crimen Organizado, en el Expediente N.º 0079-2016-17, para resolver la excepción de improcedencia de acción, fija la premisa normativa jurisprudencial –Casación N.º 184-2018/Amazonas— señalando que en dicha incidental no es de recibo analizar elementos de convicción, empero, en el considerando 7.2.1.6 valora fuentes probatorias recabadas por el fiscal –para colmar las deficiencias de la imputación del fiscal, porque la misma no refleja las bondades de

los elementos de convicción recabadas—. Esa forma de resolver la incidencia, demuestra incorrecta justificación interna –ilógica—.

La excepción de improcedencia de acción se resuelve solo con los hechos detallados en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, o también, sobre hechos ampliados mediante disposición. Analizar prueba en la etapa primigenia, sería desnaturalizar el proceso penal; además, el juez de investigación preparatoria asumiría competencias que no le incumben.

1.2.5.3. No se admite negaciones, alteraciones ni reducciones al plantearse la excepción de improcedencia de acción

San Martín (2020) menciona que el análisis de la excepción de improcedencia de acción “(...) se realiza desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos” (p.367).

Otra de las aberraciones es cuando la defensa del imputado, pretende negar la existencia de los hechos (con alegaciones de falta de prueba, o contraprueba), alterando los hechos, o alegando que los hechos ocurrieron de otra forma –coartadas—, es decir, intentan mutar los hechos para encuadrar la excepción de improcedencia de acción.

Ese argumento enclenque de la defensa del imputado está vedado, así lo señaló la Casación N.º 1974-2018/La Libertad, en el fundamento jurídico primero, que no se puede introducir hechos nuevos para contrarrestar la base fáctica que el fiscal sostiene, la discusión de la excepción de improcedencia de acción es de mero derecho partiendo del hecho imputado. Además, señala que la variación del hecho o su negación, es una defensa de fondo que se debe efectuar en juicio oral con base probatoria.

Lo precisado por la casación *ut supra* es importante porque, en efecto, el quien alega hechos, tiene que probarlo –principio común—. Si la defensa invoca hechos nuevos o los niega, deben ser sustentadas con elementos de convicción, de lo contrario se

quedan en meros hechos fantasiosos. Un hecho no probado es un hecho imaginario y fantasioso.

La negación de los hechos imputados muchas veces pasa desapercibida, puesto que, se puede negar no necesariamente todo el hecho, sino alguno de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal hipotético de la disposición. Verbigracia, negar la actividad criminal previa, cuando la fiscalía si cumplió con enunciar las proposiciones fácticas al respecto; alegar desconocimiento, cuando la fiscalía si imputó dolo, entre otros.

Las coartadas son fáciles de detectar. Si la defensa técnica argumenta que su patrocinado no estuvo en el lugar del evento delictivo, ese argumento –así sea verdad— no es correcto plantearse en la excepción de improcedencia de acción.

1.2.5.4. Falta de imputación concreta (desde el tópico del *factum*) y la excepción de improcedencia de acción

Otra de las problemáticas usuales es plantear excepción de improcedencia de acción cuando los hechos –objeto del proceso y de prueba— son oscuros, imprecisos y vagos; es decir, ante una falta de imputación concreta desde el tópico del *factum*. Las diversas investigaciones y la jurisprudencia han señalado con razón que, eso está proscrito. Tal es el caso de la Casación N.º 392-2016/Arequipa, en el fundamento jurídico décimo quinto, argumenta que: “La falta de imputación necesaria no significa la ausencia o inexistencia de algún elemento del tipo penal; por lo que no puede equipararse con la excepción de improcedencia de acción”. Ese razonamiento también se hace en la Casación N.º 673-2018/Ayacucho en el fundamento jurídico 2.1 (párrafo 6).

El planteamiento de la excepción de improcedencia de acción, tiene como requisito fundamental que los hechos puedan estar circunstanciados en modo, tiempo y lugar –de ser posible en algunos casos—; esa labor es de carácter descriptivo –y no valorativo como muchos fiscales suelen hacer—. Cumplido ello, recién está expedita la causa para analizar la adecuación –o subsunción— de los hechos al tipo penal. Cuando la fiscalía no imputa bien, el imputado no puede defenderse con plena capacidad y

exhaustividad; si no se comunica los hechos de manera clara, precisa y circunstanciada, imposibilita cuestionar si se trata de hecho ilícito —o no—. En ese sentido, la receta para la falta de imputación concreta no es la excepción de improcedencia de acción sino tutela de derechos, así lo entendió el Acuerdo Plenario N.º 2-2012.

La imputación concreta es obligación del Ministerio Público y derecho para el procesado; sin embargo, puede darse el caso de relativización de la imputación concreta, en algunos casos peculiares.

La Sala Penal Nacional de Apelaciones en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Colegiado A, en el Expediente N.º 0004-2015-48 (Caso Vladimir Cerrón) estableció en el considerando 6 y 7 que, la imputación concreta se hará siempre y cuando sea posible, pues, en la realidad existen casos donde dar detalles es casi imposible, en los llamados “casos duro” denominado por los norteamericanos. Asimismo, señala que, en casos de delitos contra la Administración Pública —donde existe clandestinidad— y en delitos de crimen organizado, circunstanciar la imputación es casi imposible, de modo tal que, excepcionalmente se relativiza la imputación justificadamente, no porque las exigencias desaparezcan, sino que se reducen a una mínima expresión a fin de no generar impunidad.

Del mismo modo, la Casación N.º 416-2020/Nacional, en su fundamento noveno —9.1— puntualizó que la imputación podría perfeccionarse, puesto que no se trata de un requerimiento de acusación donde sí se necesita hechos concretos y sin errores; por lo que, al encontrarnos en la etapa de investigación preparatoria, existe un cierto margen de flexibilización respecto a la imputación.

Los argumentos de la Sala y la Corte Suprema son muy razonables y salomónicos. Efectivamente, en los procesos complejos —o casos duros—, solicitar hechos circunstanciados en modo, tiempo y lugar en fase de investigación preparatoria es una quimera, de modo que, la relativización de la imputación encuentra justificación. Cuando se tiene una imputación relativizada, es imposible viabilizar la excepción de improcedencia de acción.

Por otro lado, Mendoza (2014) dice que la excepción de improcedencia de acción procede cuando las proposiciones fácticas tienen narraciones genéricas o, ante la presencia de proposiciones de elemento normativo o categorías dogmáticas, que pretendan suplir a las proposiciones fácticas (p.202).

No existe controversia en que, (i) la imputación concreta no consiste en enunciar los elementos normativos o descriptivos del tipo para sustituir a las proposiciones fácticas, (ii) tampoco se acepta narraciones genéricas –no circunstanciales—, salvo en los casos complejos. Ambas deficiencias son problemas de la imputación concreta, y como tales, son subsanable –solo si la causa penal se encuentra en la etapa de investigación preparatoria— con la vía correspondiente –vía tutela de derechos—; ergo, no es correcto lo señalado por Mendoza. La excepción de improcedencia de acción opera cuando el hecho no es delito –o cuando no es justiciable penalmente—, mas no cuando el hecho está imputado paupérrimamente.

1.2.5.5. El tipo subjetivo y la excepción de improcedencia de acción

Ahora bien ¿Procede analizar la excepción de improcedencia de acción cuando se cuestiona la imputación subjetiva? Consideramos que no.

El más alto tribunal del Poder Judicial, mediante la Casación N.º 10-2018/Cusco en el fundamento 1.5 y 1.6 estableció que:

La tipicidad subjetiva, dolo o culpa, no es una materia que pueda dilucidarse vía excepción, dado que la mencionada determinación requiere, necesariamente, la realización de actividad probatoria en la que, luego del juicio respectivo, se establezca una conclusión –aproximativa– de las intenciones que tuvo el procesado al realizar su conducta (...) Estimar una conclusión respecto a la tipicidad subjetiva constituiría una decisión que afectaría el derecho al debido proceso de las partes procesales, el cual debe ser cautelado por el juez de investigación preparatoria (p. 9-10). Lo resaltado es propio.

En segunda instancia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Expediente N.º 14-2017-22, en el fundamento jurídicos sexto, expresó que: “(...) el cuestionamiento a la

tipicidad subjetiva, dolo o culpa, no es una materia que pueda dilucidarse vía excepción, dado que, la mencionada determinación requiere, necesariamente, la realización de actividad probatoria (...)” (p. 5). El mismo Tribunal, pero con otro ponente, adopta igual postura en el Expediente N.º 33-2017-17, resolución número cuatro, en el fundamento jurídico 7.8; y en el Expediente N.º 00033-2018-33, resolución número 3 en el fundamento jurídico octavo.

En primera instancia, el Juez Concepción Carhuancho resolvió en el Expediente N.º 0079-2016-17 (caso Orellana), en el fundamento jurídico 7.2.1.10 refirió que:

(...) esta Judicatura señala que analizar la posible "Buena fe" del investigado (...) radicaría en discutir sobre si tuvo o no conocimiento de las ilicitudes previas a la adquisición del inmueble, esto es, analizar la imputación subjetiva, sin embargo, la misma debe desestimarse, debido a que ello importaría ingresar al tema probatorio, cuestión que no puede discutirse en una excepción de improcedencia de acción (...). (p. 2)

Argumentar que el hecho no es delito porque no existe dolo, culpa o la tendencia interna trascendente (finalidad), no debe ser de recibo al menos en la etapa de investigación preparatoria. Podría discutirse en la etapa intermedia, aunque lo correcto sería la etapa final del proceso. El juez Víctor Zúñiga Urday en el Expediente N.º 00299-2017-95 (caso Keiko Fujimori -Cócteles), acápite cuarto, punto 7, dijo que: “(...) sobre que no concurriría el elemento interno trascendente (...) no puede ser materia de análisis ya que requeriría necesariamente la actuación de medios de prueba, lo cual definitivamente se encuentra vedado para el juzgado de investigación preparatoria (...)”.

El error de tipo es un sub tema relacionado al aspecto subjetivo del tipo; el profesor Bramont-Arias (2006) en un importante artículo analizó si es viable la excepción de naturaleza de acción ante la existencia del error de tipo –falta de dolo—. En su desarrollo, plantea 3 ejemplos, en merito a los ejemplos enuncia que la viabilidad de la excepción de naturaleza de acción –hoy, excepción de improcedencia de acción— depende de “las situaciones evidentes” –de la producción del error de tipo—, si ello no

sucede, se requerirá del análisis más detallado y el análisis de las pruebas, de modo que la excepción de naturaleza de acción no es adecuada (pp.10-11). El citado jurista, más allá de cuestiones teóricas, destaca las ocurrencias en la práctica, es decir, la obviedad y claridad de los hechos para fundar la excepción de naturaleza – improcedencia— de acción.

Por otro lado, existe la postura contraria, la cual señalan que no hay problemas en evaluar la imputación subjetiva; así lo entendió el Acuerdo Plenario N° 6-1997. Esa misma idea se acoge en algunas resoluciones dictadas en la Sala Superior de la Corte Penal Especializada recaída en el Expediente N.° 04-2015-51, Expediente N.° 33-2017-17 (Caso Acurio Tito-Odebrecht), Expediente N.° 33-2018- 33 (Caso Cuellos Blancos del Puerto), y Expediente N.° 00049-2011-2; asimismo, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria en el Expediente N.° 08-2018-02, resolución número 2; y en la Casación N.° 392-2016/Arequipa.

Por parte de la doctrina, Reyna (2015) indica que, desde lo estrictamente legal, es correcto formular la excepción de improcedencia de acción en supuestos donde se carece de elemento subjetivo del tipo o cuando se verifica la presencia de alguna circunstancia que excluye el dolo (p.61). Esa postura también la comparte Guillermo Bringas. El mismo San Martín Castro –a través de la Casación N.° 86-2021/Nacional donde fue ponente— señaló que la excepción de improcedencia de acción comprende también en los casos de exclusión de la imputación subjetiva –dolo, culpa y tendencia interna trascendente—.

Qué duda cabe, si no está presente el elemento subjetivo del tipo –no porque el fiscal se haya olvidado atribuir, sino porque en realidad no existe—, no tendría por qué continuarse con el proceso penal, sin embargo, como ya se dijo, el elemento subjetivo del tipo para cerciorar su existencia o descartarla, necesita valoración probatoria por el juez penal en la etapa correspondiente.

1.2.5.6. Atipicidad relativa y la excepción de improcedencia de acción

Otra de la problemática es la atipicidad absoluta y la atipicidad relativa. La atipicidad absoluta es cuando el hecho objeto de investigación y/o proceso no está prevista como

delito en el Código Penal y en las leyes penales especiales que regulan delitos. Por otro lado, la atipicidad relativa es cuando el hecho objeto de investigación y/o proceso no se adecua al tipo penal hipotético invocado por el fiscal en su disposición. No se adecúa porque le falta algún elemento normativo y/o descriptivo del tipo (conducta, sujetos, daño al bien jurídico protegido, dolo, etc.). Con respecto a la atipicidad absoluta no hay problemas para poder invocar la excepción de improcedencia de acción, el tema controversial viene en el caso de la atipicidad relativa.

Si la defensa técnica invoca la atipicidad relativa, el juez debe analizarla cuidadosamente porque si el hecho objeto de investigación y/o proceso no es delito X, podría ser delito Y. Ese *factum* incorrectamente tipificado no puede ser objeto de sobreseimiento y traer impunidad.

Verbigracia 1, si el fiscal investiga presuntas irregularidades de un proyecto –presunto delito de colusión— al respecto la defensa del imputado plantea excepción de improcedencia de acción alegando que no existe “concertación ilegal”, y por ello la causa debería sobreseerse; *verbigracia 2*, el fiscal investiga un arrebato de un celular con presunta violencia –presunto delito de robo—, al respecto la defensa del imputado plantea excepción de improcedencia de acción alegando que no existe “violencia”, y por ello la causa debería sobreseerse. Como vemos, en ambos casos, la excepción de improcedencia de acción debe rechazarse de plano. En el primer caso, si no hay “concertación ilegal”, podría configurarse el delito de negociación incompatible, donde solo se necesita que el funcionario se “interese”. Respecto al segundo caso, si no hay violencia, podría configurarse el delito de hurto.

Asimismo, Guillermo (2022) menciona que la atipicidad relativa a llevado a plantearse de manera sesgada y tendenciosa en la práctica. Su postulado por los abogados defensores refleja desconocimiento de esta figura procesal o intención de inducir a error al juez. Por ejemplo, plantear excepción de improcedencia de acción en el delito de falsedad ideológica, cuando podría subsumirse en el delito de falsedad genérica. La excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho no es delito, mas no “cuando el hecho no constituye ESE delito”, puesto que la tipificación incluso se puede corregir en juicio oral (pp.157-158).

En esa misma línea, Salinas (s.n.) señala que:

(...) el juez debe verificar si el hecho constituye delito o no (...), la ley no dice si constituye delito objeto de investigación o acusación, no; dice que el hecho no constituya delito; si el juez considera que, si es delito, pero el fiscal ha calificado mal, infundada la excepción, porque la calificación jurídica puede ir cambiando en la medida que avanza la investigación, incluso en el juicio oral (...). (2h54m02s-2h55m10s)

A nivel jurisprudencial –no vinculante—, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 00033-2017-13 resolución número 4, en el fundamento jurídico noveno precisó que, el error de tipificación no puede amparar la excepción de improcedencia de acción –de lo contrario generaría impunidad porque ese hecho puede encontrar cabida en otros tipos penales—, más aun cuando se encuentra en etapa prematura; el principio de progresividad permite que en el decurso del proceso pueda –de ser el caso— variar la calificación de los hechos.

Del mismo modo, la Casación N.º 388-2012/Ucayali en el fundamento 3.1 esgrimió dos argumentos centrales: primero, cuando el fiscal emite la disposición de formalización de la investigación preparatoria, plasma sus conclusiones en merito a los elementos de convicción recabados y valorados, de modo tal que, la excepción de improcedencia no debe cuestionar la incorrecta conclusión arribada por el fiscal. Segundo, la excepción de improcedencia de acción no debe ampararse cuando los hechos están erróneamente tipificados, puesto que, pueden encontrar amparo en otros tipos penales; de lo contrario, ese error técnico jurídico generaría impunidad, cuando la variación de la tipificación incluso se puede hacer en el juicio oral.

Respecto a este extremo, el juez debe tener mucho cuidado. La falta de dolo –o cualquier otro elemento subjetivo— de un hecho está dentro de la atipicidad relativa, este argumento no debe dar lugar a la fundabilidad de la excepción de la improcedencia de acción porque su existencia se determina con valoración de la

prueba y, que el fiscal no haya imputado dolo es una cuestión distinta —el mismo que debe subsanarse mas no archivarse—.

Cuando hablamos de atipicidad relativa, no solamente debe entenderse como la incorrecta tipificación y que otro tipo penal entre al auxilio. También, podría darse en caso de atipicidad relativa cuando el hecho objeto de cuestionamiento, no tengan ningún tipo penal que vaya al auxilio. En esos casos, debe ampararse a excepción de improcedencia de acción.

Por otro lado, el Tribunal Superior de Arequipa señaló que el Juez de Investigación Preparatoria calificó la excepción de improcedencia de acción sin verificar si los hechos constituyen otros delitos, pues, los hechos propuestos pueden ampararse en los tipos penales 370° o 372° del Código Penal. En ese estado de cosas, la Corte Suprema, a través de la Casación N.° 215-2011/Arequipa en el fundamento 4.4. pretendió enderezar dicha decisión, empero, terminó desviándolo —a criterio del suscrito— porque señaló que, el *ad-quem* calificó los hechos en otros tipos penales y esa facultad acusadora es exclusivamente del Ministerio Público por mandato constitucional, ergo, -señala— se habría afectado el principio acusatorio.

Consideramos que, cuando el juez argumentó que el hecho imputado podría encontrar amparo en otro tipo penal distinto a la considera por el Ministerio Público, no está calificando y acusando -infringiendo sus funciones constitucionales—, de ninguna manera, lo que está haciendo es simplemente actuando como el guardián de la ley, como el ultimo filtro decisor, máxime si la tipicidad se puede cambiar hasta en la fase final del proceso penal. Además, como bien lo señala Guillermo y Salinas —citados anteriormente—, se sobresee la causa penal a través de la excepción de improcedencia de acción cuando el hecho imputado no tiene amparo en ningún tipo penal, mas no cuando el hecho imputado no configura ese delito hipotético considerado a la fecha por fiscal.

1.2.5.7. Antijuricidad y excepción de improcedencia de acción

Respecto a las otras fases de la teoría de delito; Rosas (2015) indica que, también procede la excepción de improcedencia de acción ante la carencia o falta de la acción

–fuerza física irresistible, movimientos reflejos, y estado de inconciencias—, así como también, ante supuestos de juricidad –causas de justificación— de la acción típica –legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable, y otros— (pp. 540-544). La excepción de improcedencia de acción respecto a la falta de antijuricidad también fue aceptada por Florencio Mixán Más.

En la jurisprudencia, la Primera Sala Pena de Apelaciones Nacional, Expediente N.º 16-2017-69 (Caso Alejandro Toledo), resolución número 10, en el fundamento jurídico 2.1.2, punto A, precisó que: “(...) la presencia de elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuricidad penal y la conducta atribuida –causa de justificación—”. En fin, esa postura es aceptada por la mayoría de los juristas de la materia.

Ahora bien, la excepción de improcedencia de acción es una de las pocas figuras del derecho procesal penal que sirve de nexo causal entre el derecho penal y el derecho procesal penal. Dicha excepción es fruto de la vinculación –directa— palmaria entre las dos grandes ramas del derecho –derecho procesal penal y derecho penal—. Es por ello que, su viabilidad no depende solamente de cuestiones o fundamentos del derecho penal, sino también del derecho procesal penal. Por no considerar dichas ideas básicas, muchas veces se termina forzando o desnaturalizando la excepción de improcedencia de acción.

Cuando una acción es típica, esa condición ya es un indicio de la antijuricidad de la conducta. En ese sentido, si el fiscal formaliza y continúa con la investigación preparatoria, es porque ha considerado –en merito a su profundo conocimiento de la doctrina penal (se supone)— que existe un injusto, es decir, una acción típica y antijurídica. Alegar la existencia de las causas de justificación necesariamente le corresponde a la defensa del imputado. Si el fiscal decidió formalizar la investigación, quiere decir que no existe ninguna causa de justificación –al menos a criterio del fiscal—, desvirtuar ello, le corresponde a la otra parte. Ahora bien, el cuando y el como, es otro tema.

En todo proceso, la parte que alega hechos, tiene que probar –principio básico del derecho procesal—. Alegar solamente hechos no es creíble y ni convincente. Los

hechos sin sustento son solo hechos ficticios. En ese sentido, si el abogado de la defensa sustenta alguna causa de justificación, esto no se podría hacer al plantearse la excepción de improcedencia de acción, puesto que todo hecho alegado –legítima defensa, estado de necesidad y otros—, necesita prueba y valoración.

Esa postura también es aceptada de manera parcial por Guillermo (2022) quien menciona que alegar hechos contrarios a la imputación fiscal, como la legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable, error de prohibición necesita prueba, pues, quien alega hechos tiene que probar. Además, añade que, si ese es el argumento para descartar evaluar antijuricidad y culpabilidad mediante la excepción de improcedencia de acción, es correcto; sin embargo, ante la evidencia y claridad de los hechos narrados en la disposición de formalización, si podría evaluarse la antijuricidad y culpabilidad (pp.163-166).

En la etapa intermedia, ante la acusación del Ministerio Público, los demás sujetos procesales plantean su teoría del caso. A efectos de contradecir la acusación del fiscal, la defensa técnica planteará los hechos, las pruebas que la escoltan y el sustento legal. Si el abogado invoca alguna causa de justificación, tendrá su propia base fáctica y las pruebas que la sustentan. En la etapa intermedia tendremos una teoría acusadora y otra (s) teoría (s) de resistencia, siempre.

Asimismo, Mendoza (2019) menciona que, el juicio de antijuricidad es de carácter negativo, y de existir alguna causa de justificación del tipo, será objeto de prueba; las únicas proposiciones fácticas a probar no son los de la tipicidad, sino también de las causas de justificación (pp.293-294). Sin embargo, el mismo autor –Mendoza (2014)— señala que está habilitada la excepción de improcedencia de acción ante la concurrencia de una causa de justificación, puesto que, un hecho para ser delito, debe ser típico, antijurídico, y culpable (p.203).

Por todo lo señalado, qué duda cabe, las causas de justificación no fundan o viabilizan la excepción de improcedencia de acción. Alegar lo contrario, es desconocer las reglas procesales básicas.

1.2.5.8. La culpabilidad y la excepción de improcedencia de acción

Respecto a la culpabilidad cuestionada con la excepción de improcedencia de acción, igualmente, su análisis implica valoración de la prueba; sin embargo, en ciertos casos podría ser amparada como por ejemplo en la minoría de edad del imputado. Esa postura comparte San Martín Castro y Peña Cabrera Freyre. La posición contraria la tiene Reyna (2015) quien con denuedo indica que “(...) no resultan defendible al no ser consistentes con la regulación legal (...)” (p. 64). Esa misma posición adopta Francisco Mendoza Ayma.

Concretamente, el conocimiento de la regulación penal de la conducta –segundo requisito de la culpabilidad— necesita indefectiblemente de valoración probatoria para afirmarla o negarla, de modo que, la excepción de improcedencia de acción está vedado.

Algunas veces, se confunde el análisis del cumplimiento del rol o determinada función, con el análisis de responsabilidad. El cumplimiento correcto o ilícito bajo el ejercicio de una función –o condición— de ninguna manera significa analizar culpabilidad –responsabilidad—. La actuación correcta o no del abogado y del periodista es un análisis primigenio, es decir, un análisis de la imputación objetiva.

La Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 160-2014-345 dijo que el argumento de la defensa gira en que su patrocinado habría realizado conductas en cumplimiento de su profesión periodística, los mismo que son aspectos de culpabilidad que no son analizados con excepción de improcedencia de acción, por lo tanto, debe ser analizado en juicio oral con valoración probatoria. Sin perjuicio de ello, precisa que la imputación del Ministerio Público cumple con subsumir su conducta en el tipo invocado.

El cumplimiento del rol –abogado, contador, ingeniero, y otros— no significa analizar responsabilidad sino la imputación objetiva. Significa si esa conducta generó un riesgo jurídicamente relevante para el derecho penal. Esa misma idea se esgrimió en la

resolución número dos, recaída en el Expediente N.º 004-2015-40 en el considerando 7.9.

1.2.5.9. La punibilidad y la excepción de improcedencia de acción

Finalmente, respecto a la punibilidad (el hecho no es justiciable penalmente) puede darse ante la existencia de condiciones objetivas punibilidad o excusas absolutorias. Respecto al primero, son circunstancias distintas o ajenas al delito; mientras que, las excusas absolutorias son circunstancias relacionadas al autor del delito y que razones de política criminal no se impone la pena. Ante la evidencia de cualquiera de las dos formas de falta de punibilidad, la excepción de improcedencia de acción debe ampararse.

1.2.5.10. Oportunidad para su planteamiento

El Código Procesal Penal en el artículo 7º, numeral 1 señala que la excepción de improcedencia de acción se plantea una vez que se haya formalizado y continuado con la investigación, al contestar la querrela y se resolverán necesariamente antes de culminar la etapa intermedia. Asimismo, el numeral 2 del mismo artículo señala que “(...) las excepciones también se pueden deducir durante la Etapa Intermedia, en la oportunidad fijada por la ley”.

Por su parte, Salinas (s.n.) señala que:

(...) La recomendación es [que se plantee] las excepciones en la etapa intermedia porque el hecho está totalmente investigado, ya no va aparecer más evidencias, entonces el juez en etapa intermedia está en la capacidad de verificar los hechos que delito configura (...). (2h55m41s-2h56m10s).

La etapa de investigación se caracteriza por su progresividad, es decir, el grado de conocimiento de la verdad de los hechos por parte del fiscal debe ir de menor a mayor. Desde la sospecha reveladora (cuando formaliza) se debe ir en ascenso, eso es progresividad; durante esa progresividad, se puede ampliar la base fáctica, se puede agregar imputados, agregar agraviados, graduar la tipicidad de los hechos, entre otros.

La hipótesis de la fiscalía está en verificación con el principio de progresividad, si la investigación no ha concluido, el fiscal no tiene tesis, por consiguiente, no estaría en las posibilidades como corresponde para defender su investigación ante eventuales excepciones de improcedencia de acción. Esta cuestión se vuelve aún más problemática, cuando se plantea excepción de improcedencia de acción por falta de imputación objetiva (invocando supuestos actos neutrales). Su dificultad es aún más, cuando se trata de procesos por lavado de activos, crimen organizado, corrupción de funcionarios y otros procesos complejos.

Para analizar de manera exhaustiva la excepción de improcedencia de acción, es menester tener los hechos muy claros, precisos y circunstanciados, si eso no sucede, se torna oscuro resolver la incidencia. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Penal Especializada, en el Expediente N.º 25-2017-42, en el fundamento jurídico noveno, argumentó que:

Y la determinación precisa de los hechos pasa por la circunstancia procesal de que han sido sometidos al procedimiento de investigación y que este procedimiento haya concluido, ya sea debido a que se cumplieron los objetivos buscados por la investigación del delito o por el hecho de que el plazo razonable de la investigación venció. Solo de esa forma podemos concluir que los hechos han sido debidamente acreditados o descartados. Luego, en el supuesto que hayan sido acreditados, recién podemos pasar a verificar si se presenta algún criterio que excluya el elemento objetivo de la tipicidad denominado imputación objetiva. De modo que, si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlo (...). (p. 8)

Lo que se discutía en esa incidencia, es la excepción de improcedencia de acción por falta de imputación objetiva (alegando principio de confianza) en el delito de lavado de activos. La fiscalía claramente había imputado a la accionante haber recibido dinero de su esposo, la suma de 1,000,000.00 soles (en dos depósitos) y días posteriores los invirtió en varios bancos; ese monto desde ya es inusual. Sin embargo, se alegó falta de imputación objetiva porque no habría circunstancias objetivas que permitan inferir que se cometió el delito de lavado de activos. Empero, ese argumento fue rechazado

por el Tribunal Superior, bajo la *ratio decidendi* citado *ut supra*. Considero bastante prudente lo argumentado.

Esa misma controversia jurídica fue resuelta por la Corte Suprema, a través de la Casación N.º 1307-2019, en el fundamento jurídico noveno, se dijo que la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos jurídicos y que no está en función al avance, peor aún a la culminación de la investigación preparatoria (p. 8). Con esa *ratio decidendi* se finiquitó la acción penal respecto a la accionante, pues se revocó lo resuelto en la primera y segunda instancia.

Es cierto que la viabilidad de la excepción de la improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos fácticos *–factum–*; de lo contrario, la salida no es la improcedencia de acción, sino la tutela de derechos. Sin embargo, finiquitar la acción penal por un delito tan grave, no es razonable, porque ese hecho mereció ser investigado a profundidad y porque no decirlo, ser resuelto con valoración de prueba. Una excepción de improcedencia de acción que fue forzada para cumplir fines más allá de lo normal. Esa conclusión se efectúa por los hechos controvertido que allí se discutieron, y no solamente porque se trata de un delito grave. Dicha resolución será analizada en su debida oportunidad con concreción, y en todos sus extremos.

En ese mismo caso (caso ONP - COSTA ALVA por el presunto delito de lavado de activos y organización criminal), su hijo planteó excepción de improcedencia de acción, alegando principio de confianza; ese pedido fue denegado en la primera y segunda instancia. En la Corte Suprema (por el mismo ponente) con la Casación N.º 86-2021/Nacional, fue declarada fundada la excepción de improcedencia de acción por el principio de confianza; por consiguiente, se ordenó a la fiscalía archivar la investigación por el presunto lavado de activos con circunstancias agravadas.

Esa casación archiva una investigación contra el hijo (la anterior casación archivó contra su cónyuge) del presunto líder de una organización criminal, por hechos bastante controvertidos que merecían ser investigadas hasta el último día (por cumplir el plazo o el objeto).

El juez superior Ramiro Salinas Siccha opinó a través de su cuenta de Facebook (enero de 2022) respecto a la casación antes mencionada, señalando que:

(...) Así como se presenta el caso en el contenido de la casación, **representa un típico caso en el cual razonablemente puede aplicarse el citado criterio al dictarse sentencia**. Estado del proceso en el cual se dan o no por definidos los hechos objeto de acusación.

La crítica constructiva que se puede hacer es que se haya aplicado en un incidente de improcedencia de acción. **El caso estaba en plena investigación. Los hechos no estaban debidamente definidos. Aún no se tenía claro la forma cómo actuaron todos los intervinientes en la comisión del delito**. Lo resaltado es propio.

Se comparte en todos sus extremos la opinión vertida por el distinguido magistrado. Además de la oportunidad de su archivo de esa causa penal, la casación materia de crítica, formula premisas tales como: (i) el casacionista no conoció de manera pormenorizada las incidencias del proceso contencioso administrativo provisional; y (ii) no tenía el control de la cuenta bancarias de su padre. ¿Esas premisas como podrían afirmarse sin ningún material probatorio? ¿Esas premisas son valorativas o no? Esas premisas valorativas se podrían aceptar en una sentencia, habiéndose analizado y valorado la prueba, de lo contrario es una aberración en una resolución que resuelve la excepción de improcedencia de acción. Esas premisas han influido mucho en lo resuelto por dicha casación. Ese tipo de raciocinios dejan impune presuntas conductas inocuas o neutrales —o actos confiados— que sí podrían merecer pena.

Asimismo, a través de la Casación N.º 1092-2021/Nacional, una vez más se excluyó de la acción penal a una presunta integrante de la organización criminal liderada por el abogado Costa Alva —caso ONP—. La imputada María Elena Montjoy de Noziglia a través de casación fue excluida del proceso penal de lavado de activo con circunstancias agravadas por organización criminal, al haberse declarado fundada la excepción de improcedencia de acción alegando el principio de confianza —falta de imputación objetiva—. Una vez más, la excepción de improcedencia de acción ha sido forzada y el principio de confianza mal aplicado, quien sabe con qué fines.

1.2.5.11. ¿Excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?

La sentencia de fondo es aquella que agota el objeto procesal –en el proceso penal puede ser condenatoria o absolutoria—; este tipo de sentencia es el fruto de un análisis probatorio; la prueba es aquel instrumento que permite ingresar al fondo de la controversia. La sentencia procesal –denominación introducida por San Martín Castro— es aquella que no instrumentaliza la prueba; resuelve de forma y no de fondo –como la controversia conocida por la primera y segunda instancia, que resolvió de forma, es decir, se emitió sentencia absolutoria teniendo como *ratio decidendi*, la falta de imputación necesaria. Esa controversia fue dilucidada por la Casación N.º 247-2018/Ancash—.

Ahora bien, el artículo 398º numeral 1 del CPP establece los supuestos para dictarse sentencia absolutoria, una de ellas es cuando “el hecho no es delito”. En ese sentido, algunos piensan que podría discutirse la excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento.

En el juicio oral, el fiscal plantea su teoría del caso (hechos, base legal y prueba), después, producto de la actuación de la prueba, el juez debe valorar la prueba, en consecuencia, se presenta cualquiera de las dos opciones: (i) darse por acreditado (probado) los hechos presentados por el Ministerio Público o, simplemente (ii) no tenerse por acreditado (probado). Si los hechos se tienen por probados, el siguiente paso del juez, es analizar si el hecho probado constituye delito, y si es imputable al acusado (artículo 398º numeral 1 del CPP). Si el hecho no se tiene por probado –insuficiencia probatoria o duda— ni siquiera corresponde pasar al siguiente segmento, es decir, no corresponde analizar si constituye delito y, menos si el hecho es imputable al acusado.

En caso de sentencia absolutoria; en el primer caso, el juez podrá decir: “se absuelve a X porque el hecho no es delito o, no se le puede imputar”; mientras que, en el segundo caso, el juez podrá decir: “se absuelve a X por insuficiencia probatoria o duda razonable”. Que una sentencia absolutoria llegue a ambas conclusiones –no es delito y no hay prueba suficiente— es ambivalente y totalmente errado.

La Casación N.º 247-2018-Ancash resuelve una controversia donde el órgano jurisdiccional -primera y segunda instancia— emitió sentencia absolutoria por falta de imputación concreta, ergo, no se valoró ninguna prueba, pese a su actuación. De modo similar –sin valoración de la prueba actuada—, algunos piensan que podría emitirse sentencia absolutoria cuando el hecho acusado no es delito, es decir, como una especie de excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento.

Si la causa penal llega a la etapa de juzgamiento, el juez penal unipersonal o colegiado debe presumir que dicha causa no posee ningún defecto formal ni causales de sobreseimiento, puesto que la causa tuvo que pasar un control riguroso por el juez de saneamiento en la etapa intermedia. En esa línea, cuando la causa penal llega a juicio, después de culminado con los alegatos de apertura, se debe actuar la prueba, luego, cerrar con los alegatos de clausura, concluido ello, el juez debe emitir la sentencia. Obviamente, ha de ser una sentencia –condenatoria o absolutoria— de fondo, es decir, producto de la actuación y valoración probatoria.

En efecto, si puede emitirse una sentencia absolutoria porque el hecho no es delito, empero, esa conclusión se infiere del “hecho declarado probado tras el juicio oral” (conforme señala la Casación N.º 247-2018-Ancash en el fundamento quinto, tercer párrafo), a diferencia de la excepción de improcedencia de acción –que se declara fundada— que se resuelve con el solo análisis del *factum*.

Téngase en cuenta que, la naturaleza de la excepción de improcedencia de acción impide evaluación y análisis de la prueba –o elementos de convicción—. Por lo señalado, no es correcto hablar de excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento, no se puede equiparar con la sentencia absolutoria porque declara que el hecho –probado— no es delito. La excepción de improcedencia de acción solo se puede interponer hasta la etapa intermedia, en la etapa de juzgamiento no tiene incumbencia por su peculiar naturaleza.

1.2.5.12. ¿Doble análisis de la excepción de improcedencia de acción?

Conforme lo desarrollado líneas arriba, la excepción de improcedencia de acción se plantea una vez formalizada la causa penal, hasta en la etapa intermedia. Ahora bien ¿Cuántas veces se puede plantear la excepción de improcedencia de acción?

El artículo 350°, numeral b del CPP determina que: “Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos”. Está claro que, la mencionada premisa normativa hace referencia a una sola vez, la excepción es cuando existen hechos nuevos que aún no fueron cuestionados.

Supongamos que, el fiscal decide formalizar contra X, días posteriores se plantea la excepción de improcedencia de acción por atipicidad –prohibición de regreso— declarándose infundada; cuando el fiscal acuse y el órgano jurisdiccional corra traslado de la acusación a X, este no podrá plantear ninguna excepción de improcedencia de acción, por ningún tipo de argumento, toda vez que, ya tuvo la oportunidad de hacerlo. Sería incorrecto aceptar nueva excepción de improcedencia de acción (en la etapa intermedia) alegando imputación a la víctima o cualquier otro argumento distinto a la excepción de improcedencia de acción que ya sustentó la prohibición de regreso (en la etapa de investigación preparatoria).

Distinta será si se formaliza contra X por el hecho Y, X plantea la excepción de improcedencia de acción con el argumento de hecho atípico, posteriormente la fiscalía amplía la base fáctica, agrega el hecho Z. Por el hecho Z, X si podría plantear otra excepción de improcedencia de acción, mas no para el hecho Y.

No obstante, en el proceso seguida contra la presunta organización criminal liderada por Costa Alva (caso ONP), la defensa técnica de Maria Elena Montjoy de Noziglia, planteó la primera excepción de improcedencia de acción con fecha 09 de agosto de 2019, la misma que en primera y segunda instancia fue rechazada (incidente 46). La segunda excepción de improcedencia de acción la planteó el 05 de octubre de 2020, de igual modo, fue rechazado en primera y segunda instancia (incidente 53). Es de

precisar que ambas excepciones de improcedencia de acción tuvieron como objeto cuestionar los mismos hechos plasmados en la disposición 21; la segunda, a diferencia de la primera fue un poco más técnica y doctrinaria, cuestionó la presunta existencia del principio de confianza en el actuar de la imputada.

La segunda excepción de improcedencia de acción no debió ser aceptada por el órgano jurisdiccional, debió ser rechazada liminarmente –improcedente—.

La defensa técnica podrá cuestionar los hechos a través de la excepción de improcedencia de acción, una sola vez; y cuando lo haga, debe ser exhaustivo y eficaz en su cuestionamiento. Es un derecho agotable. El órgano jurisdiccional no puede estar decidiendo varias veces sobre el mismo hecho –por unidad de decisión, economía procesal y el principio de preclusión—, puesto que no es una medida cautelar para reexaminarse y/o reevaluarse sucesivamente.

La norma es clara, la excepción de improcedencia de acción se podrá plantear una sola vez, salvo que sea sobre hechos nuevos que el fiscal ha incluido o ampliado. El nuevo planteamiento de la excepción de improcedencia de acción es por el cambio o la existencia de nuevos hechos fácticos, mas no por la variación –disminución— del estándar probatorio.

1.2.6. El proceso complejo

En la actualidad, la globalización ha provocado también la sofisticación de la criminalidad organizada transnacional. Es así que, nuestra norma procesal penal vigente no está preparado para brindar los mecanismos y/o soluciones para enfrentar la criminalidad organizada y los delitos complejos.

Los delitos cometidos por organizaciones criminales y bandas criminales casi siempre generan procesos complejos; ergo, la realización de diversos actos de investigación para dilucidar la controversia. Para desarticular e investigar organizaciones criminales transnacionales es menester efectuar actos de investigación dentro de país y fuera de país. Por ejemplo, las investigaciones que realiza el Equipo Especial Lava Jato, en todas ellas, amerita recibir la declaración testimonial de testigos de otros países, pedir

información de diversos paraísos fiscales, efectuar diversos actos de investigación, pluralidad considerable de imputados (bandas y/o organizaciones criminales) y otras complejidades.

El Código Procesal Penal en el artículo 342° numeral 3, señala las características de un proceso complejo: **a)** requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; **b)** comprenda la investigación de numerosos delitos; **c)** involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; **d)** demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; **e)** necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; **f)** involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; **g)** revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o **h)** comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Se debe tener en cuenta que, la norma antes citada precisa la disyunción y no conjunción; es decir, será proceso complejo cuando se presente cualquiera de las características y/o presupuestos señaladas en el artículo 342°, numeral 3 del CPP.

Por otro lado, cabe señalar que, hablar de procesos complejos va más allá que procesos a organizaciones criminales. Se podría decir que, el proceso complejo es más genérico que el proceso por organización criminal. Toda investigación y/o proceso a una organización criminal es un proceso complejo, mientras que, no todo proceso complejo comprende a una organización criminal.

Qué duda cabe, investigar una causa penal compleja, más aun, a una organización criminal, es menester que el Ministerio Público tenga los instrumentos logísticos y normativos eficientes para efectuar una investigación concienzuda y exhaustiva, de lo contrario, su fracaso está casi asegurada. El plazo por ejemplo (instrumento normativo) es muy importante en las investigaciones complejas. El profesor Chávez (2020) indica que las investigaciones a organizaciones criminales al ser muy complejas, se puede establecerse un plazo distinto –mayor— (p. 407).

Los delitos –y hechos— complejos necesitan cierta flexibilidad para investigar y procesar, de modo que se pueda condenar con eficacia. Para procesar a la gran criminalidad, se necesita restringir ciertas garantías procesales –de ser el caso—, de lo contrario, la lucha contra la delincuencia organizada y la criminalidad de cuello blanco, se torna ineficaz.

1.2.6.1. Procesos contra las organizaciones criminales

El crimen organizado es un fenómeno de la globalización que comprende diversas actividades delictivas –graves— ejecutadas por las organizaciones criminales que pueden tener su radio de acción a nivel nacional o internacional.

La organización criminal es aquel grupo de personas integradas de manera indefinida, de tres o más personas, que tiene como fin cometer delitos graves –teleología—, cada integrante de este grupo tiene funciones, a su vez, posee una estructura.

Las organizaciones criminales necesariamente para subsistir o permanecer en el tiempo, necesitan corromper a funcionarios – les brindan protección— y, por otro lado, para ocultar sus ganancias ilícitas, cometer lavado de activos. Casi siempre las organizaciones criminales cometen delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos.

La investigación y procesamiento tiene su peculiaridad a diferencia de los delitos rústicos o convencionales: el uso de las técnicas especiales de investigación (agente encubierto, óbice, agente secreto, entregas vigiladas, etc.), el plazo –de la investigación y de la duración de las medidas cautelares personales—, logística y otros.

El primer instrumento internacional concretamente sobre el crimen organizado es la Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada transnacional – Convención de Palermo—, la misma que tuvo –y tiene— por objeto “prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”.

Asimismo, Prado (2021) menciona que lo establecido por la Convención de Palermo tuvo un eco limitado en el derecho penal interno, empero, en el Código Penal del 1991 se reguló la asociación ilícita en el artículo 317°, la misma que no tenía compatibilidad con los estándares que la convención precitada lo requería, además tenía una sumilla incoherente (pp. 62-63). Para tratar de cumplir con los parámetros fijados por dicho instrumento internacional, se reguló la Ley N° 30077 publicada el 20 de agosto de 2013.

El plazo de las diligencias preliminares es por 60 días calendarios; sin embargo, esta deja una carta abierta por necesidad de la investigación, siendo que el plazo máximo no debe ser más que el plazo que se establece para la etapa de la investigación preparatoria propiamente dicha. Las diligencias preliminares en procesos complejos no serán mayores a 8 meses (incluyendo la prórroga), y en caso de organizaciones criminales no será mayor a 36 meses (incluyendo la prórroga). Respecto a la etapa de investigación propiamente dicha o formalizada, el plazo para procesos complejos es de 8 meses, prorrogables por el mismo plazo, y en caso de organizaciones criminales por el plazo de 36 meses más prorrogables por igual plazo. Ese plazo es máximo; puede ser menos, dependiendo de las necesidades de la investigación en el caso en concreto.

El artículo 342° numeral 2 del CPP señala que “(...) la prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria”. Esa premisa normativa puede dar luz a dos formas de entender: primero, si en un proceso complejo por organización criminal, el fiscal quiere prorrogar el plazo de la investigación preparatoria por 36 meses más, debe solicitar la venia del juez; si es por menor plazo, el fiscal podría hacerlo de manera unilateral mediante disposición de prórroga de la investigación preparatoria (interpretación literal). Segundo, si en un proceso complejo por organización criminal, el fiscal quiere prorrogar la investigación preparatoria, sin importar que tiempo requiera, debe solicitar la venia del juez (interpretación sistemática).

Nuestra postura se inclina por la primera opción. Qué duda cabe, dentro de las diligencias preliminares, el fiscal es el amo y señor de su investigación; una vez

formalizada la investigación, su poderío se relativiza, se relativiza porque no podrá archivar la causa penal si no es por aprobación de juez (artículo 339° del CPP); y si le deniega al abogado defensor realizar actos de investigación, podrá acudir al juez (artículo 338°, numeral 5 del CPP). El fiscal también tiene poder para decidir —a través de la disposición— dentro de la investigación preparatoria formalizada, podrá disponer la conducción compulsiva, además, ampliar, corregir y/o precisar la base fáctica, para realizar todo ello no tiene que pedir permiso al juez.

Se supone que el fiscal actúa de manera objetiva, en ese entender, podría emitir una disposición de prórroga de la investigación preparatoria si no es “por igual plazo”; esa forma de prorrogar podría evitar cargarle al juez en temas poco trascendentales — porque a veces, la defensa se allana al requerimiento de prórroga de la investigación preparatoria—, y si el abogado de la defensa considera arbitrario dicha disposición, podría acudir mediante el control de plazo de la investigación o de ser el caso, vía tutela de derechos.

1.2.7. La pena del banquillo y el debido proceso

Creo que nadie podría negar que el proceso penal puede causar a una persona, problemas económicos, afectación a la dignidad, reputación, honor, y más que ello, un sufrimiento interno o psicológico. No me imagino a un procesado viviendo como si nada hubiese pasado.

Esa situación, Kafka (s.n.) graficó en su obra inconclusa, donde Josef K —personaje principal de la obra— es detenido arbitrariamente, durante todo el proceso no se le informa los cargos que se le atribuye; el sufrimiento, pérdida económica, pérdida de tiempo y preocupación, tiene que soportar. Solo sabe que hay un proceso en su contra, mas no los cargos atribuidos objeto del proceso, de modo tal que, no puede ejercer su derecho de defensa. Aunado a ello, los jueces a cargo de su proceso raras veces absuelven, sin importar la inocencia del procesado. Finalmente, Josef K fallece sin haber conocido las razones de su proceso.

Asimismo, Carnelutti (2019, p. 73) menciona que:

(...) **no es posible juzgar sin castigar ni castigar sin juzgar**; en otras palabras, no hay acto de juicio que no ocasione un sufrimiento a quien es juzgado, ni hay acto del castigo el cual no requiera un juicio a quien lo inflige; **basta que sobre alguno recaiga una sospecha de haber cometido un delito para hacerlo sufrir** (...). Lo resaltado es propio.

Lo señalado por el jurista italiano es totalmente cierto, pues, el procesamiento –incluso desde que hay sospecha contra él— desde ya es un castigo anticipado; y cuando hablamos de castigo anticipado, no hacemos referencia a la pena provisional –prisión preventiva—, sino al sufrimiento emocional, moral y psicológico, pérdidas económicas –gasto en abogado, incautaciones, decomisos, embargos, cauciones, etc.—, afectación al honor y reputación –pues hoy en día, se suele tildar a los procesados como si ya fueran culpables, bajo el viejo adagio, “si el río suena es porque piedras trae”— y entre otras estigmatizaciones que la sociedad angelical crea e impone.

Lo que se ha señalado hasta ahora, nada se ha dicho sobre si el proceso es correcto o arbitrario, solamente se ha enunciado que el proceso penal hace sufrir al imputado.

Estoy seguro que, si usted ama el fútbol y el líder o DT le pone al banquillo, sufrirá en ella, no esperará el momento para correr tras la pelota. Al pasar los minutos, ese sufrimiento se elevará cada vez más; ya en los 90 minutos, si usted no ha ingresado, el sufrimiento será desgarrador. Ese sentido figurado, en el proceso penal es llamada “la pena de banquillo”.

El Colegiado D de la Corte de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, Expediente N.º 100-2010-0 (Caso Sánchez Paredes), fundamento quinto, argumentó que, en estos tiempos de pandemia Covid 19, los acusados adultos mayores y vulnerables, en las sesiones virtuales frente a una pantalla de la computadora, dormitan; esa situación aflictiva es una manifestación de la pena del banquillo y con ello se vulnera el derecho a la presunción de la inocencia.

La pena de banquillo, es aquel sufrimiento del procesado por la simple existencia del proceso penal incoada en su contra. Si el proceso se lleva de manera irregular, la afectación crece, podría considerarse una doble pena de banquillo.

Formalizar la investigación preparatoria por hechos que claramente no es delito, es una doble pena de banquillo, porque se formaliza la acción penal arbitrariamente. Dictarse una prisión preventiva sin que se cumplan los presupuestos, es una doble pena de banquillo. La acusación defectuosa en sus bases, tiene que sobreseerse y si no se hace, es una doble pena de banquillo.

La pena de banquillo contra el imputado no siempre significa afectación del debido proceso. Puede darse solamente pena de banquillo, pero no existir ninguna afectación de debido proceso. La controversia resuelta por el Colegiado D, de ninguna manera afecta el debido proceso, porque todo procesado debe estar en las sesiones de juicio; sin embargo, por el modo, forma y capacidad de los acusados, sufren frente a la computadora, ergo, existe pena de banquillo, pero no afectación al debido proceso.

1.3. Definición de términos básicos o marco conceptual

Imputación objetiva

Roxin (1979) la imputación objetiva se da cuando se realiza el resultado a consecuencia del peligro creado y ella no debe abarcar al riesgo permitido. Es decir, una relación causal entre la conducta y el resultado –resultado del mismo peligro—, y eso, debe estar fuera del riesgo permitido –riesgo jurídicamente desaprobado—.

Prohibición de regreso

Jakobs (2001, citado por Villavicencio, 2019) señaló que la prohibición de regreso delimita la imputación de la conducta en caso de acciones neutrales, cotidiana, o estereotipadas, de modo que, no se configura la participación en la conducta ilícita del tercero; y que los conocimientos especiales no deben tenerse en cuenta (pp. 328-329).

Conductas neutrales

Las conductas neutrales, socialmente permitidas, banales, inocuas, irrelevantes, etc. son aquellas conductas o acciones del interviniente en la comisión del delito, las mismas que se excluyen con en análisis de la imputación objetiva. Su punición depende de la teoría que se adopte; la teoría objetiva lo deja impune, la subjetiva lo analiza y decide si penaliza o no.

Excepción de Improcedencia de acción

Es un medio técnico de defensa de carácter perentoria, es decir, tiene por fin cesar la acción penal cuando el hecho no es delito o no es justiciable penalmente. Su análisis parte de los hechos imputados en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, o su ampliatoria.

Proceso complejo

Se considera proceso complejo, cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos

delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma. (Código Procesal Penal, artículo 342°, numeral 3).

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. Diseño Metodológico

2.1.1. Nivel de investigación

La presente investigación tendrá como nivel de investigación **explicativo**, porque busca profundizar este tema y entender el fenómeno a mayor concreción. No se trata de una investigación meramente descriptiva o que caracteriza ciertos fenómenos.

2.1.2. Tipo de investigación

La presente investigación tendrá como tipo de **investigación exploratoria**, porque no existe investigaciones con iguales variables que posee la presente investigación. Respecto al objetivo dos existe varias discusiones: doctrinarias, investigativas y jurisprudenciales, empero, se analizará a la luz de la jurisprudencia nacional.

2.1.3. Tipo de investigación según la naturaleza de los datos

La presente investigación tendrá como tipo de **investigación cualitativa**, porque los datos obtenidos son de análisis teóricos, mas no numéricos y/o estadísticos. Aunado a ello, en investigaciones jurídicas, en la mayoría de los casos toman el carril de investigación cualitativa; mientras que, en las investigaciones de las ciencias exactas, la via es la investigación cuantitativa.

2.1.4. Tipo de investigación según su propósito

La presente investigación tendrá como tipo de **investigación aplicada**, porque busca que la epistemología que se obtendrá, se aplique al problema jurídico penal detallado en la realidad problemática. No se trata simplemente de discutir teorías o ciertas posturas, sino solucionar el problema en concreto.

2.1.5. Diseño de investigación

La presente investigación tendrá como **diseño no experimental**, porque los datos que se obtendrán de la investigación, no se manipularán para ser analizadas, debatidas – discutir— y concluir.

2.1.6. Procedimiento de muestreo

La muestra será **no probabilística por conveniencia**, es decir, los entrevistados serán elegidos de acuerdo a la especialidad y actividad laboral a fin de cumplir con el objetivo planteado en la presente investigación. Y respecto al análisis de casos, igualmente, se elegirán por conveniencia y grado de aporte al objetivo propuesto en la presente investigación.

2.1.7. Técnicas de investigación e instrumentos

Las técnicas de recolección de datos o información para cumplir con los objetivos fijados, son: **(i)** análisis de resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional del Sistema Especializada Nacional (Corrupción de Funcionarios y Crimen Organizado), así como también las resoluciones expedidas por la Corte Suprema; y **(ii)** entrevista a jueces y fiscales pertenecientes a la Corte Penal Especializada y las Fiscalías Especializadas –Crimen Organizado, Lavado de Activos, Corrupción de Funcionarios y el Equipo Especial Lava Jato—; y **(iii)** otras técnicas que coadyuven cumplir con los objetivos de manera eficiente.

Por otro lado, los instrumentos para el análisis de resoluciones será la “ficha de análisis de resoluciones” y, la “guía estructurada de entrevista” para la entrevista a los expertos.

2.2. Aspectos éticos

El investigador declara que respetará los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación y, utilizando debidamente el Guía APA. Por otro lado, respecto a la recolección de datos, concretamente en la entrevista a los expertos, se efectuará sin presión alguna ni recompensa económica.

CAPITULO III: RESULTADOS

3.1. Resultados de la entrevista a los expertos

N°	NOMBRE Y APELLIDOS	CARGO	INSTITUCIÓN
1	Ramiro Emerito Salinas Siccha	Juez superior	Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (PJ)
2	Jorge Luis Chávez Tamariz	Juez especializado	Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (PJ)
3	José Domingo Pérez Gómez	Fiscal provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
4	German Juárez Atoche	Fiscal provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
5	Manuela Rosana Villar Ramírez	Fiscal provincial	Primera Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Perdida de Dominio, 2do Despacho (MP)
6	Efraín Montes Flores	Fiscal adjunto provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
7	Diego Adolfo Mauricio Torres	Fiscal adjunto provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
8	Enma Acosta Dulanto	Fiscal adjunto provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)

9	Reyna Eliana More Chumacero	Fiscal adjunto provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
10	Percy Huayta Flores	Fiscal adjunto provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
11	Alex Edson Santa Cruz Morales	Fiscal adjunto provincial	Equipo Especial Lava Jato (MP)
12	Elvia Del Carmen Caro Izquierdo	Fiscal adjunto provincial	Primera Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos, 1er Despacho (MP)
13	Angie Liseth Távara Roque	Fiscal adjunto provincial	Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Perdida de Dominio, 4° Despacho (MP)
14	Cesar Antonio Delgado Castro	Fiscal adjunto provincial	Primera Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada contra la Criminalidad Organizada (MP)
15	Miguel Toyohama Arakaki	Fiscal adjunto provincial	Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos de Lima (MP)

Cabe precisar que, todos los entrevistados tuvieron a la vista 9 preguntas: respecto al objetivo general, se formularon 4 preguntas –preguntas 2, 3, 4 y 5—, siendo que la primera pregunta simplemente es para introducir y evaluar preliminarmente el conocimiento del entrevistado sobre las conductas neutrales –asimismo, también

podría contribuir al objetivo específico dos—; respecto al objetivo específico uno se formularon 2 preguntas; y finalmente, también respecto al objetivo específico dos se formularon 2 preguntas. Los mismos que se pasa a detallar.

OBJETIVO GENERAL: Analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.

PREGUNTA 1: Teniendo en cuenta que, entre las conductas neutrales y las conductas de relevancia para el derecho penal, apenas lo divide una cuerda muy delgada ¿Usted cree que, en procesos complejos, plantear una excepción de improcedencia de acción en la etapa de la investigación preparatoria, alegando presuntas conductas neutrales es inoportuno? sí o no ¿Por qué?

Pérez (2022): Considero que no debería admitirse la Excepción de Improcedencia de Acción por conducta neutra en la Investigación Preparatoria, porque en los procesos complejos no se cuenta con el conocimiento acabado de las circunstancias del posible carácter neutro de su obrar. Así, lo ha considerado, el Recurso de Nulidad 1569-2019 LIMA NORTE que señala que los comportamientos neutros, cotidianos o socialmente adecuados no pueden valorarse aisladamente y constituir tesis de absolución *per se*, sino que deben ser objeto de ponderación acorde con el contexto en el que se desenvuelve la conducta.

Salinas (2022): Totalmente inoportuno. Pues para determinar si una conducta fue neutral al momento de los hechos, se necesita concluir la investigación. Solo allí el juez puede determinar si está ante una conducta neutral. Antes no es posible saberlo.

Chávez (2022): Si, porque la excepción de improcedencia de acción, limita a evaluar elementos de convicción.

Mauricio (2022): Sí, porque las presuntas conductas neutrales merecen un adecuado y exhaustivo análisis. En la etapa de investigación preparatoria, los hechos objeto de investigación aún están débiles, ante dicha circunstancia no sería posible analizar la excepción de improcedencia de acción por presuntas conductas neutrales; ello es así

porque para poder determinar si una conducta es neutral o delictiva, se necesita precisión de los hechos y que estén debidamente escoltados con fuentes probatorias. Para el fiscal, afrontar una excepción de improcedencia de acción por presunta conducta neutral dentro de la etapa de investigación preparatoria, es como atraparlo desarmando.

Acosta (2022): A mi consideración sí, porque en el medio técnico de defensa - excepción de improcedencia de acción, no puede realizarse un juicio de responsabilidad penal del investigado, sino sólo el proceso de subsunción normativa y en el caso de plantear dicha excepción fundamentando la presencia de una conducta neutral, se tendría que efectuar una valoración probatoria y no es el estadio, más aún en procesos complejos.

Huayta (2022): Sí, porque los hechos materia de investigación se encuentran en franco proceso de construcción, es más para analizar cabalmente una conducta neutral esta solo podría ser cuando se tenga los hechos y la pretensión concreta acabada.

Santa Cruz (2022): Si, pues si bien es cierto el tema relacionado a las conductas neutrales, que forman parte de los tópicos de imputación objetiva, creadas justamente para descartar la configuración de un delito a nivel de tipicidad, tales como la prohibición de regreso o el principio de confianza, en el caso de complejos, donde justamente existe un alto margen de dificultad no solo para llevar a cabo la investigación (cantidad de sujetos intervinientes, cantidad de delitos, cantidad de diligencias, cantidad de elementos de convicción por recabar) sino también para determinar imputaciones concretas y los medios de prueba para su acreditación, por tanto resultaría inoportuno descartar tipicidad en un caso complejo, basado en presunta conductas neutrales, pues las mismas necesitan ser debidamente acreditadas, contrastadas y valoradas con los elementos de convicción que se recaben.

Montes (2022): Lo que hace relevante a una conducta neutral es precisamente el conocimiento de la ilicitud de su conducta, si el agente tiene conocimiento de la ilicitud

de su participación, aunque su conducta se llevé a cabo dentro de un rol que tiene en la sociedad se rompe la licitud. Eso sucede en el caso del taxista que conoce que las personas que lo contrató iban a realizar un hurto, no obstante que realiza su rol de taxista debe responder por ese conocimiento; del mismo modo, sucede en el caso de la esposa que tiene conocimiento que los fondos que le transfiere a su cuenta proviene de una conducta ilícita, en este caso, debe responder por ese conocimiento, ello también sucede si una novia regala un celular con línea post pago a su nombre y que luego con ese número telefónico realiza llamadas extorsivas, si tiene conocimiento que es para hacer llamadas extorsivas debe responder aunque sea a título de participe. El hecho de pretender determinar el conocimiento en los casos de conductas neutrales exige que se deba realizar actividad probatoria para demostrar que el agente no tenía conocimiento y por ende la neutralidad de la conducta. Si ello es así, entonces cuando estemos frente a un delito complejo o en procesos bajo el marco de criminalidad organizada no se puede alegar conducta neutral para a través de una excepción de improcedencia de acción buscar un archivo o la exclusión del imputado en una investigación, máxime si en etapa preparatoria prima la variabilidad de la investigación y el principio de progresividad. Consideró que una etapa idónea para solicitar un archivo a través de una excepción de improcedencia de acción es en la etapa intermedia cuando ya la investigación preparatoria ya ha concluido.

Távora (2022): Considero que no resulta oportuno, y ello a la luz de los pronunciamientos tan sesgados que ha venido dando la Corte Suprema, justamente en este proceso, por cuanto, dejando de lado la progresividad de la imputación y el estadio de investigación preparatoria se han dado estos pronunciamientos, excluyendo de la investigación a familiares directos de los investigados. Poniendo en riesgo la continuidad de la propia investigación ya que dicha decisión no solo afecta a la persona, sino que pretenden con ella la exclusión de personas jurídicas, de las evidencias recabadas en la investigación y hasta el alzamiento de medidas de embargo y otras de carácter patrimonial y real.

Caro (2022): Es oportuno, tomando en cuenta el aspecto procesal toda vez que la etapa está habilitada para interposición de una excepción e improcedencia de acción

como mecanismo de defensa; sin embargo, en la mayoría en casos complejos la determinación de si una conducta es o no neutral, muchas veces requiere que los hechos imputados y los elementos que lo acreditan estén bastante bien delimitados, por lo que en la etapa de investigación preparatoria resulta difícil establecer la neutralidad de tales conductas.

More (2022): Considero que sí, partiendo que estando en la etapa preparatoria donde aún se está consolidando la imputación típica, pues al ser una investigación compleja implica que aún se está recabando los elementos de convicción que sustenten la imputación, el cual no solo engloba recabar elementos cargo sino también de descargo el cual podría variar la imputación; por lo tanto, considero que resultaría incipiente en este estadio procesal.

Toyohama (2022): No sería oportuno, ya que la investigación preparatoria es progresiva y la inicial hipótesis inculpativa podría acrecentarse, más aún si se trata de procesos complejos.

Villar (2022): Sí, porque cuando se trata de procesos complejos, en la mayoría de ellas contra la criminalidad organizada, resulta complicado determinar si una conducta es neutral o de relevancia para el derecho penal. Su inoportunidad para plantear la excepción de improcedencia de acción se debe a la dificultad y nebulosa de estas conductas, mas no por la deficiencia o débil imputación de los hechos.

Juárez (2022): NO. Porque la excepción de improcedencia de acción como medio de defensa se puede presentar en cualquier estadio de la investigación, siempre en cuando se presenten circunstancias de atipicidad, la normatividad procesal no pone limite a ello.

Delgado (2022): considero que no es inoportuno, porque para formalizar la investigación preparatoria se tiene que haber evaluado la tipicidad y antijuricidad de la conducta, es decir, si los hechos tienen relevancia penal que se subsuman en el injusto penal; siendo así, el tema de la complejidad no puede ser razón válida para no plantear una improcedencia de acción, ya que la complejidad no puede variar a

delinear la imputación concreta –principio de progresividad— mas no así la antijuricidad de la conducta, que ya ha pasado el filtro de la formalización de la investigación, que puede haber sido mal calificado como hecho con relevancia penal.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas— de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Gráfico N° 01



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 13 señalaron que, SI es inoportuno plantearse la excepción de improcedencia de acción en procesos complejos dentro de la etapa de investigación preparatoria, alegando presuntas conductas neutrales; empero, 2 señalaron que NO es inoportuno, es decir, que si debería plantearse la excepción de improcedencia de acción por el motivo señalado.

PREGUNTA 2: Teniendo en cuenta que el fiscal en la etapa de investigación preparatoria tiene una hipótesis –provisional— y no una tesis –comprobación o no de la hipótesis—. Aunado a ello, por el principio de progresividad, el fiscal puede variar, modificar y/o aumentar hechos fácticos como objeto del proceso penal. **¿Usted cree que, en procesos complejos, para determinar la neutralidad o no de la conducta a través de la excepción de improcedencia de acción, es menester concluir con la investigación preparatoria? sí o no ¿Por qué?**

Pérez (2022): Considero que debería concluirse la Investigación Preparatoria, sin embargo, la Casación 86-2021/LIMA ha señalado que la excepción de improcedencia de acción está expresamente autorizada para dirigirla a denunciar la falta de presupuestos procesales, que importan que no se está ante la válida constitución del proceso en contra del imputado. Es decir, que la jurisprudencia también ha precisado que esta excepción incide en evitar la prosecución de un proceso por falta de objeto, pues los hechos imputados (materia de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria) al ser sometidos al juicio de tipicidad, no debería imputarse a una persona por un ilícito cuyo comportamiento forma parte de su rol social.

Salinas (2022): Por el motivo expresado en la respuesta a la pregunta anterior.

Chávez (2022): Sí, porque el estadio de la investigación preparatoria se limita a recabar elementos de convicción de cargo y descargo – Casación No 2-2008/La Libertad.

Mauricio (2022): Sí; conforme se ha señalado en la anterior pregunta; la determinación de la conducta presuntamente neutral, amerita que los hechos estén debidamente claros y detallados, aunado a ello, sustentados con fuertes elementos probatorios; en ese sentido, esos requisitos es imposible cumplir en la primera etapa del proceso penal, de modo tal que, es razonable esperar que concluya la investigación. Es menester precisar que dicha excepción debe ser solo en procesos complejos, justamente por la dificultad de las líneas de investigación que maneja el fiscal. No es lo mismo una investigación por el delito de robo y una investigación a una organización criminal.

Acosta (2022): A mi consideración sí, porque al concluir la investigación preparatoria, el fiscal ya se encuentra en la condición de emitir pronunciamiento con todos los elementos de convicción recabados y determinar si se está o no ante la presencia de una conducta neutral o no.

Huayta (2022): Sí, porque una vez concluida la investigación preparatoria, recién el Ministerio Público podrá contar con hechos concretos a nivel acabado, y aunado a ello contar con elementos suficientes que sostengan esa pretensión.

Santa Cruz (2022): Si debe concluir la investigación preparatoria, justamente por el principio de completitud de la prueba, que remitido a la investigación preparatoria implica completitud de los elementos de convicción necesarios para acreditar en todo caso la existencia de una conducta neutral, la misma que no puede invocarse solo a nivel normativo, pues necesita ser corroborada con datos facticos sustraídos de la realidad (elementos de convicción, datos periféricos, etc.).

Montes (2022): En efecto, en etapa de investigación preparatoria en mérito del principio de progresividad de la investigación se tiene una hipótesis del nivel de sospecha reveladora, esto es, no se tiene aún una tesis. Como sostuve líneas arriba, una etapa correcta donde debe plantearse una Excepción de Imprudencia de Acción es en la etapa intermedia cuando ya se dio por concluida una investigación preparatoria, ya que en esa etapa los hechos ya son presentados por el órgano persecutor como un relato acabado, con detalles circunstanciadas (tiempo, lugar y modo), situación que solo se puede alcanzar en etapa intermedia.

Távora (2022): Considero que si, por cuanto recién cuando se haya agotado los actos de investigación y con los actos de defensa realizados por la parte (si lo estima pertinente) se podría valorar en conjunto los actos de investigación no solo de cargo, sino de descargo y que la progresividad de la imputación haya ido evolucionando, conforme a los actos de investigación practicados.

Caro (2022): Considero que, tratándose de casos complejos, sí es necesario concluir con la etapa de investigación preparatoria porque es el momento el que la imputación fiscal está definida y delimitada de forma más clara.

More (2022): Considero que sí, porque con la recabación de los elementos de convicción e cargo y descargo, se puede determinar si la conducta incriminada se adecua a la hipótesis fiscal.

Toyohama (2022): Sí, ya que una vez concluida la investigación preparatoria de procesos complejos tenemos determinados los hechos que van a ser materia de una futura acusación.

Villar (2022): Sí; porque como bien mencioné, se trata de conductas difíciles de determinar -casos difíciles— de modo tal que, considero razonable que se concluya con la investigación para poder evaluar las presuntas conductas neutras. Si bien es cierto, la excepción de improcedencia de acción se puede plantear una vez que se formaliza la investigación, empero, en casos difícil es justificado posponer el planteamiento de dicho medio técnico de defensa a efectos de no generar impunidad en casos que fructuosamente podrían llegar al juzgamiento.

Juárez (2022): NO. Por cuando si bien en la progresividad e la investigación, se puede modificar o variar los hechos, no se puede variar en lo sustancial y estas circunstancias deben ir dentro del marco de la imputación necesaria, para no vulnerar el derecho de defensa, desde esta óptica, no enerva una posible excepción de improcedencia de acción, debiendo tener en cuenta también, que este medio de defensa quien lo resuelve es el Juez de Investigación Preparatoria y el Fiscal debe estar preparado para ello. La ampliación de los hechos facticos en una investigación preparatoria, también se circunscribe a los antes anotado.

No me parece adecuado y justo que una persona procesada, tenga que esperar hasta culminada la investigación preparatoria, que en casos complejos de criminalidad organizada duran más de tres años, para recién ejercer un medio de defensa, como la excepción de improcedencia de acción, ello, vulnera a todas luces el derecho a la

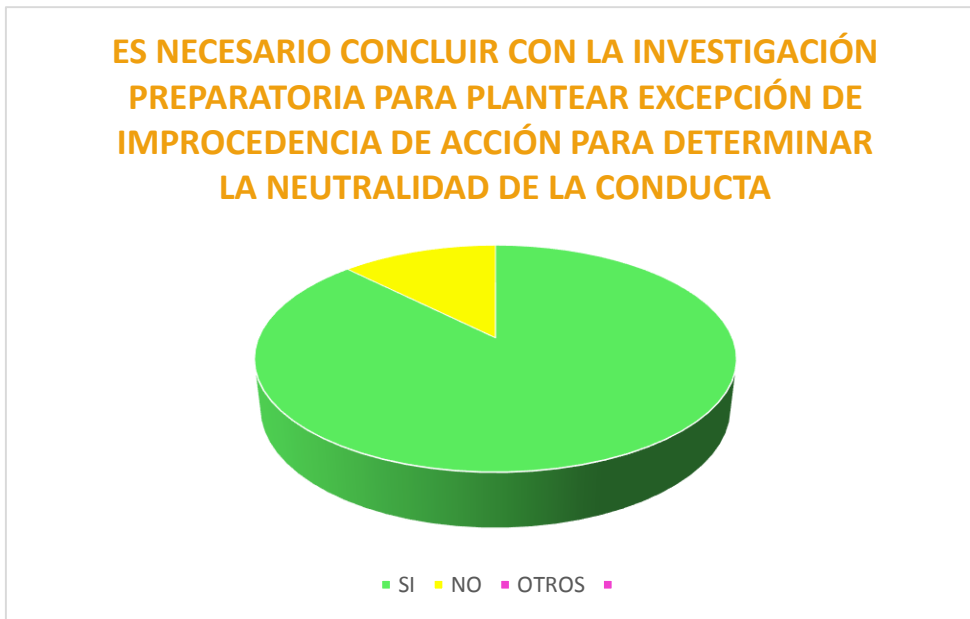
tutela judicial efectiva y el derecho de defensa; cuando bien puedo hacerlo desde el momento que advirtió que la supuesta conducta contraria a derecho adolece de tipicidad objetiva o subjetiva.

Para sustentar lo antes expuesto, imaginemos, que cuando se decide formalizar investigación preparatoria, se solicita prisión preventiva contra uno de los investigados, y el juez la concede por un plazo de 36 meses, éste imputado tendría que esperar recluido en un establecimiento penitenciario hasta ese plazo que más o menos dura la investigación preparatoria, eso si no se pide la ampliación e ésta por un plazo igual o menor; para recién plantear una excepción, cuando producto de la progresividad de la investigación se puede advertir con mucha anterioridad que lo que se le atribuye carece de alguno de los elementos del tipo o se trata de una conducta que no crea un riesgo permitido, por lo que desde esta posición, se estaría restringiendo el derecho fundamental de defensa.

Delgado (2022): no es necesario concluir con la investigación preparatoria para recién plantear una excepción de improcedencia la acción para determinar la atipicidad o neutralidad de la conducta, porque la complejidad y progresividad solo está referido a la imputación concreta en el delito o en otro, mas no así para determinar la atipicidad.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas— de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Gráfico N° 02



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 13 señalaron que, SI es necesario concluir con la investigación preparatoria en proceso complejos para poder determinar las presuntas conductas neutrales a través de la excepción de improcedencia de acción; empero, 2 señalaron que NO es necesario concluir con la investigación preparatoria.

PREGUNTA 3: En el Expediente N.° 25-2017-42 (caso ONP –Costa Alva) y Expediente N.° 21-2019-16 (caso Línea Amarilla –OAS) el principal argumento del Tribunal Superior para denegar la improcedencia de acción por el supuesto de principio de confianza (Exp. N.° 25-2017-42) y prohibición de regreso (Exp. N.° 21-2019-16), fue que para analizar la excepción de improcedencia de acción se tiene que tener los hechos bien definidos (acreditados o descartados), y ellos se logrará una vez

que la investigación haya concluido, de modo tal que, se pueda delimitar la imputación objetiva, concretamente el principio de confianza y la prohibición de regreso – conductas neutrales—. **¿Qué opina al respecto?**

Pérez (2022): En el caso ONP – Costa Alva, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con las ponencias de César San Martín Castro, ha revocado las resoluciones de la Sala Superior de Apelaciones que denegaban la Excepción de improcedencia de acción por el supuesto de principio de confianza (Casación 1307-2019/CORTE SUPREMA y Casación 86-2021/LIMA); es decir, a la Corte Suprema le ha sido suficiente tener en cuenta los hechos narrados en -la primera- Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria para archivar el proceso penal a la esposa e hijo del abogado Costa Alva, por los actos de conversión, transferencia y ocultamiento relacionados a S/. 19'359,310.00.

En ese orden, la Sala Penal Permanente, presidida por César San Martín Castro, no tuvo en cuenta el criterio que la conducta debe ser valorada en el contexto de cómo ésta se desarrolla, es decir, una vez acabada o delimitada la imputación penal. Sin embargo, la misma Sala sí tuvo en cuenta tal criterio en el Recurso de Nulidad 214-2019 Lima, cuando confirma la condena al taxista Teófilo Galván Cantoral como coautor del delito de robo agravado a nueve años de pena privativa de libertad, a pesar que alegaba conducta neutral, como alegaron la esposa e hijo del abogado Costa Alva.

Salinas (2022): Desde que mi persona es uno de los autores de tal decisión, estoy totalmente de acuerdo y lo sigo suscribiendo.

Chávez (2022): es correcto, los vectores de la imputación objetiva deben analizarse culminada una investigación preparatoria porque existe el riesgo de lograr impunidad.

Mauricio (2022): En efecto, como se viene señalado en las respuestas anteriores, para dilucidar la excepción de improcedencia de acción en procesos complejos, los hechos deben estar inexorablemente claros y ello solo se logrará cuando se culmine con las investigaciones. La norma procesal permite plantear la excepción de

improcedencia de acción una vez formalizada la acción penal, empero, cuando se traten de proceso complejos, sobre todo cuando el accionante alegue conductas neutrales, ello resulta inoportuna. La antítesis podría oponerse ante dicha argumentación, señalando que se afecta el debido proceso y lo que se pretendería es imponer “la pena del banquillo”; empero, ello no es de recibo, porque lo que no se quiere en la investigación de proceso complejos y organizaciones criminales (que en la mayoría de los casos se investigan a personas de poder económico y político), que se obtenga impunidad.

Acosta (2022): A mi consideración comparto dicho argumento.

Huayta (2022): Es evidente que resulta razonable sostener, que en la etapa de investigación preparatoria los hechos se encuentran en franco proceso de construcción, y también que el momento oportuno para analizar una excepción de improcedencia de acción que tenga como sustento una prohibición de regreso o principio de confianza debería ser la audiencia preliminar, sin embargo en determinados casos ello no será posible, cuando este se encuentre vinculado a la tipicidad subjetiva, que requiere necesariamente de un análisis de elementos probatorios.

Santa Cruz (2022): Me encuentro de acuerdo con la decisión arribada por la Corte Suprema, y me remito a mis respuestas anteriores, pues en esencia es necesario concluir la investigación preparatoria, haber recabado los elementos de convicción (de cargo o descargo) necesarios para poder construir una imputación, la cual debe ser concreta y delimitada por cada imputado, pues al tratarse de casos complejos, lo más probable es que hayan intervenido más de un sujeto activo.

Montes (2022): En efecto, con la culminación de una investigación se puede tener todos los elementos de convicción a tener en cuenta para delimitar la imputación fáctica y la imputación normativa y, al discutirse el conocimiento como un elemento componente para establecer o descartar una conducta neutral ello solo se podría alcanzar cuando no exista posibilidad de realizar actos de investigación.

Távora (2022): Considero acertada dicha opinión, toda vez que al encontrarse en una investigación si bien formalizada, pero aún en desarrollo, esta puede ir variando y se viene construyendo sobre la base de los actos de investigación que se vienen practicando. Además, el hecho fáctico aún se viene descubriendo y está sujeto a corroboración, en armonía con el Acuerdo Plenario 2-2012.

Caro (2022): Estoy de acuerdo con el argumento del Tribunal Superior, ya que en los casos complejos que se han citado, en efecto, es necesario tener los hechos bien definidos, lo que ocurre una vez concluida la etapa de investigación preparatoria. En el caso ONP – Costa Alva, tengo conocimiento que el mismo se interpuso recurso de casación (para el caso López Melgarejo de Costa) y la Corte Suprema casó el auto de vista y actuando como instancia revocó la resolución de primera instancia; es decir, se declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa, argumentando que no es de recibo que el examen tanto de la imputación como del resultado requiera de la culminación de la investigación preparatoria y que bastaría con la descripción fáctica contenida en el acto de imputación fiscal, se entiende que en etapa de investigación preparatoria ésta estará en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria; sin embargo, también reconoció que las averiguaciones de la verdad pueden modificarse, ampliarse o precisarse con la incorporación de datos nuevos. Con mucho respeto debo manifestar que tomando en cuenta el tratamiento de los casos complejos, no comparto la posición de la Corte Suprema en dicho recurso de casación, esto porque precisamente ante la existencia de la posibilidad de incorporar actos nuevos y que esto devenga en una eventual ampliación, precisión, etc. de las averiguaciones, es que el acto de postulación mencionado se define con mayor claridad al concluir la etapa de investigación preparatoria; es decir, contaríamos con un acto de postulación delimitado y ya con esto (y a partir de aquí) se podría examinar la imputación del comportamiento y la imputación del resultado, en casos complejos.

More (2022): Estoy de acuerdo con dicho pronunciamiento, por lo que pretender que, a través de la excepción de improcedencia de acción, brinde una respuesta suficiente y razonada para determinar que una conducta es neutral bajo una hipótesis fiscal en

progresión, no porque en el marco de un proceso penal debe efectuarse una actividad probatoria que permita establecer si es que efectivamente la conducta incriminada se enmarca en una conducta neutra.

Toyohama (2022): Que es correcta dicha posición, ya que existen hechos definidos.

Villar (2022): Considero que la *ratio decidendi* de ambas resoluciones es correcto, en ese sentido, igual o similares criterios deben tomarse por los órganos jurisdiccionales de primera instancia, incluso por las demás Salas Superiores de la Corte Penal Nacional.

Juárez (2022): No comparto ese criterio por cuando el aludido medio de defensa, estaría supeditado al resultado final de la investigación, y creo que nada tiene que ver si el hecho imputado está acreditado o no para hacer viable una excepción de improcedencia de acción, toda vez que este medio de defensa lo que ataca es la construcción del hecho punible (la imputación) el cual debe contener los elementos del tipo que configuran el delito incriminado y eso lo determina el Fiscal cuando realiza la descripción el hecho punible que le atribuye al imputado, en ese sentido el referido medio de defensa incide en la falta de alguno de los elementos del injusto penal que se atribuye, mas no así si esta acreditado o no el delito.

Delgado (2022): No estoy de acuerdo con lo argumentado por el tribunal superior en los citados casos, porque los hechos bien definidos –progresivamente—luego de la formalización, tiene como finalidad formular una debida imputación concreta y la acreditación de la misma con la obtención de elementos de convicción e cargo, que en la etapa intermedia debe llevar a acusar o sobreseer la causa por lo general por falta de pruebas, y rara vez mala calificación jurídica, por atípica o conducta neutral, porque con la formalización de la investigación preparatoria el fiscal ha tenido que realizar una debida valoración jurídica de los hechos.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas— de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Gráfico N° 03



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 13 consideran que lo resuelto por el Tribunal Superior de ambas resoluciones, ES CORRECTO; empero, 2 señalaron que NO ES CORRECTO.

PREGUNTA 4: ¿Cree usted que tratándose de investigaciones y/o procesos complejos, sería viable dilucidar la excepción de improcedencia de acción por las presuntas conductas neutras en la etapa intermedia del proceso penal? sí o no ¿Por qué?

Pérez (2022): Al respecto, la Casación 862-2018/LIMA señala que el hecho punible de la acusación, bajo determinados límites, puede ser modificada, tras el resultado de la prueba, por lo que considero que la etapa procesal intermedia no es la correcta para dilucidar la excepción de improcedencia de acción por conducta neutra, sino en el juzgamiento donde se actúa la prueba.

Salinas (2022): Si es factible, debido que la investigación del delito ya ha concluido, y es totalmente viable determinar si tal o cual conducta es neutral. No obstante, si la línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha confirmado que en una excepción de improcedencia de acción no se puede valorar prueba, no es la etapa más adecuada.

Chávez (2022): Si porque se cumplió la determinación, Casación No 2-2008/La Libertad.

Mauricio (2022): Si bien es cierto, en las anteriores respuestas se dijo que la neutralidad o no de la conducta debe resolverse una vez concluya la investigación, ello no significa que necesariamente deba resolverse en la etapa intermedia. Considero que habría que evaluarse caso por caso, puesto que, algunas presuntas conductas neutrales no necesariamente deben analizarse con la sola verificación de los hechos imputados materia de acusación, sino también con base probatoria. La evaluación en la etapa intermedia o etapa de juzgamiento dependerá de la complejidad del asunto.

Acosta (2022): A mi consideración no es posible, porque mediante este medio técnico de defensa, no puede realizarse un juicio de responsabilidad penal del investigado, sino sólo el proceso de subsunción normativa.

Huayta (2022): Por su naturaleza la etapa intermedia se constituye en un filtro o etapa de saneamiento, donde se debe analizar la relación procesal, es decir, las conductas neutrales evidentes que exponga y sustente el exepcionante, salvo que el fundamento esté vinculado con el tipo subjetivo cuyo análisis solo se daría en etapa de juicio.

Santa Cruz (2022): Ello dependería de la calidad de los medios de prueba recabados, si se logra establecer con elementos de convicción (de descargo) contundentes, que no necesiten de valoraciones, sería posible sustentar un sobreseimiento, basado en el artículo 344, inciso 2, literal b del Código Procesal Penal que contempla la causal relativa a que el hecho imputado no es típico, el cual implica que en estos supuestos no es posible sustentar el enjuiciamiento un sujeto por este por ese hecho, ya que los juzgamientos penales no se desenvuelven en el vacío y para obtener resoluciones

teóricas, sino para aplicar el derecho penal en los casos específicos, incluso Del Rio (2021) refiere que es factible analizar en esta causal supuestos que configuren criterios de imputación objetiva tales como la prohibición de regreso y el principio de confianza Referencia: Del Río, G. (2021). La etapa intermedia. Lima: Instituto Pacífico.

Montes (2022): En etapa intermedia se llega una vez superado la etapa de investigación preparatoria y, en esta se discute si una acusación cumple con los estándares mínimo como para que una imputación pasé a juicio oral o, en todo caso no existe causa probable y por eso se plantea un sobreseimiento de la acción penal; es en esta etapa que el órgano acusador también puede solicitar sobreseimiento invocando una conducta neutral, lo mismo la defensa del imputado que puede plantear la Excepción de Improcedencia de Acción.

Távora (2022): Si, por cuanto ya se habrían practicado los actos de investigación y existe una imputación concreta que podrá ser rebatida por la defensa y por la naturaleza de la misma el debate se centra en un juicio de tipicidad sobre si el hecho constituye delito O no es justiciable penalmente.

Caro (2022): Sí, lo creo. Sí me parece viable que en casos complejos se dilucide esta excepción por presuntas conductas neutrales en esta etapa, porque como he indicado el acto de imputación fiscal se encuentra mejor delimitado y mejor definido a partir de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, lo que habilita que el examen de imputación sea cabal.

More (2022): considero que no, porque en este estadio, en el cual, si bien ya ha concluido los actos de investigación, y se tendría una imputación concreta, sin embargo, aún no ha sido sometido a un debate probatorio los elementos de cargo que sustenten la conducta incriminatoria.

Toyohama (2022): Que no, tratándose de procesos complejos, y estando a que se debe analizar la conducta neutral (participación en un delito), estimo que debería dilucidarse en el juicio oral, con valoración de las pruebas.

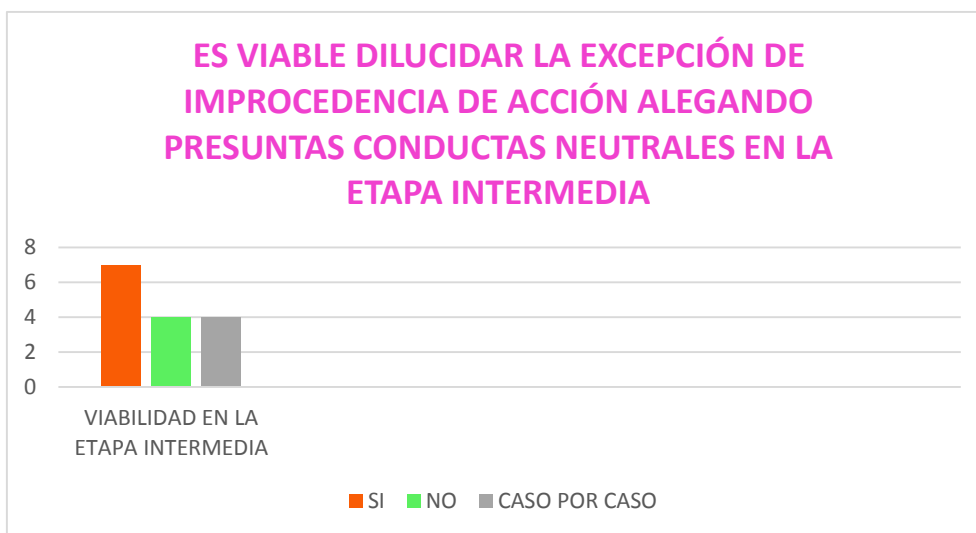
Villar (2022): Dependerá del caso en concreto, es decir, de la claridad de los hechos objeto de acusación. Teniendo en cuenta que, el juez de investigación preparatoria no valora prueba.

Juárez (2022): SI, por lo general las excepciones de improcedencia de acción se plantean y se dilucidan en la etapa intermedia, etapa que tiende a sanear el proceso; sin embargo, ello no quita que se puedan plantear en la investigación preparatoria, por los motivos glosados anteriormente.

Delgado (2022): la excepción de improcedencia de acción no solo puede plantear en la investigación preparatoria sino también en la etapa intermedia, en esta ultima porque el fiscal ha hecho una incorrecta calificación jurídica de los hechos, que no siendo relevantes jurídico penalmente o siendo neutrales, los llegó a formalizar.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas– de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Gráfico 04



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 7 entrevistados consideran que la etapa intermedia del proceso penal es viable para dilucidar la excepción de improcedencia de acción alegando presuntas conductas neutrales; por otro lado, 4 entrevistados señalan que no es viable en la etapa intermedia dilucidar las presuntas conductas neutrales, sino que se sería lo correcto en la etapa de juzgamiento con la valoración probatoria. Finalmente, 4 entrevistados señalan que debería analizarse caso por caso, es decir, dependerá del caso en concreto si se dilucida en la etapa intermedia o en la etapa de juzgamiento con la valoración probatoria.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Determinar la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos.

PREGUNTA 1: ¿Usted cree que, en procesos complejos, para determinar la neutralidad o no de la conducta, amerita valoración probatoria en el juicio oral? sí o no ¿Por qué?

Pérez (2022): Por supuesto, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad 214-2019 Lima la Sala considera que la posible conducta neutra del taxista no fue conforme al rol predeterminado porque no adecuó su actuación a las normas socialmente establecidas, es decir, valora conjuntamente la prueba y concluye que a la fecha de los hechos la licencia de conducir del taxista estaba vencida, por lo que no tenía autorización para conducir y menos aún para realizar el servicio público de taxi.

Salinas (2022): Sí, debido a que solo valorando los medios de prueba se podrá determinar y resolver si realmente una conducta fue neutral.

Chávez (2022): No siempre, pueden ser determinados en la etapa intermedia.

Mauricio (2022): Sí, porque entre las conductas neutrales y las conductas delictivas existe una pequeña diferencia, de modo tal que, es menester valorar prueba para

determinar si dicha conducta es en efecto es neutral o por el contrario delictiva. En la Corte Penal de Justicia Especializada, concretamente en los casos vinculados a la empresa ODEBRECHT se vienen investigado a diversos abogados, contadores y otros funcionarios por haber participado en presuntos actos delictivos (lavado de activos, corrupción de funcionarios, defraudaciones tributarias, etc.), la teoría del caso de sus defensas técnicas, es que se trataría de conductas neutrales en cumplimiento de su rol; empero, determinar si se trata de conductas delictivas o neutrales es una tarea difícil, por ello considero que la única forma de determinarlo es con la valoración probatoria.

Acosta (2022): A mi consideración sí, porque en el juicio oral, después de la actuación probatoria, se realiza un juicio de responsabilidad penal del investigado.

Huayta (2022): Depende de si la conducta neutral invocada resulta evidente, sino tendría que merecer un mayor análisis que solo se daría en etapa intermedia, de no ocurrir ello se generarían escenarios de impunidad.

Santa Cruz (2022): Si, en caso sea necesario, sobre todo cuando no se cuente con elementos de prueba que en forma contundente permita determinar la atipicidad de la conducta, por concurrencia de un criterio de imputación objetiva (el cual consideramos también debe ser acreditado con datos fácticos, extraídos de la realidad y no meramente normativos).

Montes (2022): En la Excepción de Improcedencia de Acción se invoca cuando viene aparejado el supuesto que el hecho no constituye delito, es en este supuesto que encaja la figura de las conductas neutrales, es decir se discute la tipicidad y la antijuricidad, si ello es así, tenemos como regla general un juicio de puro derecho; sin embargo, en delito complejo o bajo el marco de criminalidad organizada se exige un conocimiento especial del partícipe, razón por la cual, bien se puede discutir en etapa intermedia, con más razón en etapa del juicio oral para establecer que el agente tenía el conocimiento de la ilicitud del autor.

Távora (2022): No, por cuanto la construcción de la imputación parte de la etapa de investigación y con los elementos de convicción que se vienen recabando, esta permitirá determinar el hecho atribuible, no siendo necesario recién en la etapa de juicio oral el mérito de la valoración probatoria.

Caro (2022): en muchos casos complejos la determinación de la neutralidad de la conducta sí amerita valoración probatoria porque algunas circunstancias singulares resultan de difícil verificación antes de esta etapa y etapa probatoria resulta del idónea para dicho examen, depende del caso concreto.

More (2022): Sí, teniendo en cuenta que el supuesto postulado de la conducta neutra, para su análisis no se debe disociar el aspecto objetivo y subjetivo al conocimiento de que la conducta que se ejecuta coopera con la acción delictiva, por lo que para determinar ello en una imputación progresiva no sería viable e incipiente, por lo que ello no se debería efectuar dentro del marco de una actividad probatoria.

Toyohama (2022): Sí, tratándose de participación delictiva, donde debe valorar la conducta objetiva y el ámbito subjetivo, en conjunto con las demás pruebas actuadas en el plenario.

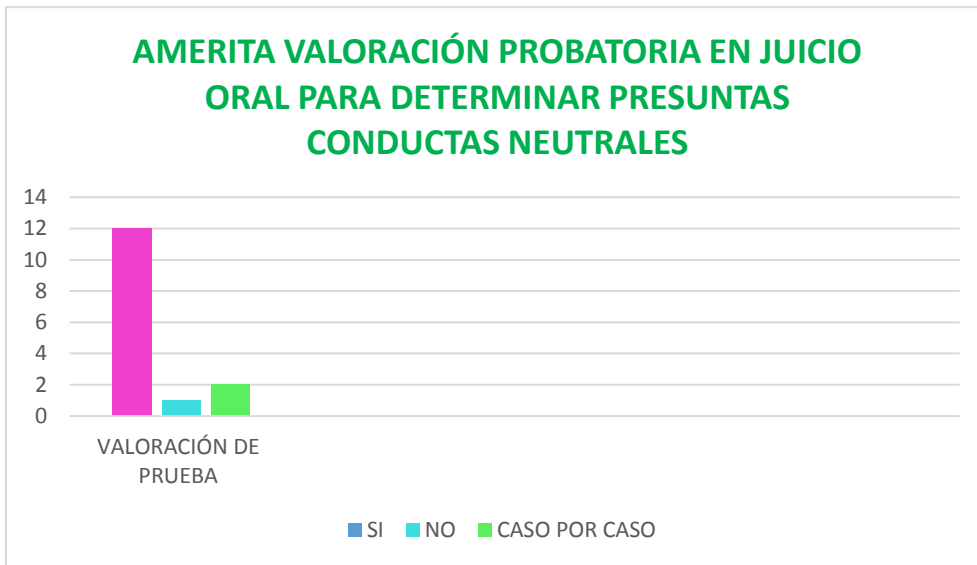
Villar (2022): Sí, porque la determinación de las conductas neutrales en procesos complejos amerita valoración probatoria, no es correcto o prudente que estas se determinen con la sola valoración de los hechos imputados.

Juárez (2022): Sí, y creo que puede entrar a tallar en este caso las máximas de la experiencia; hay determinadas circunstancias que quizá se tengan que valorar con algunos medios de prueba, en lo concerniente al principio de confianza.

Delgado (2022): si amerita, porque se debe probar que el acusado en su actuación de un rol de conducta o función, actuó dolosamente para favorecer la comisión de un delito.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas— de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Grafico N° 05



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 12 entrevistados consideran que amerita valoración probatoria en el juicio oral para poder determinar las presuntas conductas neutrales. Por otro lado, 1 entrevistado señala que no amerita valoración probatoria en el juicio oral para poder determinar las presuntas conductas neutrales, toda vez que bien podría hacerse con el solo análisis de los hechos. Finalmente, 2 entrevistados señalaron que debe analizarse caso por caso, es decir, si el hecho es evidente bien podría determinarse en la etapa intermedia con el solo análisis de los hechos, de no ser así, se tendría que determinar en el juicio oral con la valoración probatoria.

PREGUNTA 2: Tratándose de proceso complejos **¿Cuál cree usted que sería la etapa del proceso penal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales? ¿Por qué?**

Pérez (2022): Atendiendo a la Casación 862-2018/LIMA, que señala que la naturaleza jurídica de la acusación escrita es su provisionalidad respecto del hecho punible, de suerte que, bajo determinados límites, puede ser modificada, tras el resultado de la prueba, considero que la etapa procesal correcta es el juicio oral.

Salinas (2022): En el juicio oral, y más específicamente, en el alegato final. Es decir, cuando ya se ha producido la prueba y, por tanto, ya se puede hacer valoración probatoria. Recuerda que antes del juicio oral no hay prueba jurídicamente hablando.

Chávez (2022): No es la etapa de investigación preparatoria.

Mauricio (2022): En la misma línea de la respuesta anterior, considero que la etapa para determinar las presuntas conductas neutrales es la etapa de juzgamiento, puesto que es la única etapa para que el juez valore prueba.

Acosta (2022): A mi consideración al tratarse de delitos complejos, en el juicio oral y luego de la actuación probatoria. Salvo en preliminar o preparatoria, haya sido acreditado con los elementos de descargo correspondientes.

Huayta (2022): Es evidente que es la etapa intermedia, por su naturaleza saneadora de la relación procesal, pero por excepción cabría el análisis la conducta neutral en sentencia.

Santa Cruz (2022): Considero que en primer lugar debe concluir de todos modos la investigación preparatoria, conforme al Principio de Completitud de la prueba, y dependiendo de la contundencia de los elementos de convicción hallados durante dicha etapa, podría ser en etapa intermedia o en juzgamiento, en caso los medios de prueba necesiten ser actuados y valorados en un contradictorio.

Montes (2022): La etapa correcta es la etapa intermedia y el juicio oral en casos procesos complejos o bajo el marco de criminalidad organizada.

Távora (2022): Considero que sería la etapa intermedia, ya que, al ser una etapa de saneamiento, se podría en este estadio dilucidar el juicio de tipicidad.

Caro (2022): depende de los elementos facticos y normativos de cada caso en concreto; para algunos casos complejos posiblemente sea la etapa intermedia con la interposición de la excepción de improcedencia de acción; y para otros casos complejos posiblemente sea la etapa de juicio oral con la valoración probatoria llevada a cabo. Considero que no existe una etapa correcta para englobar a todos los casos, porque cada caso por ser complejo precisamente, tiene sus particularidades; en ese orden, dependerá de un examen individual.

More (2022): En juicio oral, pues los elementos de convicción ahora por el estadio, medios probatorios que respaldan la imputación “acusación fiscal” deben ser sometidos a un debate probatorio.

Toyohama (2022): el juicio oral, tratándose de procesos complejos, ya que debe valorarse el aspecto objetivo y subjetivo de la alegada conducta neutral.

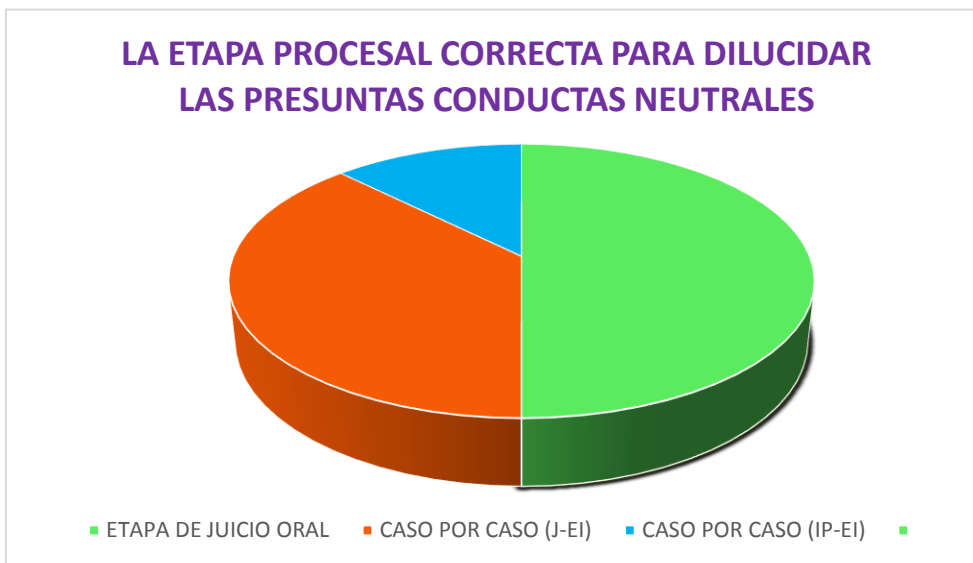
Villar (2022): Considero que es la etapa de juzgamiento con la actuación y valoración probatoria. En caso de determinarse la neutralidad de la conducta, el juez penal absolverá porque el hecho probado no es delito conforme el artículo 398, numeral 1 del CPP. En síntesis, la determinación de presuntas conductas neutrales en procesos complejos se debe hacer en la etapa de juzgamiento, de manera excepcional en la etapa intermedia, siempre en cuando exista claridad de los hechos imputados.

Juárez (2022): por lo general en la etapa intermedia, sin perjuicio que también se pueda realizar en la etapa de investigación preparatoria siempre y cuando esté bien definido el nivel de imputación en ese estadio.

Delgado (2022): sería correcto en la etapa de formalización de la investigación preparatoria y la etapa intermedia, porque en la primera se realizará una valoración jurídica de los hechos imputados; y, en la segunda, porque el fiscal puede haber hecho una incorrecta valoración jurídica de los hechos investigados.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas– de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Gráfico N° 06



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 8 entrevistados consideran que la etapa procesal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos es en la etapa de juicio oral mediante la valoración probatoria. Por otro lado, 5 entrevistados señalan que hay que analizarse caso por caso (EI-J) para determinar la etapa procesal correcta tratándose de las presuntas conductas neutrales, es decir, podría ser en la etapa intermedia o en el juicio oral. Finalmente, 2 entrevistados señalan que la etapa correcta para determinar las presuntas conductas neutrales es en la etapa de investigación preparatoria o de ser el caso en la etapa intermedia, es decir, caso por caso (IP-EI).

OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Evaluar la importancia de los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.

Verbigracia 1: **X** transfiere dinero a **Y** –su esposa– en un solo día, en dos partes, la suma de 500,000.00 soles cada transferencia. Días después, **Y** invierte dicho dinero en dos bancos. **X** es abogado que litiga en procesos laborales y otros procesos, sin embargo, se dedicaría a corromper funcionarios a cambio de ganar los procesos en las que participa.

Verbigracia 2: **A** tiene 5 empresas, las mismas que los usa para transferir dinero ilícito a empresas *offshore* de otros países; para constituir las 5 empresas, **A** suplicó a su amigo **Y** para que aparezca como socio fundador. Con dichas empresas se logra transferir 5 millones de soles a la empresa Pollitos LTD de Panamá para financiar campañas políticas.

Verbigracia 3: **A** es el cabecilla de la organización criminal “*Los Bambinos*”, quienes se dedican a sacar droga del puerto de Callao a Italia. **B, C, D y E** se dedican directamente al transporte de la droga. El día que los agentes de inteligencia intervinieron en local donde acondicionaban la droga por Lima Norte; capturaron a los siguientes: **A, B, C, D y E** empaquetando la droga. **Y** fue el personal de seguridad de local; asimismo fue quien alquiló el local donde se encontró la droga y el departamento donde se hospedaban **A, B, C, D y E**.

PREGUNTA 1: Teniendo en cuenta los citados 3 ejemplos **¿Cree usted que son importante los “conocimientos especiales” para determinar si la conducta es neutral o no, más aún cuando se trate de procesos complejos? sí o no ¿Por qué?**

Pérez (2022): La Sala Penal Permanente, con la ponencia de César San Martín Castro en la Casación 628-2015 Lima, al absolver a Jorge Aparicio Nosselli del delito de Negociación Incompatible señaló sobre la importancia del conocimiento especializado en determinados ámbitos distintos a los comunes.

Partiendo de esa idea, la Casación 86-2021/LIMA, con la también ponencia de San Martín, no consideró los “conocimientos especiales” del imputado para valorar que su conducta no era neutral.

En ese orden, considero que son importante los “conocimientos especiales” para determinar si la conducta es neutral o no, más aún cuando se trate de procesos complejos.

Salinas (2022): Los conocimientos especiales son trascendentes. Como juez los tomó en cuenta para determinar si una conducta es neutral.

Chávez (2022): Sí, además de nuevas líneas de constructos jurídicos - compliance.

Mauricio (2022): Considero que sí, porque es determinante para poder calificar la conducta objetiva de riesgosa o no. Los conocimientos especiales hacen que una conducta supere el riesgo permitido, teniendo en cuenta que el análisis de los conocimientos especiales dentro del tipo subjetivo no significa una perversión del sistema de la teoría del delito o una subjetivación como muchos suelen llamarlo.

Acosta (2022): A mi consideración sí, porque ante la existencia de “conocimientos especiales”, no estaríamos frente a las llamadas conductas neutras, inocuas o estereotipadas, adecuadas o riesgos permitidos.

Huayta (2022): Sí, porque en los tres casos Y, estaba en la razonable posición de conocer la actividad ilícita, con lo que su conducta dejaría de ser neutra.

Santa Cruz (2022): Si es importante, justamente porque dicho parámetro es empleado dentro del criterio de imputación objetiva: Prohibición de regreso, para descartar una conducta neutral, y proceder a sancionar penalmente a la persona, al acreditarse su responsabilidad en virtud a estos conocimientos especiales que posee respecto al tipo penal, su conducta deja de ser inocua y pasa a convertirse en delictiva al contribuir a la comisión del hecho delictivo.

Montes (2022): En efecto, en casos complejos dilucidar los conocimiento especiales para establecer si estamos frente a una conducta neutral es relevante, porque ello va

a determinar si la conducta es delito o no; en ese sentido, en el primer caso si la esposa tenía conocimiento que el dinero que le depositan proviene de un hecho delictivo será participe del evento criminal; en el segundo caso, si el amigo tiene conocimiento que las empresas constituidas recibirán fondos maculados, obviamente debe responder penalmente por la conducta lavado de activos; asimismo, en el tercer caso, si “Y” tiene conocimiento que dentro del local que custodiaba, acondicionaban droga para traficar con ella, y del mismo modo contrata el hospedaje con el conocimiento que en este se hospedarán personas que realizan actos de tráfico ilícito de drogas, debe responder mínimo a título de cómplice primario.

Távora (2022): Si, por cuanto la experticia de la persona para realizar la conducta, influye en que si la misma pueda ser difícilmente identificada por las autoridades competentes o si por su rol cargo que ocupa, era una conducta recurrente de la cual las autoridades no podrían sospechar.

Caro (2022): Creo que, tratándose de casos complejos, sí son importantes los conocimientos especiales para determinar si la conducta es neutral o no, porque verificándolos, contribuye a establecer de manera más adecuada la responsabilidad penal.

More (2022): Si, porque bajo la teoría de los roles sociales constituye un parámetro a partir del cual se ha de definir cuando un conocimiento es especial y cuando no, con el fin de establecer los conocimientos que el autor posee cobran relevancia penal.

Toyohama (2022): Sí, para poder valorar y adquirir certeza de la calificación de la conducta como neutral, más aún en procesos complejos.

Villar (2022): Los conocimientos especiales postulados por ROXIN, KAI AMBOS, LUIS GRECO y otro es totalmente importante para determinar si una conducta sobrepasa riesgo permitido. La importancia se incrementa más aun cuando se trata de delitos y procesos complejos.

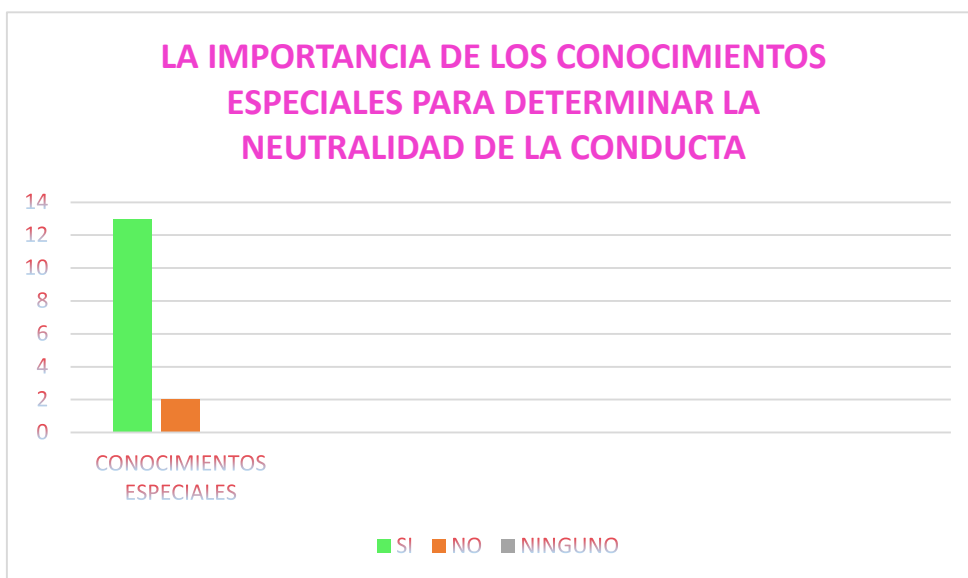
Juárez (2022): NO, en los tres ejemplos, no se requiere evaluar los “conocimientos especiales” para determinar si la conducta es neutral; en tanto que en los tres casos,

el que participa en el hecho punible, no requiere tener un conocimiento que supere el exigido por el ordenamiento o el de un observador sensato y prudente, para darse cuenta que por el volumen del dinero utilizado sin que justifique su procedencia de una actividad laboral lícita, la lleve a presumir que provienen de una actividad ilícita, de otro lado la actividad ilícita que genera los montos de dinero del cual está participando, cualquier mortal con una inteligencia media se daría cuenta que las sumas de dinero provienen de una actividad ilícita; en estos casos no se requieren conocimientos especiales que superen los propios del rol del que participa.

Delgado (2022): no considero que los conocimientos especiales determinen la neutralidad de una conducta, ya que, por ejemplo, en el caso de los abogados, notarios, etc., la conducta que desarrollan como parte de un rol o profesión, no lo hace *per se* atípica, porque esta puede formar parte de un contexto criminal, que lo hace por ser típica.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas— de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Gráfico N° 07



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 13 entrevistados señalaron que, SI es importante los conocimientos especiales para determinar la neutralidad de la conducta, empero, 2 señalaron que NO.

PREGUNTA 2: Respecto a las presuntas conductas neutrales; Claus Roxin postula que, si existió conocimientos especiales en la conducta neutral, se debe imputar y sancionar; mientras que para Gunther Jakobs solo se debe analizar lo objetivo (los conocimientos especiales no sirven de nada). En ese sentido, si Roxin sería el juez, sancionaría a Y; mientras que Jakobs no. Teniendo en cuenta la lucha contra el lavado de activos, crimen organizado, corrupción de funcionarios, delitos de cuello blanco y otros **¿Qué postura cree que es la más razonable tener en cuenta en nuestra política criminal peruana? ¿Por qué?**

Pérez (2022): Depende de la formación de los jueces, porque para algunos casos se sostienen en Jakobs (p.ej. la absolutoria Casación 23-2016 Ica).

Salinas (2022): Totalmente convencido que la postura de Roxin es la más adecuada. La otra postura dogmática genera impunidad.

Chávez (2022): Me inclino con la postura de JAKOBS.

Mauricio (2022): A fin de afrontar la lucha contra la criminalidad organizada y otros delitos de los poderosos y personas de alto poder económicos, en efecto, la teoría de debe imponerse es la de CLAUS ROXIN porque es simple y al mismo tiempo razonable. La postura de GUNTHER JAKOBS podría dejar espacios de impunidad, cuando en realidad lo que se quiere es tener una política criminal estricta contra los autores –en sentido amplio— que cometan los precitados delitos. La postura de JAKOBS tiene una estricta formalidad objetiva, y de ese modo impide valorar como corresponde las conductas que se realizan con fines delictivos.

Acosta (2022): A mi consideración, la postura más razonable es la postura de Roxin, porque ante la existencia de “conocimientos especiales”, no estaríamos frente a las

llamadas conductas neutrales, inocuas o estereotipadas, adecuadas o riesgos permitidos.

Huayta (2022): Considero que la propuesta por el profesor Roxin es la más moderada, dado que por la entidad de los delitos en cuestión resultaría la más razonable para no incurrir en impunidad, adelantamiento de fallos, y también por razones de política criminal.

Santa Cruz (2022): Teniendo en cuenta justamente lo afirmado por ROXIN en su libro Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, respecto a que el Derecho Penal debe estar vinculado también a la Política Criminal asumida por un país. Bajo esa línea de pensamiento, la política criminal peruana ha desarrollado estrategias para combatir fenómenos criminales complejos como el lavado de dinero o de activos, enquistados en nuestro país y que se derivan de otros problemas criminógenos como el narcotráfico, el crimen organizado, la corrupción estatal y privada, por tanto corresponde asumir la tesis de Claus Roxin, a fin de no dejar vacíos de impunidad respecto a esta conducta delictiva que tiene muchas aristas y muchos intervinientes que de una u otra manera contribuyen a su realización, incluso los conocimientos especiales que dejarían de dotar de neutralidad a una conducta.

Montes (2022): La postura que se adecúa correctamente es la postura adoptada por Claus Roxin, ya que además de realizar una conducta dentro de un rol establecido en la sociedad, no es suficiente para decir que su conducta es neutral, sino que se exige un deber de solidaridad del participante, además de establecer que, en una sociedad, un hecho se puede realizar por un hacer y por un no hacer, lo que se conoce por acción y por omisión. En el famoso caso planteado por Jakobs del estudiante de biología que en sus ratos libres trabaja como mesero quien se percata que el plato que llevaba contenía un ingrediente una seta venenosa y aun así lo sirve y como consecuencia de ello el cliente fallece al consumir la ensalada. Jakobs plantea que el mesero solo se limitó a servir el plato ya que para ello fue contratado y que el conocimiento especial no era relevante pues no fue contratado como estudiante de biología; sin embargo, al estudiante de biología se le puede exigir un deber de mínimo de solidaridad y, no obstante, a que fue contratado como mesero estaba en la

obligación de impedir el resultado, y ello se habría producido con informar que el pato contenía un ingrediente venenoso. Conforme a ese conocimiento especial y con el deber de solidaridad que tenía el estudiante de biología y asimismo el mandato de impedir la realización del resultado por no hacer esa conducta conforme al mandato de la norma, debe responder penalmente.

Távora (2022): Considero que la de ROXIN por cuanto los conocimientos adquiridos los está aplicando con una intención manifiesta, o como un recurso para obtener un beneficio para sí o para otro y eso si es una conducta punible.

Caro (2022): considero que la primera postura es la más razonable para tener en cuenta en la política criminal peruana, especialmente en la lucha contra el lavado de activos, crimen organizado, corrupción de funcionarios y otros, porque no basta con la sola realización de la conducta estereotipada socialmente o que ésta se realice dentro de lo socialmente exigible, para no responder penalmente, sino que además de la realización de tal conducta sí importa lo que se conozca, qué tanto se conozca y el sentido del aporte y su peligrosidad, en relación al plan delictivo o de la conducta en los agentes.

More (2022): La del maestro Claus Roxin, por lo que no solo bastaría analizar los objetivo sino también los conocimientos especiales, pues logrando determinar una responsabilidad penal constituye que el Derecho Penal está dando frutos, logrando con ellos en cierta forma disminuir los hechos ilícitos de relevancia penal en el cual el Estado tiene una respuesta frente a ello, caso contrario bajo la postura de Jakobs nos llevaría a la impunidad.

Toyohama (2022): La postura de Roxin, ya que comprende la valoración de conocimiento especiales en la conducta neutral, y se evitaría impunidad de los partícipes en el delito.

Villar (2022): Considero más razonable la postura de CLAUS ROXIN a efectos de no dejar en impunidad los delitos graves como el delito de lavado de activos – concretamente cuando intervienen abogados, contadores, banqueros, etc.—,

corrupción de funcionarios y otros delitos cometidos por los poderosos. Necesitamos tener nuestra ley procesal penal y una dogmática penal coherente con el auge de la criminalidad organizada y nuevas modalidades delictivas.

Juárez (2022): Me inclinaría por una postura ecléptica [ecléctica], atendiendo a las circunstancias del caso, en tanto que existen casos en la que se requiere de los conocimientos especiales para poder distinguir con claridad meridiana un riesgo no permitido, en tanto que en otros como en los casos de los ejemplos 2 y 3 no se requiere de estos conocimientos especiales.

Delgado (2022): la postura de ROXIN es la correcta, porque si bien Y, puede ser que no tenga conocimientos especiales, pero estaba en capacidad de advertir que su participación era para facilitar la comisión de un delito o de algo ilícito.

Habiendo señalado los razonamientos –respuestas— de cada uno de los expertos entrevistados, para efectos didácticos, se procede a codificar y graficar.

Grafico N° 08



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Formulada la pregunta señalada líneas arriba a los 15 entrevistados, 13 entrevistados señalaron que la postura de CLAUS ROXIN es la adecuada para nuestra política criminal peruana a efectos de luchar con la criminalidad organizada, corrupción de funcionarios y otros delitos de cuellos blancos. Por otro lado, 1 entrevistado prefiere la postura de GUNTHER JAKOBS. Finalmente, 1 entrevistado dijo que “depende del criterio de los jueces”.

3.2. Resultados del análisis documental (resoluciones)

Para cumplir con los objetivos propuestos en la presente investigación, también se recaudó y analizó diversas resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional en sus distintas instancias. Siendo que, para un mayor orden y sistematicidad, se agrupó dentro del objetivo de investigación al cual contribuye.

OBJETIVO GENERAL: Analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutras en procesos complejos.

RESOLUCIÓN N° 1

N.º de Exp: 129-2016-6

Órgano emisor: SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: JUAN CARLOS SANCHEZ BALBUENA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapas procesales: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Nº Resolución: resolución número 2 de fecha 30 de abril de 2018.

I. PETITORIO

La defensa técnica de OSCAR ANTONIO CASAS DAVILA solicitó que se declare fundada la excepción de improcedencia de acción porque el hecho tipificado no se subsume como actos de “transferencia”, además, su conducta habría sido neutral, es decir, solo actuó en calidad de abogado.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputa formar parte de la organización criminal liderada en calidad de líder, y habría realizado actos de transferencia –artículo 1° del DL N.° 1106—, toda vez que recibió del CONSORCIO UNI SERVIUNI la suma total de 490,200.00 soles, dinero sucio producto de delitos contra la administración pública. Se le imputa conocimiento de la procedencia ilícita del dinero y que estas operaciones de dinero fueron justificadas con recibos por honorarios para darle apariencia de legalidad.

Al respecto la defensa alega que no existe actos de transferencia, puesto que esto implica remitir a otra persona, sin embargo, esto no ha sucedido. Además, señala que se trató de dinero producto de servicios de asesoría legal, de modo que su acto es neutral.

III. LA RATIO DECIDENDI:

El juez señala respecto al primer punto alegado por la defensa técnica que efectivamente se trata de actos de transferencia de dinero ilícito. Respecto al segundo punto, en el fundamento jurídico 13, señaló que la actividad debe ser evaluada con meticulosidad a fin de determinar el dolo, puesto que, se le atribuye haber realizado transferencias bancarias de fondos ilícitos con conocimiento, lo cual no es regular dentro de ejercicio de la abogacía; en todo caso, ello se determinará con elementos de convicción en otro estadio procesal y no a través de la excepción de improcedencia de acción.

Asimismo, citó la resolución del *ad-quem* (Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Exp N.° 004-2015-40) donde señala que, la determinación de las exigencias de la imputación objetiva amerita la precisión de los hechos, sin ello, es imposible determinarlos.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción.

ANÁLISIS:

El problema discutido mediante la excepción de improcedencia, si bien la defensa técnica alegó conductas neutrales, el acto realizado por CASAS DAVILA configuraría objetivamente el delito de lavado de activos.

El juez señala que se trataría de una discusión de la existencia o no del dolo (tipo subjetivo), que ello no se puede determinar en ese estadio procesal y que se necesita elemento de convicción, empero, en su siguiente argumento citando al Tribunal Superior, donde señala que, para resolver correctamente la imputación objetiva, se necesita que el hecho esté debidamente esclarecido. Se observa una argumentación incongruente.

Se cree que la presente controversia debió rechazarse porque el hecho si cumpliría con la imputación objetiva, mas no, porque necesita de elementos de convicción para la determinación del dolo.

RESOLUCIÓN N° 2

N.º de Exp: 0004-2017-15/16

Órgano emisor: TERCERO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: JORGE CHAVEZ TAMARIZ

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Nº Resolución: resolución número 5 del 5 de agosto de 2021

I. PETITORIO

La defensa técnica de MARTIN JAVIER SOTA NADAL y JOSE MANUEL RODRIGUEZ CUADROS solicitaron de manera separada el sobreseimiento de la causa penal a través de la EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN, ambos con argumentos similares, alegando prohibición de regreso y principio de confianza.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

A ambos se le atribuye la comisión del delito de colusión agravada:

MARTIN JAVIER SOTA NADAL quien habría sido Ministro del MEF —encargado temporalmente, porque en realidad fue Ministro de Educación— y como tal emitió el Decreto Supremo N.º 022-2005-EF que ordena la excepción al cumplimiento de la fase de Proinversión del Ciclo del Proyecto a los tramos incluido en la concesión del Proyecto Corredor Interoceánico Perú-Brasil-IIRSA SUR. Dicho decreto habría sido emitido sin el cumplimiento de sus funciones, pues, no se debió emitir ningún decreto por haber existido carencia de justificación e irregularidades: la solicitud de excepción la debió efectuar el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y no PROINVERSIÓN como ocurrió en este caso. En ese sentido, se concluye que la emisión del precitado decreto habría tenido como finalidad coadyuvar al pacto colusorio entre TOLEDO y BARATA.

La defensa señala que SOTA NADAL se basó en el principio de confianza cuando emitió el Decreto Supremo N.º 022-2005-EF, por otro lado, se trata de un comportamiento estereotipado respaldado por la Ley N.º 27293, de modo tal que, no se ha creado el riesgo típicamente relevante. Por otro lado, señala que la emisión del precitado decreto lo habría hecho en cumplimiento de su rol como encargado del MEF por lo que su conducta resulta atípica.

JOSE MANUEL RODRIGUEZ CUADROS quien habría sido integrante del Consejo Directivo de Proinversión, y como tal, participó en la sesión N.º 86 y 87. En la sesión 86, se habría aprobado ejecutar el proyecto IIRSA SUR a través del mecanismo de concesión sin sustento técnico ni económico que determinara la favorabilidad del

interés público. En la sesión 87, se habría aprobado el primer calendario del curso aun cuando el proyecto no se encontraba exonerado del SNIP, en dicha sesión habría participado el imputado TOLEDO, de igual modo, esa decisión se hizo sin sustento, no contó con el esquema financiero. Finalmente, en esta misma sesión se habría acordado irregularmente exonerar al proyecto del SNIP. En ese sentido, se concluye que su aporte habría tenido como finalidad coadyuvar al pacto colusorio entre TOLEDO y BARATA.

La defensa técnica de RODRIGUEZ CUADROS señala que su patrocinado habría actuado en cumplimiento de sus funciones como integrante del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN y que, dentro de su facultad discrecional, emitió la opinión favorable, de modo tal que, constituye una conducta estereotipada, debiendo operar la prohibición de regreso. Por otro lado, señala que, el recurrente ha confiado en los informes técnicos-económicos de los órganos ejecutivo de Proinversion y en el dictamen de centro del área legal, por lo tanto, operaría el principio de confianza.

III. LA RATIO DECIDENDI

El juez señala que, los alcances de la presente discusión están referida al conocimiento del procesado SOTA NADAL del pacto colusión entre TOLEDO y BARATA.

En el considerando 12 señala –respecto a la conducta de SOTA NADAL— que:

(...) la presente etapa la oportunidad para que se recaben los elementos de cargo y de descargo si se ha cumplido un comportamiento en el ámbito de la supervisión de un funcionario público desde el más alto nivel que recae en el investigado Sota Nadal respecto a la suscripción del cuestionado Decreto Supremo N.º022-2005-EF. **Mientras que en lo referido al comportamiento estereotipado que se esgrime se respalda por la Ley N.º27293 – Ley del Sistema, vigente a la comisión de los hechos y del que se indica que no se ha creado un riesgo típicamente relevante, a consideración de este Juzgado Nacional debe agotarse la actividad indiciaria (probatoria) para establecer si realmente nos**

encontramos en una conducta neutral o existe extralimitación del rol asignado por Ley. Lo resaltado es propio.

Finalmente, en el considerando 15 señala –respecto a RODRIGUEZ CUADROS— que: “(...) los vectores de la imputación objetiva que invoca deben ser analizadas una vez que se descubra todos los elementos de cargo y de descargo (...)”

IV. PARTE RESOLUTIVA

Infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción de ambos imputados.

ANÁLISIS:

En la presente resolución analizada, el juez para deliberar o examinar las presuntas conductas neutrales y presuntos actos de confianza, señala que se debe analizar una vez se posea todos los elementos de cargo y de descargo, aunado a ello, señala que se debe determinar con la valoración de la prueba. Entiéndase, culminado el juicio oral.

Cuando señala que las conductas neutrales y actos de confianza serán analizadas después de recabada los elementos de convicción de cargo y de descargo, queda vedado o no progresaría la excepción de improcedencia de acción en la investigación preparatoria, cuando se alega conductas neutrales y el principio de confianza.

RESOLUCIÓN N° 3

N° de Exp: 215-2015-11

Órgano emisor: SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: JUAN CARLOS SANCHEZ BALBUENA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Nº Resolución: resolución número 39 de fecha 21 de septiembre de 2018

I. PETITORIO

La defensa técnica de JUDITH ORELLANA RENGIFO, KATHERINE ELIZABETH DIAZ BERRÚ, y CARLOS MARTIN VARGAS-MACHUCA ARRESE solicitaron el sobreseimiento de la causa penal a través de la EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

El delito que se le atribuyó es asociación ilícita para delinquir y cohecho activo genérico.

La organización criminal habría sido liderada por JUDITH ORELLANA RENGIFO, integradas por KATHERINE ELIZABETH DIAZ BERRÚ, y CARLOS MARTIN VARGAS-MACHUCA ARRESE y otros, la asociación ilícita habría teniendo como finalidad lograr inscribir las solicitudes de inscripción presentadas ante la SUNARP, para tal fin, se cometió diversos delitos, entre ellos, corrupción de funcionarios. Dicha organización habría sido conformada por más de 3 personas, con diversos roles y funciones y, operó entre los años 2009 a 2011.

Concretamente la defensa técnica de DIAS BERRÚ señaló –uno de sus argumentos— que su patrocinada gestionaba trámites municipales, trámites administrativos, dichos actos notariales y registrales se encontraban dentro del rol, son conductas neutras. De modo que, no serían actividades ilícitas, sino lícitas.

III. LA RATIO DECIDENDI

El juez dando respuesta al argumento de la defensa de DIAS BERRÚ, en el considerando 15, señaló que:

(...) la defensa de la acusada Orellana Rengifo, al igual que la defensa de la acusada Díaz Berrú sostienen que los actos practicados por sus defendidas

constituyen meros actos administrativos, perfectamente lícitos, realizados al interior de un estudio jurídico legal y válidamente constituido, razón por la cual no se le puede imputar objetivamente el delito de asociación ilícita; sin embargo, **dicho argumento necesariamente debe ser determinado luego de una valoración probatoria**, pues lo que se le imputa a ambas acusadas es que los actos realizados en los procedimientos de saneamiento cuestionados —cuarenta y siete títulos en total— fueron ilícitos, lo cual **deberá ser analizado en la etapa correspondiente, y no a través de la presente excepción**. Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Infundada -en parte— la solicitud de excepción de improcedencia de acción de las tres imputadas.

ANÁLISIS:

El juez entiende que las conductas propiamente en cumplimiento de un rol (trámites administrativos, notariales, registrales, y otros propios de un estudio jurídico), para determinar si en efecto son tales, o delictivas, deben ser determinados con valoración probatoria y no con una excepción de improcedencia de acción; entiéndase culminado el juicio oral. Aunque, algunos jueces JIP también valoran prueba (elementos de convicción propiamente dicha) en la etapa intermedia.

RESOLUCIÓN N° 4

N° de Exp: 0004-2017-13

Órgano emisor: TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: JORGE CHAVEZ TAMARIZ

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 10 de fecha 15 de marzo de 2021

I. PETITORIO

La defensa técnica de JUAN FEDERICO DOROTEO MONROE GALVEZ solicitó el sobreseimiento de la causa penal a través de la EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN, alegando prohibición de regreso.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

El delito que se le atribuyó es colusión agravada en calidad de cómplice primario. En su condición de abogado contratado por el comité de PROINVERSIÓN, habría emitido cuatro informes que sirvieron a PROINVERSIÓN para levantar la suspensión de la firma de contrato respecto el proyecto Vial Interoceánica Sur Tramo 2 y 3. El primer informe del 04 de agosto de 2005 habría sido realizado sin sustento alguno, tan solo en 2 horas y media, el mismo que sirvió a PROINVERSIÓN para firmar el contrato del proyecto precitado. El informe habría ignorado –a su vez, contravenido lo establecido en las Bases del Proyecto— la observancia que efectuó la Contraloría General de la Republica a fin de evitar que se entregue el proyecto a una empresa que tenía proceso judicial con el Estado. En ese sentido, la conducta de MONROE GALVEZ habría servido para materializar el pacto colusorio entre ALEJANDRO TOLEDO y la empresa ODEBRECHT.

La defensa técnica señaló que su patrocinado intervino como abogado, en cumplimiento de su rol, emitió cuatro informes, los mismos que *per se* no supone la afectación al bien jurídico protegido –porque no fueron idóneas para la decisión de PROINVERSIÓN—, por tratarse de conductas neutrales o estereotipadas, que se excluyen con la prohibición de regreso, de modo tal que, no pueden ser considerado como cómplice primario del delito de colusión.

En replica, la representante del Ministerio Público y la representante de la Procuraduría Ad Hoc, señalaron que no se trata de conductas neutrales, sino que son actos que sobrepasan los límites del riesgo permitido.

III. LA RATIO DECIDENDI

El juez estableció como premisa fundamental, en el considerando 10, citando la jurisprudencia española recaída en la resolución STS 1515/19, 942/2013, 487/2014 y 290/2018, que, tratándose de determinación de conductas neutrales, no puede disociarse por completo el aspecto objetivo de los aspectos subjetivos relativos al conocimientos, puesto que, la cooperación delictiva del tercero es extremadamente similar con las conductas socialmente permitidas de los profesionales –conductas neutrales—; es decir, al análisis objetivo de la conducta hay que añadirse el conocimiento. Asimismo, en el caso en concreto, el juez en el considerando 11, señala que:

(...) al parecer de este Juzgado nacional, **no es posible excluir del presente proceso penal por atipicidad, pues justamente corresponde que en el marco del presente proceso penal deba actuarse actividad probatoria** que permita establecer, si los cuatro informes emitidos por el proceso Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, estuvo situado en una marcada parcialidad o como bien lo diría el representante del Ministerio Público a través de ella se materializó el pacto colusorio (...). Lo resultado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción.

ANÁLISIS:

La presente resolución, respecto al tema que nos convoca, citó varias resoluciones de la Suprema Corte de España que en síntesis refiere que, tratándose de conductas neutrales al ser idénticas con ciertas conductas ilícitas que son cometidas en el marco de algunas actividades cotidianas, no se puede desvincular completamente el tipo

objetivo del tipo subjetivo. Es decir, para evaluar las conductas neutrales hay que tener en cuenta el conocimiento.

Por otro lado, al resolver el caso en concreto, señala que para determinar el actuar correcto (imparcial) del abogado dentro de su rol, es menester la evaluación probatoria, entendiéndose culminada el juicio oral.

RESOLUCIÓN N° 5

N° de Exp: 0036-2017-74

Órgano emisor: SÉPTIMO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: JORGE CHAVEZ TAMARIZ

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapas procesales: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 17 del 25 de marzo de 2022.

I. PETITORIO

La defensa técnica de FREDDY JESÚS CHIRINOS CASTRO solicitó el sobreseimiento de la causa penal a través de la EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le atribuyó el delito de lavado de activos con las circunstancias de integrante de organización criminal. En calidad de gerente general y apoderado de la empresa CHIRINOS Y ASOCIADOS SAC (CHISAC), con conocimiento, habría recibido dinero ilícito –corrupción de funcionarios— de VESUR –integrada por GRAÑA Y MONTERO— para transferirle a OGILVY la suma de US\$ 100,000.00 para costear los

gastos de la NO REVOCATORIA de SUSANA VILLARAN DE LA PUENTE, bajo la apariencia de contratos ficticios (“*servicios de creatividad*”).

La defensa técnica señaló que, el hecho no es justiciable penalmente, sin embargo, los argumentos versaron sobre la neutralidad de la conducta y el principio de confianza. Respecto a la neutralidad de la conducta, señala que no conoció la ilicitud del dinero que recibió y que el contrato no fue ficticio sino real; aunado a ello, existió confianza (principio de confianza).

III. LA *RATIO DECIDENDI*

El juez estableció como premisa fundamental, en el considerando 11, lo siguiente:

(...) en sintonía con la jurisprudencia desde las más altas instancias judiciales que se ha hecho mención, así como del Sistema Nacional Especializado en delito de Corrupción de funcionarios, **debe dejar en claro que el análisis de las conductas estereotipadas como vector de la imputación objetiva y del principio de confianza, significa analizar elementos de convicción lo que no es posible a través de la excepción de improcedencia de acción (...)**. Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Infundada la solicitud de excepción de improcedencia de acción.

ANÁLISIS:

El juez señala que la determinación de las presuntas conductas neutrales y el principio de confianza, es menester el análisis de elementos de convicción, entiéndase culminado el juicio oral. Aunque es razonable pensar que también el juez JIP analiza los elementos de convicción en la etapa intermedia, a efectos de ver si hay causa probable de condena. De modo tal que, cuando se hace referencia a la (i) valoración de la prueba o (ii) valoración de elementos de convicción, no necesariamente significa que la controversia (conductas neutrales y principio de confianza) deba dilucidarse culminado el juicio oral.

RESOLUCIÓN N° 6

N° de Exp: 000004-2017-13

órgano emisor: PRIMER SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: MAGALLANES RODRIGUEZ

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapas procesales: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 10 de fecha 21 de julio de 2021

I. PETITORIO

El recurso de apelación planteada por la defensa técnica de JUAN FEDERICO DOROTEO MONROE GALVEZ, mediante el cual, solicita la revocatoria de la decisión del *a-quo*.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

El delito que se le atribuyó es colusión agravada en calidad de cómplice primario. En su condición de abogado contratado por el comité de PROINVERSIÓN, habría emitido cuatro informes que sirvieron a PROINVERSIÓN para levantar la suspensión de la firma de contrato respecto el proyecto Vial Interoceánica Sur Tramo 2 y 3. El primer informe del 04 de agosto de 2005 habría sido realizado sin sustento alguno, tan solo 2 horas y media, el mismo que sirvió a PROINVERSIÓN para firmar el contrato del proyecto precitado. El informe habría ignorado —a su vez, contravenido lo establecido en las Bases del Proyecto— la observancia que efectuó la Contraloría General de la Republica a fin de evitar que se entregue el proyecto a una empresa que tenía proceso judicial con el Estado. En ese sentido, su conducta de MONROE GALVEZ habría

servido para materializar el pacto colusorio entre ALEJANDRO TOLEDO y la empresa ODEBRECHT.

La defensa técnica –en su recurso de apelación— señaló que el juez ignora el marco estereotipado de la conducta del abogado, y que carece de idoneidad para ser considerado como cómplice primario del delito imputado. El juez equivocadamente adopta criterios de una jurisprudencia española (no se puede disociar el aspecto subjetivo del objetivo), no obstante, el elemento subjetivo no puede ser analizado cuando la conducta en si misma resplandece por su neutralidad.

III. LA RATIO DECIDENDI

El Tribunal Superior, en el considerando 6.1.5. señaló que:

(...) este Tribunal de Alzada comparte la conclusión del a quo en desestimar la excepción planteada; puesto que, atendiendo específicamente a los hechos imputados antes descritos, **no resulta posible determinar de manera concreta y en grado cognitivo de convencimiento [pleno] –por el estado actual del proceso, el que se encuentra en 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.** Lo resaltado es propio.

Asimismo, el considerando 6.1.9 señala que, el caso no puede ser analizado ni valorado a *priori* con la sola lectura del fáctico, sino que amerita juicios de valor, de modo que le está vedada a través de la excepción de improcedencia de acción. Finalmente, en el considerando 6.1.10 señala que:

(...) **la efectiva determinación de que el accionar del investigado constituye solamente una conducta neutral y no un aporte para la realización del hecho punible, requiere la actuación de medios de prueba y, específicamente, de los citados informes,** lo que corresponde ser analizados únicamente –de ser el caso- **en la respectiva etapa de juzgamiento,** mas no en el trámite de una excepción de improcedencia de acción (...). Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

INFUNDADA el recurso de apelación interpuesto por la defensa de MONROE GALVEZ; en consecuencia, confirma la decisión del juez de primera instancia.

ANÁLISIS:

El Tribunal Superior señala que la conducta neutral (abogado en cumplimiento del rol) alegada por la defensa no se puede determinar porque la causa recién se encuentra en investigaciones, señala que los hechos necesitan de actuación de medios de prueba, necesariamente –de ser el caso— en la etapa de juzgamiento. Dicho argumento no deja lugar a interpretaciones, es decir, las presuntas conductas neutrales deben ventilarse con la actuación y valoración probatoria, mas no con la excepción de improcedencia de acción ya sea en la etapa de investigación preparatoria o etapa intermedia.

RESOLUCIÓN N° 7

N° de Exp: 004-2015-40

órgano emisor: SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS – COLEGIADO A

Ponente: RAMIRO SALINAS SICCHA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número Dos de fecha 31 de julio de 2017

I. PETITORIO

Recurso de apelación planteada por VICTOR MANUEL POMAR CALDERON, mediante el cual solicita la REVOCATORIA de lo resuelto por el *a-quo*, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Los hechos imputados por la fiscalía, consiste en que Pomar Calderón en su condición de director ejecutivo y representante legal de SIMA PERU SA habría coadyuvado en la concertación entre el personal de la obra Puente Comuneros y Puente Eternidad y ANATALSIS SL y ANTALSIS PERU SAC respecto a la obra de mejoramiento de la Av. Eternidad y construcción del Puente La Eternidad. Y su aporte en concreto habría sido la firma de dos contratos, sin la venia del Gobierno Regional de Junín para subcontratar con SIMA.

En ese sentido, en audiencia de alzada, señala que su intervención habría sido posterior a la consumación entre la presunta concertación entre SIMA –del cual fue Director Ejecutivo— y ANTALSIS; asimismo, su conducta versaría sobre la firma de dos contratos, la misma que estaba dentro de sus funciones o rol y si existieron presuntas irregularidades, eso escapaba de sus manos porque existían otras áreas. En síntesis, se trataría de conductas neutrales y conductas que se dieron dentro del principio de confianza; de modo que la conducta sería atípica.

Por su parte, la fiscalía y la procuraduría señalan que la conducta no sería en cumplimiento de su rol o funciones –la cual excluye tipicidad—, porque firmó los contratos que no debía. Asimismo, señalaron que la defensa cuestiona juicios de responsabilidad lo cual no corresponde a esta etapa.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

Es muy importante que la Sala señale indirectamente que el cumplimiento o no de los roles o funciones corresponde al análisis de la tipicidad objetiva -imputación objetiva— y no como erradamente señaló la fiscalía y la procuraduría (análisis de responsabilidad). (considerando 7.9).

En el considerando 7.10 señaló que:

(...) al menos técnica y sistemáticamente resulta válido discutir criterios de imputación objetiva, en este caso, prohibición de regreso y principio de

confianza, a través de una excepción de improcedencia de acción, que como hemos dicho consiste en analizar la adecuación típica de la imputación fáctica formulada por el Ministerio Público. Sin embargo, **no puede desconocerse que el análisis de estos criterios exige una determinación sumamente precisa de los hechos, al punto de que el juzgador tenga la posibilidad de identificar en qué nivel se ubica la delgada línea que divide lo imputable al tipo objetivo, de lo no imputable, ya sea porque el sujeto actuó dentro del riesgo permitido, en cumplimiento de su rol o basado en la confianza permitida. De ahí que para analizar si son o no aplicables los criterios que excluyen la imputación objetiva de la tipicidad, se deben tener ya los hechos razonablemente acreditados. Si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlos. De modo que, en el presente caso, a criterio del Colegiado, los hechos no están debidamente acreditados, pues la investigación preparatoria es aún incipiente (...).** Lo resaltado es propio.

La invocación del rol y el principio de confianza, amerita un análisis de elementos de convicción y hechos precisos. “Este complejo análisis no puede realizarse sin la mínima aportación de hechos y discusión de elementos probatorios, prohibidos por la propia naturaleza de la excepción de improcedencia de acción”. (considerando 7.11).

Finalmente, la Sala señala que, el MP y la procuraduría niegan el cumplimiento de rol y de sus funciones, por el contrario, la defensa los afirma. De modo que, “la discusión de estos Hechos (...) no corresponden al debate de una excepción de improcedencia de acción” (considerando 7.12).

IV. PARTE RESOLUTIVA

Se confirma la resolución recurrida, en consecuencia, INFUNDADA la apelación deducida por VICTOR MANUEL POMAR CALDERON.

ANÁLISIS:

La presente resolución analizada enuncia razonablemente que a través de la excepción de improcedencia de acción no está vedada discutir la existencia —o no—

de la imputación objetiva en un hecho determinado. Sin embargo, para su análisis se requiere que los hechos estén determinados y precisados, de tal manera que se pueda identificar la delgada línea entre lo neutral –u otro criterio de exclusión de la imputación objetiva— y lo imputable.

La precisión de los hechos objeto del proceso depende sin duda del avance de la investigación. No son lo mismo los hechos de una investigación recién formalizada –incipiente— y los hechos de un requerimiento de acusación.

La resolución en comento también señala que, para evaluar el principio de confianza y conductas neutrales –prohibición de regreso— requieren de elementos de convicción, razón por la cual se impide a través de la excepción de improcedencia de acción en estos supuestos.

RESOLUCIÓN N° 8

N° de Exp: 0016-2017-69

órgano emisor: PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

Ponente: ROMULO CARCAHUSTO CALLA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapas procesales: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 10 de fecha 22 de enero de 2018

I. PETITORIO

Recurso de apelación planteada por la defensa técnica de ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE, mediante el cual solicita la REVOCATORIA de lo resuelto por el *a-quo*, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Los hechos imputados por la fiscalía, consiste en que TOLEDO MANRIQUE se habría coludido –modificación normativa y diversas reuniones— con JORGE BARATA para defraudar al Estado peruano. Se habría entregado el Proyecto Vial Interoceánica Sur Tramo 2 y 3 a cambio de 20 millones de dólares aproximadamente, dicho dinero habría sido entregado a JOSEF MAIMAN –identificado por la fiscalía aproximadamente por más 9 millones de dólares— quien a través de sus empresas *of shore* canalizó el dinero ilícito.

Uno –de los tantos— de los fundamentos del recurso de apelación fue que el ex presidente, actuó dentro de sus funciones y solo eran actos de gobierno, mas no actos colusorios.

III. LA RATIO DECIDENDI

El *ad-quem*, en su considerando 3.2.4 señaló que: “Con relación a la posible realización de actos de gobierno por parte del imputado, tenemos que considerar que el análisis de la misma amerita un examen de fondo que en este momento no corresponde realizar (...)”.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Se confirma la resolución recurrida, en consecuencia, INFUNDADA la apelación deducida por la defensa técnica de ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE.

ANÁLISIS:

La presente resolución señaló que los actos de gobierno –actos en cumplimiento de un rol de presidente— meritan un examen de fondo. Si bien es cierto, no se enuncia la palabra “conductas neutrales”, empero, indirectamente se le hace referencia cuando se dice o alega el “cumplimiento de actos de gobierno”.

Por otro lado, el proceso penal puede finiquitarse con un análisis formal o de fondo. Respecto al primero, cuando se sobresee la causa penal con el solo análisis de los

hechos ya sean en la etapa de investigación preparatoria o en la etapa intermedia. Por otro lado, una causa penal puede concluir con el examen de fondo, es decir, cuando se evalúa y analiza los medios de prueba una vez culminada el juicio oral, a través de la sentencia condenatoria o absolutoria. En ese sentido, cuando la precitada resolución señala que los actos de gobierno ameritan un examen de fondo, lo que está diciendo indirectamente es que se debe valorar la prueba para decidir.

RESOLUCIÓN N° 9

N° de Exp: 00299-2017-66

órgano emisor: SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN CRIMEN ORGANIZADO

Ponente: QUISPE AUCCA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 12 de fecha 27 de enero de 2020

I. PETITORIO

Recurso de apelación planteada por la defensa técnica de ARSENIO ORÉ GUARDIA, mediante el cual solicita la REVOCATORIA de lo resuelto por el *a-quo*, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Los hechos imputados por la fiscalía, consiste en que ORÉ GUARDIA en su calidad de conductor del Estudio Jurídico Oré Guardia, obstaculizó o impidió a través de la amenaza a efectos de que las personas que aparecían como aportantes a la campaña de Fuerza 2011 –hoy Fuerza Popular—, declaren que si habían aportado. Esta persona era quien ideaba, estructuraba y ejecutaba las acciones para obstruir las acciones investigativas de la fiscalía, para tal fin se servía de otros abogados.

Uno –de los tantos— de los fundamentos del recurso de apelación fue que la conducta desplegada había obedecido a su rol de abogado –recomendar a los aportantes que declaren en un determinado sentido—. Al respecto, la fiscalía alegó que todo abogado tiene el deber de actuar conforme al principio de lealtad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe –conforme el Código de Ética del Abogado—.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

El *ad-quem*, en su considerando 3.4.5 (párrafo segundo) señaló que:

(...) solo puede realizarse a partir del análisis de actos de investigación; así también la verificación de la calidad de abogado que ejercieron los abogados que mantuvieron algún tipo de relación con los testigos, **y si estos (abogado) se limitaron a actuar dentro del rol de abogado o lo desbordaron, constituyen variables importantes para la resolución del caso, sobre los cuales este Colegiado no puede formarse convicción sin realizar análisis probatorio**, para el caso materia de resolución esta proscrito. Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Se confirma la resolución recurrida, en consecuencia, INFUNDADA la apelación deducida por la defensa técnica de ARSENIO ORÉ GUARDIA.

ANÁLISIS:

La presente resolución señaló que el cumplimiento del rol de abogado (conducta neutral) o su desborde (imputable objetivamente) amerita análisis probatorio, la misma que esta proscrita a través de la excepción de improcedencia de acción.

Este argumento es razonable a efectos de evitar posibles impunidades. No es correcto la pena de banquillo, pero tampoco es diligente resolver las presuntas conductas neutrales prematuramente o sin tener en cuenta el análisis de medios de prueba.

RESOLUCIÓN N° 10

N° de Exp: 00025-2017-42

órgano emisor: PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: RAMIRO SALINAS SICCHA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 3 de fecha 27 de junio de 2019

I. PETITORIO

Recurso de apelación planteada por la defensa técnica de ELVIRA LÓPEZ MELGAREJO DE COSTA, mediante el cual solicita la REVOCATORIA de lo resuelto por el *a-quo*, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se paga a la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos SA (ACJENAPU) con fecha 26 de mayo de 2017. En ese sentido, el pago del honorario a HERNAN COSTA ALVA (abogado de la ACJENAPU) se da con fecha 06 de junio de 2017 por haber ganado el proceso con presuntos actos de corrupción. Al día siguiente, HERNAN COSTA ALVA le trasfiere (cheque) a la cuenta (BCP e INTERBANK) de ELVIRA LOPEZ MELGAREJO, en dos armadas, cada uno a 500,000.00 soles. Posteriormente, ELVIRA LOPEZ MELGAREJO realiza inversiones en fondos mutuos y depósitos a plazo con fecha 09 y 12 de junio de 2017. La cuenta de fondos mutuos (dinero que se depositó el 12 de junio de 2017) en el BCP se trataría de propiedad de HERNAN COSTA ALVA. Los fondos ilícitos serían producto de delitos de corrupción de funcionarios –actividad criminal previa—. Por todo ello, se le imputa el delito de

lavado de activos en la modalidad de ocultamiento y conversión en la calidad de autoría.

El argumento principal de la defensa técnica, tanto en su excepción de improcedencia de acción como en su recurso de apelación fue cuestionar la imputación objetiva a través del principio de confianza. Señaló que su patrocinada confió que el dinero era lícito –sustento familiar—, más aún cuando no existen elementos objetivos que le permitieron dudar de la conducta incorrecta de su esposo COSTA ALVA.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

El *ad quem*, en su fundamento octavo señaló que, es válido discutir la imputación objetiva y las causas de su exclusión –riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, y la autopuesta en peligro de la propia víctima— una vez que los hechos estén sumamente precisos y claros. Asimismo, en su fundamento noveno, señala que, la determinación precisa de los hechos ocurre cuando se haya investigado completamente y la investigación haya concluido, en el supuesto que los hechos se encuentren bien definidos, recién se podrá determinar los criterios de la imputación objetiva. En el presente caso, como la investigación no ha concluido, no se puede determinarlos.

Finalmente, en el considerando décimo señala que:

(...) para determinar si la investigada actúa bajo el criterio de confianza que invoca es necesario se concluya la investigación, para luego poder verificar si cuando recibió el patrimonio objeto del delito de lavado de activos existían o no “circunstancias objetivas que denoten un comportamiento incorrecto de su esposo” o “que evidencie presunta actividad criminal previa para que desconfiara del mismo”. **Antes de tener los resultados de la investigación preparatoria no podemos verificarlo, pues solo tenemos presunciones tanto de la Fiscalía que sostiene (presume) que si existían tales circunstancias objetivas y de la defensa que sostiene (presume) que no existían.** El resultado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Se confirma la resolución recurrida, en consecuencia, INFUNDADA la apelación deducida por la defensa técnica de ELVIRA LÓPEZ MELGAREJO DE COSTA.

ANÁLISIS:

La presente resolución analizada enuncia razonablemente que a través de la excepción de improcedencia de acción no está vedada discutir la existencia —o no— de la imputación objetiva en un hecho determinado. Sin embargo, para su análisis se requiere que los hechos estén determinados y precisados, de tal manera que se pueda identificar la delgada línea entre lo neutral —u otro criterio de exclusión de la imputación objetiva— y lo imputable.

Asimismo, señala que la precisión de los hechos objeto de la investigación depende de la conclusión de la investigación preparatoria, antes de la conclusión no se lograría con precisarla. Dicho argumento tiene aún mayor sustento cuando se trae a colación el principio de progresividad de la investigación y la nebulosa de las presuntas conductas neutrales y las acciones confiadas (principio de confianza), más aún cuando se tratan de procesos complejos.

RESOLUCIÓN N° 11

N° de Exp: 00021-2019-16

Órgano emisor: TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

Ponente: RAMIRO SALINAS SICCHA

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapas procesales: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 3 de fecha 25 de mayo de 2022.

I. PETITORIO

Recurso de apelación planteada por la defensa técnica de DOMINGO ARZUBIALDE ALORRIETA, mediante el cual solicita la REVOCATORIA de lo resuelto por el *a-quo*, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputa a DOMINGO ARZUBIALDE el presunto delito de colusión agravada en grado de autor. En su condición de Gerente de Promoción de Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima se habría concertado con funcionarios de OAS. En ese sentido, firmó la ADENDA 1 que incorporó la obra “Proyecto Rio Verde y Obras de Integración Urbana”, la misma que se habría realizado sin opinión del MEF e incumplimiento las normas de SNIP; la firma de la mencionada adenda permitió el aumento de 10 años más el plazo de la concesión –que incluye el cobro del peaje—, y el costeo de la MML del proyecto Rio Verde. La adenda permitió que el costo de las obras pase de 480 millones a 561 millones –defraudación patrimonial—.

Uno de los argumentos de la defensa técnica fue que su patrocinado habría suscrito la mencionada ADDENDA 1 en cumplimiento a lo acordado en el ACTA DE ACUERDO de fecha 20 de mayo de 2011, cuyo objeto fue decidido por SUSANA VILLARAN DE LA PUENTE y complementado por MIGUEL PRIALE UGÁS; de modo tal que, su actuación sería neutral –cumplimiento de su rol—, por consiguiente, excluida mediante la prohibición de regreso.

III. LA RATIO DECIDENDI

El *ad quem*, en su fundamento décimo señaló que, es validado discutir la imputación objetiva y las causas de su exclusión –riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, y la autopuesta en peligro de la propia víctima— una vez que los hechos estén sumamente precisos y claros. Asimismo, en su fundamento décimo primero, señaló que, la determinación precisa de los hechos ocurre cuando se haya investigado completamente y la investigación haya concluido, en el supuesto que los hechos se encuentren bien definidos, recién se podrá determinar los criterios de la

imputación objetiva. En el presente caso, como la investigación no ha concluido, no se puede determinarlos.

Finalmente, en su considerado décimo cuarto, señaló que:

En conclusión, para determinar si el investigado actuó bajo el criterio de prohibición de regreso -que no es otra cosa que haber realizado una conducta neutral que se invoca- **es necesario que se concluya la investigación, para luego poder verificar si la suscripción de la Adenda N.º 1 con las diferentes modificaciones lo realizó el investigado a fin de dar cumplimiento a lo previamente establecido en el Acta de Acuerdo de fecha veinte de mayo de dos mil once, lo cual podría constituir una conducta neutral o si realizó concertaciones con los funcionarios de la Municipalidad de Lima y los directivos de la empresa LAMSAC a fin de favorecer ilegalmente a la concesionaria con la suscripción de la Adenda N.º 1.** Antes de tener los resultados de la investigación preparatoria no podemos verificarlo, pues solo tenemos presunciones tanto de la Fiscalía que sostiene (presume) que sí existían tales circunstancias objetivas y de la defensa que sostiene (presume) que no existían (...). Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Se confirma la resolución recurrida, en consecuencia, INFUNDADA la apelación deducida por la defensa técnica de DOMINGO ARZUBIALDE ELORRIETA.

ANÁLISIS:

La presente resolución de igual manera, establece como requisito inmovible para determinar las presuntas conductas neutrales –prohibición de regreso— que los hechos objeto de investigación estén debidamente determinados y precisados. De modo tal que, es menester que la investigación concluya a efectos de poder analizar la delgada línea de una conducta neutral (cumplimiento de su rol) o ilícita (concertación).

RESOLUCIÓN N° 12

N° de Exp: 00003-2017-25

órgano emisor: PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ponente: ANGULO MORALES

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapas procesales: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

N° Resolución: resolución número 7 de fecha 02 de febrero de 2020

I. PETITORIO

Recurso de apelación planteada por el Ministerio Público, mediante el cual solicita la REVOCATORIA de lo resuelto por el *a-quo*, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción a favor de JORGE ELIAS DANÓS ORDOÑEZ y ANA SOFIA REYNA PALACIOS.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

A JORGE ELIAS DANÓS ORDOÑEZ y ANA SOFIA REYNA PALACIOS se le imputó el delito de colusión en grado de autoría, por haber coadyuvado en la realización del pacto colusorio entre OLLANTA HUMALA y NADINE HEREDIA con representantes de la empresa ODEBRECHT para ser favorecidos en el Proyecto Gasoducto Sur. Su contribución habría sido la elaboración de un informe –ambos elaboraron un informe cada uno— a pedido de PROINVERSIÓN, el mismo que habría sido relevante para descalificar a la competencia de la empresa ODEBRECHT y de ese modo se realice la adjudicación del proyecto mencionado.

Sobre la base de esos hechos, el órgano jurisdiccional de primera instancia declaró fundada la excepción de improcedencia de acción por dos argumentos centrales: (i)

los imputados accionantes no son funcionarios públicos ni servidores públicos, (ii) y que sus conductas fueron en el cumplimiento de su rol de abogados, emitiendo un informe que no sobrepasa el riesgo permitido, ergo, conductas estereotipadas.

Respecto al segundo punto, el representante del Ministerio Público señaló en su recurso que no se trata de conductas estereotipadas sino de conductas delictivas, puesto que, cuando la contribución se da en un contexto marcadamente delictivo, no puede hablarse de conductas neutrales.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

El *ad quem*, en su fundamento décimo primero señaló que:

(...) es necesario reiterar que en un incidente de excepción de improcedencia de acción no son admitidas las cuestiones probatorias, por lo tanto, **la legalidad o no del informe emitido por los investigados Danós Ordoñez y Reyna Palacios, así como la imparcialidad de su actuar, están sujetos a la respectiva actividad probatoria que las verifique o descarte**. Estas alegaciones, por tanto, no tienen la aptitud para determinar si los hechos contenidos en la imputación fiscal pertinente constituyen o no delito, que es objeto de un incidente de excepción de improcedencia de acción (...). Lo resaltado es propio.

Asimismo, en el fundamento décimo segundo, señaló que, es correcto discutir los criterios de la imputación objetiva, empero, para ello se requiere que los hechos estén sumamente precisos; si los hechos no están definidos por la fiscalía, no se puede determinarlos; ello es así por el principio de progresividad de la investigación, pues, en la medida de su avance, se irán delimitando los hechos. Finalmente, en el considerando décimo tercero, señaló que en este estadio procesal –investigación preparatoria— no se puede afirmar que la conducta de los accionantes fue neutral o estereotipado.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Se declara FUNDADA el recurso de apelación formulada por el representante del Ministerio Público, en consecuencia, infundada la excepción de improcedencia de

acción formulada por JORGE ELIAS DANÓS ORDOÑEZ y ANA SOFIA REYNA PALACIOS.

ANÁLISIS:

Del mismo modo, la presente resolución señala que no está vedada la discusión de los criterios de exclusión de la imputación objetiva, siempre y cuando se encuentre precisión y determinación de los hechos.

Asimismo, señala que la determinación de conductas neutrales (imparcialidad o no de los abogados en emitir los informes) se hará con el análisis probatorio, mas no con meras alegaciones que no tienen la aptitud para descartarla.

RESOLUCIÓN N° 13

CASACIÓN N° 1307-2019/NACIONAL

órgano emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. PETITORIO

Se solicita la exclusión del proceso de ELVIRA LOPEZ MELGAREJO a través de la excepción de improcedencia de acción invocando el PRINCIPIO DE CONFIANZA.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se pagó a la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos SA (ACJENAPU) con fecha 26 de mayo de 2017. En ese sentido, el pago de honorario a HERNAN COSTA ALVA (abogado de la ACJENAPU) se da con fecha 06 de junio de 2017 por haber ganado el proceso con presuntos actos de corrupción. Al día siguiente, HERNAN COSTA ALVA le trasfiere (cheque) a la cuenta (BCP e INTERBANK) de

ELVIRA LOPEZ MELGAREJO, en dos armadas, cada uno a 500,000.00 soles. Posteriormente, ELVIRA LOPEZ MELGAREJO realiza inversiones en fondos mutuos y depósitos a plazo con fecha 09 y 12 de junio de 2017. La cuenta de fondos mutuos (dinero que se depositó el 12 de junio de 2017) en el BCP se trataría de propiedad HERNAN COSTA ALVA. Los fondos ilícitos serian producto de delitos de corrupción de funcionarios –actividad criminal previa—. Por todo ello, se le imputa el delito de lavado de activos en la modalidad de ocultamiento y conversión en la calidad de autoría.

En primera instancia se denegó la excepción de improcedencia de acción, en segunda instancia se alegó que, la causa no se encontraba plenamente clara, de modo que no permite analizar el riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza o imputación a la víctima. La causa tendría que terminar la etapa de investigación preparatoria para poder analizarla correctamente.

III. LA RATIO DECIDENDI

En el considerando sexto, se señaló que:

Es de destacar, igualmente: **1.** Que entre ambos imputados son esposos. **2.** Que la recurrente no realizaba actividades comerciales con su esposo ni tuvo injerencia en el comportamiento que éste desplegó para la obtención de los activos calificados como maculados –nada en contrario se expone en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–. **3.** Que, fundamentalmente, no se incorporó expresamente como una circunstancia relevante del caso; es decir, no se afirmó, que, en las relaciones entre ambos imputados, el segundo realizó conductas que objetivamente permitieran a la primera poner en tela de juicio la confianza de ella sobre la conformidad a Derecho del comportamiento de su esposo, el encausado Costa Alva.

∞ El principio de confianza, en consecuencia, es plenamente aplicable. No se presenta la imputación objetiva del delito de lavado de activos respecto de la encausada López Melgarejo de Costa.

Por otro lado, en el considerando octavo, señaló que:

(...) no es de recibo argumentar que el examen de la imputación del comportamiento –y, obviamente, también de la imputación del resultado– requiera de la culminación de la investigación preparatoria. La ejecución de un comportamiento riesgoso, el carácter penalmente relevante del mismo y la determinación de si su creación puede imputarse penalmente al que lo ha producido o pudo evitarlo, está en función (juicio de subsunción normativa) a la descripción fáctica que contiene el acto de imputación fiscal. Es obvio que el examen de la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos jurídico-penales, siempre necesarios por mandato legal, del acto de postulación de la Fiscalía; no está en función al avance de las investigaciones y, menos, a la culminación del procedimiento de investigación preparatoria. Es cierto que conforme avancen las averiguaciones la acción penal puede modificarse, ampliarse o precisarse con la incorporación de datos nuevos, pero esta situación, contingente y aleatoria, no puede ser determinante para que el imputado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional y de defensa procesal, pueda formular un medio de defensa o excepción –esta última, por lo demás, no está condicionada a que el procedimiento de investigación culmine y se dé curso al procedimiento intermedio–.

IV. PARTE RESOLUTIVA

CASARON el referido auto de vista; y, actuando como instancia: REVOCARON el auto de primera instancia, declararon FUNDADA la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa de la encausada Elvira López Melgarejo de Costa.

ANÁLISIS:

Se señala que la accionante no participó en actividades empresariales de su esposo y que tampoco interfirió en el proceso de adquisición de los activos maculado. Esas premisas se infieren solo porque en la disposición de formalización no se detalla lo contrario; esas premisas enunciadas intempestivamente sin ningún sustento probatorio resultan peligrosas. Lo que se tiene, son puras falacias –y no argumentos— masomenos como decir: “Nunca vi a Dios, por consiguiente, Dios no existe”. Podría darse el caso que, la accionante si tuvo vínculos comerciales con su esposo y si

participó en la adquisición de los activos maculados, pero que por la insipiente de la investigación aún no se conoce esos detalles. Estando presente esa nebulosa, la resolución que tuvo como ponente a Salinas Siccha, rechaza la excepción de improcedencia de acción, no porque no se acepte discutir la falta de riesgo prohibido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima, sino porque los hechos objeto del proceso no se encontraban totalmente claros, toda vez que, la investigación preparatoria no ha concluido.

La Corte Suprema concuerda con el *ad quem* al señalar que es correcto que la viabilidad de la excepción de improcedencia tiene terreno fértil en la claridad y precisión de los hechos. Empero, en el presente caso, los hechos se encontraban atadas en la penumbra.

Asimismo, es preciso señalar que, en la imputación formal contra la accionante hubo deficiencias y omisiones, eso también coadyuvó al forzamiento de la excepción de la improcedencia de acción. Tal es así que, la misma casación señala: “(...) no se incorporó expresamente como una circunstancia relevante del caso; es decir, no se afirmó, que, en las relaciones entre ambos imputados, el segundo realizó conductas que objetivamente permitieran a la primera poner en tela de juicio la confianza de ella sobre la conformidad a Derecho del comportamiento de su esposo, el encausado Costa Alva”.

En conclusión, lo correcto hubiese sido NO CASAR, o de lo contrario, exigir a la fiscalía que brinde las proposiciones fácticas del tipo objetivo –aclarar las circunstancias objetivas del actuar incorrecto del tercero— y del tipo subjetivo de lavado de activos –imputar dolo y la tendencia interna trascendente—. CASAR fue un error garrafal. El forzamiento de la excepción de improcedencia de acción es palmario.

RESOLUCIÓN N° 14

CASACIÓN N° 86-2021/NACIONAL

órgano emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. PETITORIO

Se solicita la exclusión del proceso de NESTOR ANTONIO COSTA LOPEZ a través de la excepción de improcedencia de acción invocando el PRINCIPIO DE CONFIANZA.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se paga a la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos SA (ACJENAPU) con fecha 26 de mayo de 2017. En ese sentido, el pago de honorario a HERNAN COSTA ALVA (abogado de la ACJENAPU) se da con fecha 06 de junio de 2017 por haber ganado el proceso con presuntos actos de corrupción. Teniendo ello presente, a COSTA LOPEZ se imputó concretamente 5 hechos: **(i)** su padre COSTA ALVA le transfirió la suma de 300,000.00 soles el 08 de junio de 2017 en su cuenta bancaria (dinero que no fue sustentado el motivo de la transferencia) – TRANSFERENCIA—; **(iii)** el 23 de junio de 2017, el imputado lo transfiere a otra de sus cuentas la suma de 295,000.00 soles (TRANSFERENCIA); **(iii)** el día 28 de junio de 2017 amortizó un préstamo hipotecario por 235,440.00 soles a nombre de su esposa (CONVERSIÓN); **(iv)** en su calidad de representante legal de la empresa “HERMANOS COSTA LOPEZ TOURS” compró dos vehículos por 45,990.00 dólares cada uno (CONVERSIÓN); y finalmente **(v)** logró inscribir en SUNARP los vehículos en nombre de la empresa antes mencionada, pese a que él los mantenía en su poder

(OCULTAMIENTO). Por todo ello, se le atribuye la autoría por el presunto delito de lavado de activos con la agravante de integrante de organización criminal.

En primera instancia se denegó la excepción de improcedencia de acción porque la juez consideró –creo razonablemente— que si existían datos objetivos que permiten excluir el principio de confianza –montos significativos, condición de familiar, trabaja en el mismo estudio, era abogado, la entrega de dinero de los 300,000.00 soles se hizo sin ningún documento, transformación sucesiva del dinero ilícito, entre otros— que alega el abogado de la defensa. De modo que la excepción de improcedencia de acción resultó infundada. Esa misma postura la tuvo el Tribunal Superior, en ese sentido, confirmó la resolución cuestionada. En consecuencia, se interpuso recurso extraordinario de casación.

Es de relieves que, la defensa en segunda instancia dijo: “Se encuentra suficientemente justificada la transferencia de trescientos mil soles que hizo Costa Alva a Costa López, debido a que su patrocinado era abogado de pensionistas de la ACJENAPU en un proceso donde se ganó doscientos seis millones de soles a favor de estos (...)”. Si bien es cierto, ese argumento fáctico no fue considerado por la fiscalía en su formalización.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

Las premisas normativas que desarrolló dicha casación, son: enunció que la excepción de improcedencia de acción procede también cuando no se tiene el tipo subjetivo (considerando segundo, último párrafo); asimismo, respecto al derecho penal, se enunció sobre el principio de confianza (y que su exclusión se da cuando no hay una un (i) deber de garante, (ii) confianza contra inimputables o incapaces, y (ii) la existencia de datos objetivos que permitan desconfiar del otro).

El análisis del principio se desarrolló en su vertiente de “existencia o no de datos objetivos del actuar incorrecto del tercero –COSTA ALVA— quien habría sido el quien intervino en la actividad criminal previa”.

Primigeniamente, se señala que, el casacionista no intervino en el hecho generador de las ganancias ilegales, esto porque la fiscalía no lo imputó –no está en la disposición de formalización—. Fijado esa primera premisa, se plantea 3 preguntas: **(i)** ¿conoció o debió conocer que en ese litigio previsional las atribuidas maniobras delictivas por parte de Costa Alva (su padre y titular del Estudio que también integraba)? **(ii)** ¿es suficiente para afirmar la posibilidad de conocimiento de la actividad criminal previa el altísimo honorario recibido (diecinueve millones trescientos cincuenta y nueve mil trescientos diez soles) por su padre y la forma en que se le entregó una parte de esa cantidad (cuatrocientos cuarenta mil soles)? **(iii)** a continuación ¿el dinero recibido y el destino que le dio, a partir de lo anterior, revelan actos de lavado de activos por no ser de aplicación el principio de confianza? Cabe enfatizar que, esas preguntas debieron ser respondidas en lo sucesivo, pues, la resolución señala que *“estas son las bases y las respuestas que exige el caso examinado”*.

Asimismo, en el considerando sexto, segundo párrafo, establece que:

Es razonable considerar, dado el vínculo de parentesco y de trabajo jurídico, que el recurrente COSTA LÓPEZ conoció del proceso contencioso administrativo previsional y de las principales incidencias del mismo –pero no pormenorizadamente desde que no intervino profesionalmente en la defensa–, así como de los honorarios y de su concreción. El citado encausado sabía que de ese monto se le entregó una cantidad determinada, tanto para él como para la empresa de la que era titular con sus hermanos (hijos de Costa Alva), con el que efectuó pagos y adquisiciones de vehículos (el libro de actas de la junta general, indicado por la Fiscalía, así lo ratifica), siempre utilizando el sistema bancario –actos calificados por el Ministerio Público como constitutivos de lavado de activos–.

También, señala que no se cuestionó los honorarios de COSTA ALVA, ni la demanda, ni el fallo. Solo se cuestionó las conductas delictivas en su desarrollo, es decir, la forma como se logró que el Estado pague con celeridad. Seguidamente, en el párrafo 4 señaló que:

Así las cosas, ¿era evidente, entonces, para el encausado COSTA LÓPEZ que esa cantidad de dinero se obtuvo delictivamente? Si el abogado del caso era

exclusivamente el líder del Estudio y el dinero ingresó a su cuenta bancaria personal –no es pertinente, entonces, sostener que el imputado COSTA LÓPEZ intervino en otros casos previsionales conjuntamente con su padre Costa Alva–, no tenía por qué tener mayor acceso a las incidencias del proceso y, menos, qué tipo de maniobras pudo haber realizado este último. El ser hijo del principal miembro del Estudio e integrante del mismo, ante un caso que él no llevaba, no lo hace garante de sus resultados ni conocedor inevitable de todas sus incidencias, ni consta que éstas fueron evidentes o no sigilosas, tanto más si no tenía control de las cuentas bancarias de su padre.

Por último, no constan datos –que, por lo demás, no los enunció la Fiscalía– de una consciente actividad de lavado de activos por parte del encausado Costa López en función a una actividad criminal previa de terceros. No es materia de discusión en esta sede la afirmación de la actividad criminal previa atribuida al padre de Costa López y a otros funcionarios públicos, sino si sobre esta base el imputado COSTA LÓPEZ tenía concretos motivos, y suficientes, para suponer –pudo advertir– el incumplimiento del rol a cargo de su padre Costa Alva –líder del Estudio–, en virtud del principio de confianza.

IV. PARTE RESOLUTIVA

CASARON el auto de segunda instancia; y, actuando como instancia: REVOCARON el auto de primera instancia que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción; reformándolo: declararon FUNDADA dicha excepción de improcedencia de acción formulada por NÉSTOR ANTONIO COSTA LÓPEZ.

ANÁLISIS:

Lo que nos dice primigeniamente dicha resolución es que COSTA LOPEZ no conocía. Si bien es cierto, (señala la resolución) trabajó en el estudio jurídico de su padre y conoció las principales incidencias, “pero no pormenorizadamente desde que no intervino profesionalmente en la defensa”, y que de ese monto se le entregó usando el sistema bancario. De una forma tan sutil –porque de manera taxativa no usa los términos como “sabía” y “conocía”— y astutamente, este argumento nos trata de decir que COSTA LOPEZ no conoció de la actividad criminal previa efectuada por COSTA

ALVA. Y no solamente ello, sino que relieves el uso del sistema bancario, como si en la actualidad no se cometieran los mega casos de lavado de activos usando salomónicamente el sistema bancario.

Finalmente, ese argumento nos encasilla en la siguiente idea: “COSTA LOPEZ intervino en el proceso previsional, pero no conocía los detalles de los actos de COSTA ALVA”. Creo que no hay que ser tan eruditos en razonamiento lógico y cuestión probatoria para no darse cuenta que dicha premisa únicamente se podría enunciar con valoración probatoria, sin ello, es una aberración jurídica. Ese argumento es inaudito, más aún cuando el mismo abogado de la defensa dijo en audiencia de apelación que: **“se encuentra suficientemente justificada la transferencia de trescientos mil soles que hizo Costa Alva a Costa López, debido a que su patrocinado era abogado de pensionistas de la ACJENAPU en un proceso donde se ganó doscientos seis millones de soles a favor de estos (...)”**.

Cabe recordar que COSTA LOPEZ fue abogado, además de ello, habría intervenido en procesos similares. De modo que, ese conocimiento sobre la materia y la especialidad, le hubiesen permitido deducir las irregularidades elefantiásicas que estaba cometiendo su padre COSTA ALVA, y otros funcionarios. Aunado a ello, dicho abogado pudo preguntar a su padre cual era la fuente del dinero, porque se trataba de 300,000 soles transferidos sin ningún contrato de por medio y no hubo otra transferencia de similar magnitud anteriormente, asimismo, pudo preguntar por qué dicho dinero fue cobrado con rapidez a diferencia de otros procesos similares.

En síntesis, existen abundantes datos objetivos que le permitieron conocer la ilícita procedencia del dinero, no contento con ello, solo días después se trata de transferir a otra cuenta, y pagar ciertas obligaciones; en palabras sencillas, evitar su decomiso o borrar la ilícita procedencia del dinero. Qué duda cabe, la imputación de la fiscalía contra COSTA LOPEZ debió ser ventilada en juicio oral y no de manera prematura.

La crítica no solamente es al sospechoso *ratio decidendi* -razonamiento central—de la presente casación, sino también a la poco seria imputación que hizo la fiscalía respecto a este imputado. Lo correcto es que una imputación no solamente tenga proposiciones

fácticas respecto al tipo objetivos, sino también al tipo subjetivo; ese incumplimiento del deber de la fiscalía terminó coadyuvando a la sospechosa resolución en comento, puesto que, la discusión versó sobre el conocimiento (si conocía o no conocía el delito previo) con máscara de “principio de confianza”, y finalmente termina descartando que no había conocimiento –en supuestas carencias de datos objetivos—, de modo que operaría el principio de confianza.

Esta incidencia, en primera instancia debió ser declarada improcedencia y ordenar al fiscal brindar proposiciones fácticas del tipo subjetivo, sin ella, no se debió entrar a discutir la excepción de improcedencia de acción. No se siguió ese paso, y la causa penal respecto a COSTA LOPEZ terminó intempestivamente.

Finalmente, no está de más hacer una pequeña crítica al principio de confianza, respecto a la existencia de datos objetivos que permitan observar la irregular actuación del tercero u otro interviene. Este presupuesto claramente significa el análisis del conocimiento, aunque GARCIA CAVERO y otros importantes juristas señalen lo contrario. En esencia, lo que se debe observar para descartarse el principio de confianza es si conocía o no del irregular actuar del tercero u otro interviniente, de ahí, para conocer, en la mayoría de los casos se necesita la existencia de datos objetivos; esta idea por cierto también la brindó en su oportunidad FRISCH y RUDOLPHI. Aunado a ello, FEIJÓO SANCHEZ señaló que el principio de confianza se analiza en la imputación subjetiva (tiene límites subjetivos del tipo, su análisis recién comienza cuando se cumplen todos los elementos de tipo objetivo) y no en la imputación objetiva. En algunos casos, no necesariamente habrá los datos objetivos, pero sí el conocimiento; o la existencia de datos objetivos, pero existir desconocimiento. Por esa la causa, también el principio de confianza merece ser cuestionada con valoración de la prueba y no prematuramente.

RESOLUCIÓN N° 15

CASACIÓN N° 1092-2021/NACIONAL

órgano emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Controversia resuelta: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Etapa procesal: ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. PETITORIO

Se solicita la exclusión del proceso de MARIA ELENA MONTJOY DE NOZIGLIA a través de la excepción de improcedencia de acción invocando el PRINCIPIO DE CONFIANZA.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se paga a la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos SA (ACJENAPU) con fecha 26 de mayo de 2017. En ese sentido, el pago de honorario a HERNAN COSTA ALVA (abogado de la ACJENAPU) se da con fecha 06 de junio de 2017 por haber ganado el proceso con presuntos actos de corrupción. Días después, con fecha 12 de junio del mismo año, HERNAN COSTA ALVA le trasfiere el dinero ilícito a JORGE PABLO NICOLAS NOZIGLIA CHAVARRI -funcionario del MEF— la suma de 750,000.00 soles.

Ahora bien, MARIA ELENA MONTJOY DE NOZIGLIA –esposa de NOZIGLIA CHAVARRI— formó la sociedad conyugal, la misma que hipotecó su bien inmueble antes de los hechos imputados. Con fecha 12 de junio del año 2017, HERNAN COSTA ALVA le transfirió a JORGE PABLO NICOLAS NOZIGLIA CHAVARRI -funcionario el MEF— la suma de 750,000.00 soles, dinero ilícito que sirvió para cancelar la hipoteca por el monto de cuatrocientos mil soles aproximadamente con fecha 30 de junio de 2017, la misma que debió pagarse en 21 años aproximadamente. Con fecha 17 de noviembre de 2017 se disolvió la sociedad conyugal –separación de patrimonios— y entonces el bien inmueble pasó formar parte de la imputada MARIA ELENA MONTJOY DE NOZIGLIA. La fiscalía también imputó conocimiento por parte de MARIA ELENA MONTJOY DE NOZIGLIA del dinero ilícito que habría recibido su esposo. Por tales

hechos se le imputó el delito de lavado de activos con circunstancias agravadas de integrante por organización criminal.

En primera y segunda instancia se denegó la excepción de improcedencia de acción, las razones era que, en efecto, si existen datos objetivos que le permitieron a la hoy casacioncita inferir que el dinero con el que se pagó la hipoteca era ilícito.

III. LA RATIO DECIDENDI

El Supremo Tribunal parte con las premisas normativas-doctrinarias señalando que la excepción de improcedencia de acción si procede para cuestionar el tipo objetivo, el tipo subjetivo, la antijuricidad y la punibilidad.

En el caso en concreto, en el considerando séptimo, se dijo que:

Que lo central, entonces, es determinar si la encausada Montjoy De Noziglia tenía motivos suficientes –motivos objetivos concretos– para suponer que el dinero que sirvió para cancelar la hipoteca era delictivo.

∞ Si se tiene en consideración el vínculo matrimonial que une a ambos imputados Noziglia-Montjoy, el hecho de que la encausada Montjoy de Noziglia era ajena a la actividad profesional de su esposo Noziglia Chávarri y el hecho de que no intervino en las concretas conductas que determinaron la entrega de setecientos cincuenta mil soles a su esposo por parte del encausado Costa Bauer –la imputación, por lo demás, no afirma una vinculación cercana entre la procesada Montjoy De Noziglia y el citado inculpado Costa Bauer–, así como el que se utilizó vías bancarias y ella realizó actos jurídicos que se inscribieron en registros públicos, no puede estimarse razonablemente que tuvo motivos objetivos concretos para suponer que el dinero cuestionado era mal habido, que era el objeto material del delito de lavado de activos.

IV. PARTE RESOLUTIVA

CASARON el referido auto de vista; y, actuando como instancia: REVOCARON el auto de primera instancia, declararon FUNDADA la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa de la imputada MARIA ELENA MONTJOY DE NOZIGLIA.

ANÁLISIS:

Si el hecho resuelto por la casación en análisis no es considerado delito de lavado de activos, entonces ¿Qué más podría serlo? Sin duda, con razonamientos y argumentos de ese tipo, se está dejando en impunidad hechos que fácilmente podrían ser sancionados penalmente. Veamos.

Una de las premisas que se enuncia es que MONTJOY DE NOZIGLIA “no intervino en las concretas conductas que determinaron la entrega de setecientos cincuenta mil soles a su esposo”. Esa premisa es equivocada, puesto que, para imputar lavado de activos no es necesario que dicha persona haya participado en el delito previo o en fases anteriores del delito de lavado de activos. Asimismo, el hecho que se haya usado el sistema bancario y sistema registral, no es óbice para excluir el delito de lavado de activos. Por todo ello, concluye que sí existen motivos para confiar, ergo, excluirlo del precitado delito.

Esa resolución analizada olvidó analizar porque no sería un dato objetivo pagarse con celeridad la hipoteca que estaba prevista cancelarse en 21 años. Olvidó analizar el espacio temporal de la conducta ilícita —la entrega del dinero ilícito a su esposo, el pago de la hipoteca, y el posterior uso de la separación de patrimonios de los cónyuges—, olvidó analizar el ingente dinero que llegó a las arcas su esposo, sabiendo por un simple criterio que ese monto es imposible obtenerlo de un momento a otro; finalmente, no existe ninguna justificación de porque no se tomó en cuenta la proposición fáctica, que la casacionista conocía que el dinero era ilícito.

Por todo ello, cabe señalar que, se ha forzado la excepción de improcedencia de acción y se ha prostituido el principio de confianza. Es un ejemplo más del abuso que hacen algunos jueces de la excepción de improcedencia de acción, es decir, se pretende fenecer una acción penal cuando los hechos merecen analizarse en el juicio oral con las bondades probatorias. Forzamiento de figuras jurídicas procesales que provocan impunidad y deslegitimidad del sistema de justicia.

Para efectos didácticos y orden, se procede a codificar y graficar:

Grafico N° 09



Fuente: elaboración propia

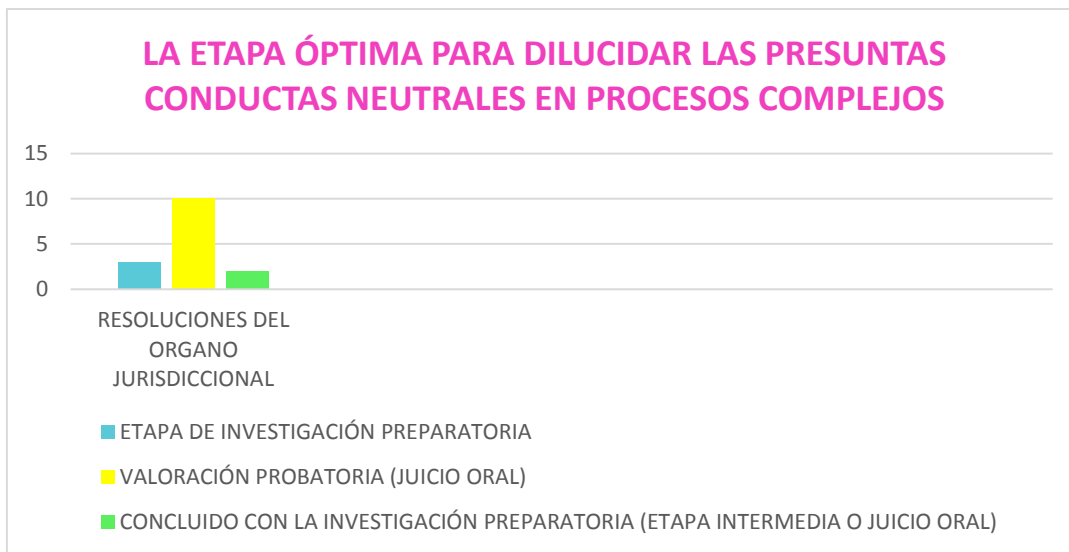
Comentario:

Las 15 resoluciones de primera instancia, segunda instancias y de la Corte Suprema del Perú que fueron recabadas y analizadas, 12 resoluciones –todas ellas de primera y segunda instancia— se muestran en desacuerdo que se plantee la excepción de improcedencia de acción alegando presuntas conductas neutrales, es decir, tal medio técnico de defensa que pretende poner fin a la causa penal con dichos argumentos –conductas neutrales— resulta inviable. Por otro lado, 3 resoluciones expedidas por la Corte Suprema de la República dan cuenta que resulta viable plantearse excepción de improcedencia de acción –dentro de la investigación preparatoria— con argumentos que tiendan a cuestionar la imputación objetiva como el principio de confianza –muy similar a la prohibición de regreso que nos avoca—. Es de precisar que, una resolución de esas 3, señala de manera taxativa que no se necesita concluir con la investigación preparatoria para dilucidarse la excepción de improcedencia de acción.

Ahora bien, dado que las resoluciones analizadas *ut supra* también contribuyen al objetivo específico uno, se procede a sistematizar y graficar.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Determinar la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos.

Grafico N° 10



Fuente: elaboración propia

Comentario:

Las 15 resoluciones de primera instancia, segunda instancia y de la Corte Suprema del Perú que fueron recabadas y analizadas, 10 resoluciones señalan que para la determinación la neutralidad de la conducta, es menester realizar valoración y/o actividad probatoria. La mayoría de juristas y jueces señalan que la valoración o actividad probatoria se da indudablemente en el juicio oral, mientras que otros señalan que la valoración probatoria –obviamente no en el mismo nivel que la etapa de juzgamiento— también se puede hacer en la etapa intermedia para determinar el estándar probatorio, y de ese modo concluir si la causa tiene probabilidad de condena. Vista, así las cosas, **cuando las 10 resoluciones analizadas señalan que la determinación de las conductas neutrales amerita analizar y/o valorar prueba,**

debe entenderse que su determinación se hará en el JUICIO ORAL. Asimismo, 2 resoluciones dicen que hay que culminar con la investigación preparatoria para poder dilucidarse la excepción de improcedencia de acción. Por otro lado, 3 resoluciones – casaciones— de la Corte Suprema de Justicia señalan que la evaluación de la imputación objetiva de la conducta –entre ellas la determinación de la conducta neutral— se hará sin problemas dentro de la investigación preparatoria.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Evaluar la importancia de los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.

RESOLUCION N° 16

Recurso de Nulidad N.° 4166-99/LIMA

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etaa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Luis Alberto Villalobos Chumpitaz fue contactado en horas de la madrugada por un sujeto desconocido para hacer taxi, habiendo aceptando, el cliente lo condujo hasta el inmueble, le indicaron que haga entrar el vehículo. Una vez el vehículo adentro (momento en que habría conocido que se trataba de un robo), los demás sujetos metieron diversas especies en el vehículo, luego le indicaron que se marchara, por lo que en el trayecto fueron capturados por la policía.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

La Suprema Corte compartiendo las ideas de GUNTHER JAKOBS fija las primeras premisas. Hace referencia al rol; la persona que cumple su rol no sería penalmente

relevante. Cuando hay pluralidad de agentes, la responsabilidad es limitada, de modo que, quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo que realice otro. Asimismo, señala que el conocimiento es irrelevante para ampliar el tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado no puede alcanzarle o no puede regresar (prohibición de regreso). Concluye señalando que Luis Alberto Villalobos Chumpitaz cumplió con su rol de taxista, por tal motivo no puede imputarse la responsabilidad por el delito que cometieron los demás.

IV. PARTE RESOLUTIVA

No haber nulidad de la sentencia que absuelve a Luis Alberto Villalobos Chumpitaz.

ANÁLISIS:

La presente ejecutoria suprema, una de las primeras que resuelve el tema de las conductas neutrales, obviamente aplicando la teoría objetiva, es decir, aquella que pregona irrelevancia de los conocimientos especiales.

En el presente caso, hubo conocimiento en el taxista del hecho delictivo de los presuntos pasajeros, cuando ya se encontraba en la cochera y los demás pasajeros empezaron a subir las cosas –objeto del delito— al coche. Tal como están las cosas, el taxista adquirió el conocimiento especial de modo tardío, por lo que su conocimiento del evento delictivo carecía de relevancia penal. En ese sentido, su absolución si es correcto, no porque el conocimiento del evento delictivo sea irrelevante, sino porque es un conocimiento tardío que en nada coadyuva a la protección del bien jurídico protegido.

No es lo mismo que (i) el taxista haya conocido del hecho delictivo a cometerse cuando recién se le contrata y (ii) cuando ya estaba dentro de la casa robada. La diferencia es abismal. En el primero, la prohibición de no coadyuvar en hechos delictivos si surte sus efectos (hay libertad de decidir acoplarse al plan criminal), en el segundo de ninguna manera (no hay libertad). En ese sentido, en la presente controversia, no es que no sea importante el conocimiento especial, sino que esta llegó tardíamente. Si el taxista hubiese conocido del plan criminal de sus pasajeros desde el momento que lo

contrataron, ya no sería en cumplimiento del rol, por lo que su absolución (alegando conductas neutrales) hubiese sido descartado.

RESOLUCION N° 17

Recurso de Nulidad N.° 4451-2008

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: RODRIGUEZ TINEO

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapas procesales: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se intervino una casa, dentro de ella se encontró un laboratorio clandestino para la elaboración de alcaloide de cocaína y una poza de maceración conteniendo dos kilogramos de hojas de coca, se encontró una bolsa con pasta básica, dos tapers con pasta básica y otros insumos para la elaboración de la droga; en el momento de la intervención se encontró en dicho inmueble a Jorge Fredy Cloud Nicolás, Faustina Eguizabal Flores, Hortencia Mamani Blanco, Jack Robert Cloud Eguizabal, Olga Chambi Machaca, Gladys Chambi Machaca y Efraín Calsina Toque. Los propietarios del local fue Faustina Eguizabal Flores y Jorge Fredy Cloud Nicolás. El presente recurso de nulidad gira en el extremo de Faustina Eguizabal Flores.

III. LA RATIO DECIDENDI

La Suprema Corte desarrolla los conceptos básicos de la imputación objetiva y las conductas neutrales. En particular, citando a CARO JOHN señala que lo importante es el cumplimiento del rol, de modo tal que, no interesan los conocimientos especiales, siendo que únicamente podría dar lugar a omisión de denuncia, socorro, etc.

Fijado esa premisa jurídica-doctrinaria; señala que no existe prueba de cargo para relucir el favorecimiento o incitación dolosa a un comportamiento delictivo, pues, solo se limitó a cumplir con su rol como propietaria del inmueble sin transgredir los límites; aunado a ello, conforme la declaración de su cónyuge, Faustina Eguizabal Flores vivía en Lima y habría llegado al inmueble media hora antes de la intervención, información que se corrobora con la declaración de Cirilia Gonzales Lira quien dijo que en su hotel se hospedó la imputada, dejando su mochila para ir visitar a su esposo. En ese sentido, concluye que su conducta fue neutral, por tal motivo opera la prohibición de regreso como exclusión de la imputación objetiva.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD de la sentencia que absolvió a Faustina Eguizabal Flores de la acusación fiscal por el delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado.

ANÁLISIS:

¿Y si Faustina Eguizabal Flores vino de Lima a llevar la droga que elaboraba su esposo en su propia casa? Sin duda, es fundamental tener en cuenta los posibles conocimientos especiales de Faustina Eguizabal Flores respecto a lo que hacía en su inmueble (laboratorio de droga) y la razón de su estadía en dicha inmueble (aunque se alegue que estuvo recién media hora).

En el caso en concreto, es correcto su absolución por falta de pruebas y no por tratarse de una conducta neutral. La absolución por cualquiera de los supuestos tiene diferencia palmaria y jamás podrían concurrir (mayor argumentación, ver el ítem - ¿la excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?).

Mal hizo la ejecutoria suprema en tratar de lucirse sobre las presuntas conductas neutrales (más aun con la postura objetiva); puesto que, de haber –habido— pruebas que responderían afirmativamente la pregunta hipotética (¿Y si Faustina Eguizabal Flores vino de Lima a llevar la droga que elaboraba su esposo en su propia casa?), ni siquiera hubiese correspondido discutir las conductas neutrales. Fue un problema probatoria y no del derecho penal.

RESOLUCION N° 18

Recurso de Nulidad N.° 2756-2010/Lambayeque

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: CALDERON CASTILLO

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

El Ministerio Público y la defensa técnica del procesado interpusieron recurso de nulidad para revertir la situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Recurso planteado por la fiscalía y OBLITAS VARGAS. Momentos antes de la intervención, JOSE MERCEDES GONZALES REQUEJO descendió de un vehículo y entró a un inmueble. Al allanar el inmueble, en su interior se encontró a AMARONTE OBLITAS, OBLITAS VARGAS, y GONZALES REQUEJO, incautándose ocho botellas de plástico que contenían latex de opio con peso neto de catorce kilos con ochocientos ochenta gramos. En ese mismo lugar, debajo de la cama se encontró un arma de fuego abastecida. También se imputó a LLATAS PEREZ (propietario del vehículo) y a DAVILA MERA (conductor del vehículo).

Concretamente al tema que nos convoca, se analizará solo respecto a las conductas neutras de DAVILA MERA y LLATAS PEREZ.

III. LA RATIO DECIDENDI

La imputación contra DAVILA MERA y LLATAS PEREZ, versa porque el primero habría sido el conductor del vehículo que transportó a GONZALES QUEJO; y la imputación contra LLATAS PEREZ por ser el gerente general de la empresa transportista, a la vez por ser el propietario del vehículo. El vehículo habría transportado a GONZALES REQUEJO desde Pucará a Chiclayo y viceversa, por la suma de trescientos soles por concepto de servicio de transporte. Por otro lado, en

dicho vehículo no se encontró ninguna droga, y que el coencausado OBLITAS VAGAS no conoce a las dos personas anteriores. Por todo ello, en su considerando sexto, señaló que:

(...) estimándose que sus conductas en el contexto de los hechos probados resultan inocuas y socialmente adecuadas por lo que no resulta operante imputárseles responsabilidad en el delito juzgado en aplicación el criterio de imputación objetiva referido a la prohibición de regreso; que en atención a lo expuesto se concluye que lo actuado resulta insuficiente para enervar la presunción de inocencia (...).

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida, la misma que confirma la absolución de LLATA PEREZ y DAVILA MERA.

ANÁLISIS:

LLATAS PEREZ fue el gerente general de la empresa de transportes, y fue el propietario del vehículo, su participación –aunque no hay ninguna— ni siquiera supera la causalidad natural (como primer requisito para analizar la imputación objetiva), de modo tal que, no podría llamarse conducta neutral. Su absolución es correcta, no porque su conducta sea neutral, ni mucho menos por la insuficiencia probatoria (mayor argumentación, ver el ítem - ¿la excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?).

Respecto a DAVILA MERA como chofer del vehículo que trasladó a su coencausado que transportaba la droga, era necesario considerar el conocimiento especial, toda vez que la existencia pudo haberlo condenado. Su absolución es correcta, no porque su conducta sea neutral, sino porque existe insuficiencia probatoria (mayor argumentación, ver el ítem - ¿la excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?).

RESOLUCION N° 19

Recurso de Nulidad N.º 2242-2011/Huancayo

órgano emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: LECAROS CORNEJO

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La parte civil interpuso recurso de nulidad para revertir la situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a GLADYS JULIETA ORHUELA CARDENAS DE HUAYNATE, quien habría adquirido 750 kilos de insumos químicos fiscalizados, desconociéndose su destino; asimismo, por pedido de OSCAR NUÑEZ ENERO adquirió 1000 kilos de ácido sulfúrico no acreditándose su destino final del mismo. En ese hecho habría intervenido también HUAYNATE CALLUPE.

Concretamente al tema que nos convoca, se analizará solo respecto a la conducta de HUAYNATE CALLUPE.

III. LA RATIO DECIDENDI

La Suprema Corte señala que HUAYNATE CALLUPE, **habría actuado sin dolo**. Su actuación habría sido por pedido expreso de su pareja sentimental la acusada GLADYS JULIETA ORHUELA CARDENAS DE HUAYNATE, a su vez, esta señala que HUAYNATE CALLUPE no sabía de sus negocios y su actuar fue de improviso a fin de recoger insumos químicos que previamente ella había negociado, y prueba de ello, es que HUAYNATE CALLUPE no participó en actos similares.

Asimismo, hace referencia a la prohibición de regreso y las conductas neutrales. Toda conducta neutral dentro del rol no configura aporte o contribución al hecho punible, lo

contrario significaría cuestionar todo acto cotidiano y someterla a escrutinio para desentrañar las intenciones del tercero.

Finalmente, en su considerando séptimo, señaló que:

(...) la observancia de aquella posición dogmática, anula todo reproche penal en el juicio de imputación que recae sobre el acusado HUAYNATE CALLUPE, pues **no se advierte que haya conocido** las tratativas de su coacusada en el uso del insumo químico fiscalizado, ni que la acción que realizó (...) haya sido ajena a la actividad ordinaria y común (...). Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia que absolvió a JAIME HUAYNATE CALLUPE de los cargos que se le formularon por el delito de TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

ANÁLISIS:

Lo básico en el análisis de la tipicidad de la conducta; primero se debe analizar si la conducta es imputable objetivamente, cumplido ese segmento, si se trata de una conducta imputable objetivamente, recién se debe analizar la imputación subjetiva. Si la conducta no pasa el filtro de la imputación objetiva, ahí fenece todo; no tiene por qué analizarse la imputación subjetiva. En el presente caso, la Corte Suprema sin analizar la imputación objetiva, dice que se trataría de una conducta carente de dolo.

La Corte Suprema también cita la doctrina referente a las conductas neutrales en su vertiente objetiva, es decir, aquella que no le interesa los conocimientos especiales. Empero, cuando analiza el caso en concreto, dice que: "(...) el acusado HUAYNATE CALLUPE, pues no se advierte que haya conocido las tratativas de su coacusada en el uso del insumo químico fiscalizado (...)". Lo que se aprecia de ello es una hipocresía doctrinaria, toda vez que, en la premisa teórica es de corte objetiva, y cuando se valora el caso en concreto, se acoge la teoría subjetiva. Ello se debe a la insostenibilidad de la teoría objetiva.

Si HUAYNATE CALLUPE hubiese tenido conocimientos especiales, es decir, si hubiese conocido los objetos que transportaba en apoyo a su pareja, esa conducta

sería colaborativa al ilícito penal, de modo tal que, jamás podría considerarse una conducta neutral.

RESOLUCION N° 20

Recurso de Nulidad N.° 1603-2015/Lima

Órgano emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: PARIONA PASTRANA

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapas procesales: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó el delito de hurto –y asociación ilícita para delinquir— de ganado equino. El año 2012 a horas de la noche en el lugar conocido como “Abusputo”, Marcopomococha, intervinieron a un camión conducido por MELDER CHUPAN HERRERA y una camioneta conducido por JAVIER NUÑEZ NOEL, y otro vehículo conducido por NILO ALEXIS ORTEGA TORPOCO, en dichos vehículos se encontraron también a PABLO SALAS GONZALES, HANS SANCHEZ VILCACHAGUA, ANTONIO VILLANUEVA MEZA, EDGAR POMAJULCA SALAS, ALBERTO CHUPAN HERRERA, NILO ORTEGA TORPOCO y ROSA SALAS GONZALES, en el camión se encontraron a 21 cabezas de ganado equino.

Concretamente el tema que nos convoca, se analizará solo respecto a la conducta de MELDER CHUPAN HERRERA y NILO ALEXIS ORTEGA TORPOCO.

III. LA RATIO DECIDENDI

La Suprema Corte señaló que, si bien estuvieron en el momento de los hechos, ello no es suficiente para responsabilizarse por el hecho delictivo. De la declaración de PABLO MAXIMO SALAS GONZALES quien señaló que contrató a su hermano,

MILDER CHUPAN y NILO ORTEGA para conducir los vehículos para trasladar los animales desde la Comunidad de San Mateo a Lima. Por otro lado, no conoce a PABLO MAXIMO SALAS GONZALES, HANS FREDY SANCHEZ VILCACHAGUA y EDGAR FERNANDO POMAJULCA SALAS, asimismo, desconocían que los caballos que subieron al camión eran robados. Finalmente, los demás coimputados que verdaderamente participaron en el hurto del equino –conforme concluye la presente resolución—, tampoco conocen a MILDER CHUPAN y NILO ORTEGA.

En el considerando 4.2.3 señaló que:

(...) Con lo que se desprende que los encasados Nilo Alexis Ortega Torpoco y Melder Chupan Herrera, **desconocían que los caballos que transportaban era robados**, más aun el comportamiento de estos encausados Ortega Torpoco y Melder Chupan Herrera, **queda en el ámbito de una conducta neutral, esto es dentro del ámbito de lo permitido**, pues fueron contratados por Alberto Felices Chupan Herrera a fin de que transporten la mercadería hacia la ciudad de Lima, **desconociendo el actuar ilícito de sus coencausados** Salas Gonzales, Sanchez Vilcachagua y Pomajulca Salas. Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon HABER NULIDAD de la sentencia que condenó a MELDER CHUPAN HERRERA y NILO ALEXIS ORTEGA TORPOCO de los cargos que se le formularon en su contra por el delito de abigeato.

ANÁLISIS:

La precitada ejecutoria suprema, respecto a las conductas neutrales, acoge la postura subjetiva, es decir, aquella postura que considera a los conocimientos especiales –desconocimiento de los ganados robados— como aquel pigmento que aumenta el riesgo jurídicamente desaprobado de la conducta, de modo tal que, se lograría pasar el segmento de la imputación objetiva.

Sin duda, el conocer o no conocer, es decisivo. En este caso en concreto, si ambos choferes de los vehículos que transportaron los equinos, hubiesen conocido que transportaban equinos robados, de ningún modo puede considerarse una conducta

neutral (transportista en cumplimiento de su rol) sino delictivo, aquel aporte que se alinea al evento delictivo.

Finalmente, dicha ejecutoria es correcta no solamente porque toma en cuenta los conocimientos especiales, sino porque previamente ha valorado la prueba.

RESOLUCION N° 21

Recurso de Nulidad N.° 1973-2016/Lima

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: JOSE NEYRA FLORES

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etaapa procesal: EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a CARLOS MENDOZA FERNANDEZ haber brindado atención médica en su domicilio ubicado en Huachocolpa a los remanentes terroristas liderada por ALIPIO y RAUL, durante el año 2003 al 2007. Asimismo, se trasladó a los campamentos de Molinos y Pichuza para brindar sus servicios dentales a cambio de 200 soles. Tales hechos fueron tipificados por el Ministerio Público como favorecimiento al delito de terrorismo.

Deducida la excepción por el mencionado, se declaró fundada por los siguientes argumentos: la conducta de MENDOZA FERNANDEZ se trata de conductas neutrales porque no fueron idóneas para favorecer a las actividades y finalidad del grupo terrorista —es improbable que con la curación de dientes los senderistas realicen más o mejor sus actividades o finalidades—; por otro lado, porque habría actuado con miedo insuperable, es decir, si no les brindaba los servicios dentales, lo podrían haber matado. Por tales argumentos se le excluyó de la causa penal.

III. LA RATIO DECIDENDI

Es de tener presente que el fiscal supremo opinó no haber nulidad, por similares argumentos vertidos por el órgano jurisdiccional que emitió la recurrida.

La Suprema Corte cita al Recurso de Nulidad N.º 1062-2004 como una de sus premisas doctrinarias y jurídicas. En ese sentido, señala que el favorecimiento al terrorismo tiene que estar vinculado con actividades y finalidades terroristas —no meros apoyos morales—. En ese sentido, en el caso en concreto, la conducta del acusado a nivel de tipicidad objetiva resultó irrelevante para el delito imputado, puesto que fue neutral derivada de su oficio de dentista —en su domicilio y en diversos campamentos— y que a cambio recibía una contraprestación; ergo, opera la prohibición de regreso. Asimismo, el dar alojamiento a integrantes terroristas con fines de atenderlos —servicios dentales— no configura actos de favorecimiento al terrorismo, pues el apoyo debe contribuir con los fines terroristas. Finalmente, termina diciendo que los ciudadanos de dicha localidad no tenían otra opción que acceder a las solicitudes de grupos terroristas. Por tales motivos el hecho no es típica ni constituye delito.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD de la resolución que declara funda la excepción de naturaleza de acción planteada por CARLOS MENDOZA FERNANDEZ del cargo que se le formuló en su contra por el delito de favorecimiento al terrorismo.

ANÁLISIS:

La presente ejecutoria suprema analizada, hace bien es absolver a MENDOZA FERNANDEZ, empero, no se comparte los argumentos esgrimidos.

La conducta de dentista si bien es cierto, puede ser considerada como una conducta neutral, sin embargo, en el presente caso, no corresponde entrar analizar si a través de su condición de médico se creó el riesgo jurídicamente desaprobado, puesto que ni siquiera existe una causalidad natural de favorecer a actividades o finalidades terroristas.

Aunque haya conocido a plenitud que sus pacientes eran terroristas y que, una vez recibido el servicio del dentista, regresarían a cometer actos y/o fines terroristas, aun así, la conducta no supera la causalidad natural, ergo, no podría decirse que se trata de conductas neutrales.

RESOLUCION N° 22

Recurso de Nulidad N.° 2365-2016/Lima

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: PARIONA PASTRANA

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etaa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad para revertir la situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a MARCELINO LAURA PARIONA y otros sujetos, haber participado el 19 de abril de 2013 a horas 17:30 aproximadamente, interceptando en la altura “Pacchipata” – kilómetro 680 de la carretera Andahuaylas a JUAN QUISPE CUSI y JUAN QUISPE FLORES quienes estaban a bordo de un camión cargado de diversos productos, procediéndole a despojar la suma de 15,000.00 soles y darse a la fuga con un vehículo station wagon con placa C9P-390.

En primera instancia se le absolvió, es por ello que, uno de los argumentos del recurso del Ministerio Público fue la mala aplicación de la prohibición de regreso.

III. LA RATIO DECIDENDI

La Suprema Corte señala que está probado que en el evento delictivo participaron 3 o 4 sujetos, uno de ellos con arma de fuego, que también disparó al camión. Le sustrajeron 15,000.00 soles, aunado a ello, los agraviados señalaron cuando recuperaron la conciencia, que vieron un auto blanco a pocos metros.

Analizando concretamente el caso de LAURA PARIONA, señala que no hay indicios suficientes que permitan acreditar su responsabilidad. Valorando su propia declaración, que en todas las etapas del proceso dijo: es chofer de taxi, y el día de los hechos, a las siete de la noche, dos sujetos le pidieron que los traslade a la localidad de Chullcuisa, luego recogieron a dos personas más con quienes llegaron hasta Pacchipata, le hicieron parar el vehículo y le dijeron que les regrese, por lo que, al retornar, no los encontró. En su retorno recogió a más pasajeros, luego de su retorno fue detenido por un patrullero. Cabe precisar que este imputado, según declaración de otros testigos, al ver la presencia del patrullero, se bajó de su vehículo y se dio a la fuga –y fue capturado—.

En ese sentido, la Suprema Corte, trae a colación la conducta neutral o estereotipada; ergo, señala que la conducta de los intervinientes en el evento delictivo, no puede rebotar a LAURA PARIONA, porque se desarrolló una conducta neutral o cotidiana –taxista—, más aún si no existe prueba que permita comprobar su vinculación con alguna banda; las pruebas existentes no son suficientes para generar certeza de la responsabilidad del encausado –aplica el principio *indubio pro reo*—.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD de la sentencia que absuelve a MARCELINO LAURA PARIONA por el delito de robo con las circunstancias agravadas.

ANÁLISIS:

El presente análisis versará sobre dos tópicos: el primero sobre el análisis indiciario y, el segundo sobre la forma de resolver entre conductas neutrales y la suficiencia probatoria.

Lo primero, a través de una correcta valoración de los indicios, se lograría acreditar la responsabilidad de LAURA PARIONA: (i) El mencionado conducía un auto blanco el día de fue intervenido (al día siguiente), (ii) uno de los agraviados vio un auto blanco en día de los hechos estacionado cerca del evento delictivo, (iii) los que participaron activamente en el robo habrían sido 3 o 4, (iv) el mismo imputado dijo que trasladó a 4 sujetos cerca al lugar de los hechos el día que fue intervenido, (v) el día que fue

intervenido, al percatarse de la presencia del patrullero, se bajó del vehículo y corrió al barranco.

Lo que sucedería en este caso, el imputado cuenta la historia cercenando la veracidad de la misma, y ello se aprecia cuando dice que, al regresar a recoger a sus pasajeros, no los encontró. Empero, es allí que debe tenerse en cuenta con mayor énfasis la declaración del agraviado, que habría visto al vehículo blanco estacionado cerca al lugar de los hechos. Por todo ello, se infiere que LAURA PARIONA habría participado en el hecho delictivo sabiendo que sus pasajeros cometían el robo, de modo tal que, no hay ningún cumplimiento del rol de taxista.

Respecto al segundo punto, la sentencia absuelve a LAURA PARIONA porque se trataría de una conducta neutral, aunado a ello, dice que se carece de suficiencia probatoria. Se absuelve por conducta neutral o por insuficiencia probatoria, jamás podría ser de manera conjunta (mayor argumentación, ver el ítem - ¿la excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?).

En el supuesto caso que no hubiese los indicios necesarios para dar por probada la imputación que efectúa el Ministerio Público, es incorrecto pasar al siguiente segmento, es decir, ya no hay necesidad en determinar si la conducta es lícita o neutral.

Tal como se valoró los indicios en el primer punto, si LAURA PARIONA hubiese estado esperando cerca del evento delictivo a sus coencausados, indudablemente se trata de una conducta ilícita y no neutral, más aún cuando uno de sus coencausados habría disparado al camión. Así las cosas, no seamos miopes de seguir llamando neutral a una conducta totalmente ilícita (contiene riesgo jurídicamente desaprobado).

RESOLUCION N° 23

Recurso de Nulidad N.° 214-2019/Lima

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: IVAN SEQUEIROS VARGAS

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a TEOFILO GALVAN CANTORAL haber participado con otros tres sujetos con armas de fuego, agrediendo y sustrayendo a FELIX FERNANDO DIAZ CARRANZA y ENRIQUE FERNANDO VALVERDE ORTEGA, dos bolsas de color negro, para luego retirarse en un vehículo tico conducido por TEOFILO GALVAN CANTORAL. Minutos después se intervino a TEOFILO GALVAN CANTORAL y a TONY SANTIAGO GUTIERREZ RUBIO.

Por el precitado hecho, fue condenado TEOFILO GALVAN CANTORAL, por el delito de robo agravado en grado de tentativa. En ese sentido, recurre la sentencia condenatoria, con su principal argumento que solo realizó conducta neutral de taxista, máxime si no hay prueba de cargo suficiente.

La sentencia que lo condenó señala que no se trató de una conducta neutral o cumplimiento de su rol de taxista por lo siguiente: (i) el vehículo no era de su propiedad, (ii) tenía licencia de conducir vencida, (iii) no tenía autorización para hacer servicios de taxi; y (iv) su actitud de esperar en el vehículo acreditó su conocimiento que tenia del hecho delictivo de sus coencausados.

III. LA RATIO DECIDENDI

La Suprema Corte señala que no hay controversia en la comisión del delito de robo con circunstancias agravadas, tampoco la participación de TEOFILO GALVAN CANTORAL como conductor del vehículo, de modo tal que, lo que se debe dilucidar es si dicha conducta fue en cumplimiento de su rol y por tal motivo neutral, o de lo contrario, de un actuar delictivo.

Las primeras premisas son respecto a la prohibición de regreso, conductas neutrales y principio de confianza. La Suprema Corte, acogiendo la postura de la resolución

recorrida, en el considerando 4.8 señaló que, en el momento de ocurrido los hechos, no tenía autorización para conducir, tampoco tenía permiso para hacer servicio de taxi, lo que refleja una indiferencia con las normas sociales permitidas.

Por otro lado, en el considerando 4.9 señaló que:

En el contexto que se desarrolló su conducta (...) evidencia que **el acusado Galván Cantoral no se limitó a desempeñar el rol de taxista, sino que rebasó el riesgo permitido al actuar deliberadamente en un contexto criminal con plena conciencia del accionar delictuoso de los demás participantes**, por lo que es responsable penalmente del ilícito que se le imputa. Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD de la sentencia que condena a TEOFILO GAVAN CANTORAL por el delito de robo con las circunstancias agravadas en grado de tentativa.

ANÁLISIS:

El presente análisis de la ejecutoria suprema, versará sobre dos temas: primero, sobre los indicios objetivos que permiten afirmar el desborde del riesgo permitido para un determinado delito y, el segundo, respecto a las conductas neutrales.

Respecto al primero, tanto el Tribunal Superior, como la misma Corte Suprema, señalaron como datos objetivos que permiten afirmar el desborde del riesgo permitido, de tal manera, servir para descartar la conducta del imputado en cumplimiento de su rol de taxista. Estos datos que descartarían el riesgo permitido son: licencia de conducir vencida, sin autorización para conducir, menos aún para hacer taxi. Es menester precisar que, esos datos objetivos no tienen ninguna idoneidad para inferir el desborde del riesgo permitido en el delito de robo, pero sí lo son para otros delitos como conducción en estado de ebriedad, lesiones o muerte automovilísticos causados por el imputado, etc.

No tener brevete u otra falta administrativa o de tránsito, nada tiene que ver con la comisión del delito de robo. En consecuencia, el órgano jurisdiccional, en ambos

grados, no debió tener en cuenta dichos argumentos para descartar el riesgo permitido –cumplimiento del rol de taxista—.

Respecto al segundo tema, la Corte Suprema acoge la teoría subjetiva para analizar las conductas neutrales, es decir, si el participante en el evento delictivo conoce del actuar ilícito de los demás participante y permanece en ella, aun si está cumpliendo su rol, ese conocimiento hace desbordar el riesgo permitido, de tal manera que, su conducta no es neutral. En el presente caso, el taxista sabía -plena conciencia del accionar delictuoso de los demás participantes— que los demás participantes “pasajeros” estaban ejecutando el ilícito penal, ergo, la conducta del taxista sobrepasa el riesgo permitido y no es neutral.

RESOLUCION N° 24

Recurso de Nulidad N.° 425-2019/Lima

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: PACHECO HUANCAS

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etaa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a GIOMAR GAMBOA TORRES y DAVID AZNARAN RAMIREZ el delito de homicidio calificado por los siguientes hechos. Los mencionados acondicionaron en un frasco pequeño “pastillas para dormir”, le hicieron dormir, para después acuchillar y terminar con la vida de JUAN JOSE MALAGA MISAD, después de ello, intentaron desaparecer los rastros, huellas, pertenencias y el cuerpo del occiso.

El cuerpo lo metieron en un tacho de plástico y lo llevaron en un taxi hasta el Agustino, llegaron a la casa de un familiar de GAMBOA TORRES, luego, este le ordenó a

AZNARAN RAMIREZ que consiga una mototaxi para llevar el cuerpo, arrojar y quemar en algún lugar. En ese sentido, se contactó con ALEXANDER GIANRANCO MARTINEZ TORRES, quien también conocía a GAMBOA TORRES, le pidió que le haga el servicio de movilidad, aceptó y fueron al lugar donde estaba GAMBOA TORRES. Al llegar, MARTINEZ TORRES le preguntó a AZNARAN RAMIREZ si en el tacho de basura había “un frio” y le respondió que “sí”, y que vea si acepta hacer el servicio; ocurrido ello, MARTINEZ TORRES aceptó hacer la carrera, llevaron al cuerpo al mercado la Parada, bajaron al cuerpo –dentro del tacho— y le rociaron gasolina y lo prendieron fuego. Cabe precisar que este último hecho, fue imputado a los tres intervinientes como delito de ENCUBRIMIENTO REAL.

III. LA RATIO DECIDENDI

La Suprema Corte absolvió a GIOMAR GAMBOA TORRES y DAVID AZNARAN RAMIREZ por el delito de ENCUBRIMIENTO REAL, pues, no se le podría sancionar porque ellos cometieron el delito previo que da origen al objeto del delito. En ese sentido, solo se logró condenar a ALEXANDER GIANRANCO MARTINEZ por el precitado delito, en merito a los siguientes argumentos jurídicos, doctrinarios y de razonamiento probatorio.

(...) los comportamientos neutros, cotidianos o socialmente adecuados no pueden valorarse aisladamente y constituir tesis de absolución per se. Los roles permitidos deben ser objeto de ponderación acorde con el contexto en el que se desenvuelve la conducta, dado que **si su función se realizó en un marco histórico que permitió al sujeto determinar que su conducta puede quebrantar las expectativas sociales** y, consiguientemente, la norma; este puede ser acusado y probablemente sentenciado como interviniente en el evento delictivo. El resaltado es propio.

Valorando la prueba, en el considerando 46 señaló que: “(...) la única controversia entre dichas versiones es si el primero en mención conocía o podía conocer la existencia de un cuerpo humano, el cual se pretendía arrojar y, luego quemar”. Asimismo, en el considerando 48, señaló que: “(...) la conducta de MARTINEZ TORRES no es neutra. No es posible sostener que se ha realizado un servicio

socialmente permitido (servicio de mototaxi). Por el contrario, su actuar creo que un riesgo jurídicamente desaprobado imputable a su persona (...).”

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD de la sentencia que condena a ALEXANDER GANFRANCO MARTINEZ TORRES por el delito de encubrimiento real en agravio del Estado.

ANÁLISIS:

La presente ejecutoria suprema doctrinariamente tiene una postura mixta, es decir, para evaluar una conducta neutral hay que tener en cuenta el contexto del evento delictivo –contexto en el que se desenvuelve la conducta—. Esta postura tiene cierta dosis de la teoría subjetiva. Empero, en su razonamiento toma un criterio completamente subjetivista, al centrarse solamente en el conocimiento –conocimientos especiales—.

El elemento trascendental para determinar la neutralidad de la conducta en el presente caso recayó en el conocimiento –conocía o podría conocer la existencia del cuerpo humano—. Sin duda, se ha tomado un criterio correcto. Los objetivistas necesariamente tuvieron que haberle absuelto, siendo esta decisión que garantiza la impunidad.

RESOLUCION N° 25

Recurso de Nulidad N.º 1569-2019/Lima Norte

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: PACHECO HUANCAS

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapas procesales: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a JOSE MANUEL ROMERO CISNIEGUEZ ser cómplice primario del delito de robo agravado con subsecuente de muerte. Los hechos son lo siguiente: en horas de la noche, mientras la agraviada LUZ MARIA CUADROS OGOSE se encontraba hablando por celular con su pareja, WALDIR THOMAS PEREZ VASQUEZ descendió de una mototaxi Bajaj conducido por ROMERO CISNIEGUEZ. La agraviada se resistió al robo, por lo que PEREZ VASQUEZ le golpeó la cabeza y le disparó en el pecho, causándole la muerte; seguidamente PEREZ VASQUEZ se dio la fuga en la moto conducido por ROMERO CISNIEGUEZ.

Siendo así los hechos, el Tribunal Superior de Lima Norte condenó a ROMERO CISNIEGUEZ. Señaló que el mencionado sabía perfectamente y tenía conciencia de la ejecución del robo y la muerte que iba ocasionar, dado que su coimputado portaba un arma de fuego, bajó con el mismo mientras se encontraba prendida la moto. Y luego del disparo, se dio a la fuga con su coimputado. No se trata de conducta neutral – mototaxista—, sino que su apoyo fue esencial para el ilícito cometido, sin el cual no se hubiese ejecutado.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

La Suprema Corte, en el considerando 20, señaló que:

(...) los comportamientos neutros, cotidianos o socialmente adecuados no pueden valorarse aisladamente y constituir tesis de absolución per se. Los roles permitidos deben ser objeto de ponderación acorde con el contexto en el que se desenvuelve la conducta, dado que **si su función se realizó en un marco histórico que permitió al sujeto determinar que su conducta puede quebrantar las expectativas sociales** y, consiguientemente, la norma; este puede ser acusado y probablemente sentenciado como interviniente en el evento delictivo (...). El resaltado es propio.

Valorando la prueba, señala que, desde que aceptó acompañar a su coimputado a comprar droga –de Collique a San Marin de Porres—, dejó de actuar conforme a su rol de taxista. Aunado a ello, mientras esperaba a su coimputado, escuchó el disparó, su coimputado salió corriendo y le dijo “que arranque”. Todo “**Ello revela un contexto delictivo ineludible y, sin atisbo de duda, subyace la consciencia plena de sus actos respecto al evento criminal**”. Lo resaltado es propio. Por todo ello, la condena como cómplice del delito de robo con subsecuente de muerte es correcto.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon NO HABER NULIDAD la sentencia que condena a JOSE MANUEL ROMERO CISNIEGUEZ por el delito de robo gravado con subsecuente de muerte. La nulidad solamente fue en el extremo de la pena, inicialmente se le impuso 27 años, con la precitada resolución se le impuso 30 años de pena privativa de libertad.

ANÁLISIS:

La presente ejecutoria suprema doctrinariamente tiene una postura mixta, es decir, para evaluar una conducta neutral hay que tener en cuenta el contexto del evento delictivo –contexto en el que se desenvuelve la conducta—. Esta postura tiene cierta dosis de la teoría subjetiva. Empero, en su razonamiento toma un criterio completamente subjetivista, al centrarse solamente en el conocimiento –conocimientos especiales—.

El elemento trascendental para determinar la neutralidad de la conducta en el presente caso recayó en el conocimiento –conciencia plena del evento criminal (conocimiento que su “pasajero” efectuaría el robo)—. Sin duda, se ha tomado un criterio correcto. Los objetivistas necesariamente tuvieron que haberle absuelto, siendo esta decisión que garantiza la impunidad.

RESOLUCION N° 26

Recurso de Nulidad N.° 3078-2011

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: JAVIER VILLA STEIN

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapa procesal: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

La defensa técnica del procesado interpuso recurso de nulidad para revertir su situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a JULIA COLLANQUE CCAMA y otros el presunto delito de tráfico ilícito de drogas; toda vez que, en su calidad de esposa de VALENTIN MAMANI LLANQUE –coimputado— se habría encargado de preparar la comida –proveer alimentación— para su esposo y otras personas, quienes se encargaban de pisar hojas de coca con insumos químicos en una poza de maceración artesanal instalada en el inmueble de propiedad de JULIA COLLANQUE CCAMA y su esposo.

La defensa técnica cuestionó solo el quantum de la pena, mas no, si el hecho era delito. Señaló que solo se encargaba de elaborar el alimento para los demás coimputados, y por su cultura y costumbre no podía desobedecer a su esposo, produciéndose un error de comprensión culturalmente condicionado.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

La Suprema Corte en su considerando 3.6 señaló que:

(...)es por haber proveído de alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no se encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede ser considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en ese sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada esta revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de la conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano,

una profesión o una actividad estandarizada, no puede decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada en el ejercicio del rol (...).

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon HABER NULIDAD –respecto a este extremo— de la sentencia que condenó a JULIA COLLANQUE CCAMA por el delito de tráfico ilícito de drogas. En consecuencia, se le absolvió.

ANÁLISIS:

La ejecutoria analizada, es correcta la absolución de COLLANQUE CCAMA, mas no así el argumento que se usó para ello.

Como bien ya se ha señalado en las demás resoluciones analizadas, para que la conducta sea imputable objetivamente, debe tener la causalidad natural y que dicha conducta sobrepase el riesgo permitido, y para ello se necesita analizar de manera secuencial.

En el presente caso, se aprecia que COLLANQUE CCAMA brindó alimentación a las personas que cometían el delito. Dicha conducta ni siquiera pasa el primer filtro de la causalidad natural, puesto que, brindar alimentación a personas que se dedican al tráfico ilícito de drogas no es causa –dar alimentos— del resultado –elaboración de la droga—. Ante dicho panorama, es decir, cuando la conducta no logra pasar ni siquiera la causalidad natural, los conocimientos especiales no tiene ninguna relevancia. En síntesis, la presente causa no es delito, no por ser conductas neutrales, sino porque no existe la causalidad natural.

RESOLUCION N° 27

Recurso de Nulidad N.° 2208-2012

Organo emisor: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU

Ponente: JOSUE PARIONA PASTRANA

Controversia resuelta: CONDUCTAS NEUTRALES

Etapas procesales: CULMINADO EL JUICIO (proceso inquisitivo)

I. PETITORIO

Las defensas técnicas de los procesados y el Ministerio Público, interpusieron recurso de nulidad para revertir la situación.

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

Se le imputó a MANUEL JESUS SANTILLAN ZAMORA, EDGAR GALBARINO CORREA HUAMAN y otros, pertenecer a una organización criminal internacional dedicada al tráfico ilícito de drogas. El movimiento de la organización criminal habría sido en Lima, Trujillo, Chimbote, Ayacucho y Apurímac. El sentenciado MANUEL JESUS SANTILLAN ZAMORA sería la persona quien designó a las personas para el acopio, transporte y elaboración de la droga. Respecto a EDGAR GALBARINO CORREA HUAMAN sería la persona que se dedicó a transportar combustible para el yate denominado “Santa Fe” (que trasportaba la droga), el mismo que también vigilaba.

La defensa técnica de EDGAR GALVARINO COREA HUAMÁN señaló que no se acreditó su pertenencia a la organización criminal internacional, y los actos que se imputó son el colaborar con el embarque de víveres y combustible en la lancha “Santa Fe”, asimismo, laboró como cocinero y fue el vigilante en dicha lancha, cumpliendo su rol, desconociendo las actividades ilícitas cometidas.

III. LA *RATIO DECIDENDI*

La Suprema Corte en su considerando 3.5 respecto a la conducta neutral, cita a CARO JOHN.

Analizando la conducta de CORREA HUAMAN en el punto sexto. Concretamente en el considerando 6.4 mencionó que:

(...) se advierte que el encausado Correa Huamán era trabajador de la embarcación pesquera “Santa Fe” en ese contexto apoyaba al condenado Víctor Ipanaque Sanchez en actividades propias de la embarcación (...) **abona a ello que en autos no se aprecia sindicación alguna que lo vincule al referido ilícito o que éste conocía y era parte de la organización criminal** (...) respecto al citado encausado, se evidencia insuficiencia probatoria que no permite generar convicción acerca de su responsabilidad (...). Lo resaltado es propio.

IV. PARTE RESOLUTIVA

Declararon HABER NULIDAD –respecto a este extremo— de la sentencia que condenó a EDGAR GALBARINO CORREA HUAMAN, en consecuencia, se le absolvió.

ANÁLISIS:

La presente ejecutoria suprema, tiene dos deficiencias: (i) el argumento que permite absolver está en la nebulosa, es decir, no se sabe si se le absuelve por ser su conducta neutral o por insuficiencia probatoria; e (ii) incoherencia en las premisas, es decir, se cita una doctrina objetiva de CARO JOHN, sin embargo, en el razonamiento del caso la olvida y acoge la teoría subjetiva.

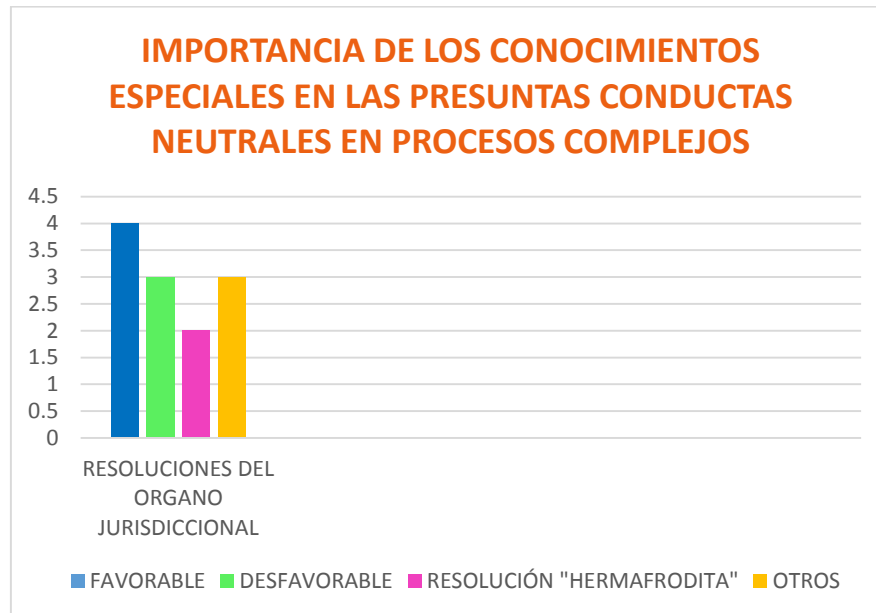
Respecto al primero punto; ya se dijo con toda claridad en el tercer párrafo del análisis de la resolución 19, que es incorrecto absolver por carencia probatoria y al mismo tiempo por conducta neutral; es solo uno de ello, jamás podrían ir de manera conjunta.

Respecto al segundo punto. La Suprema Corte fijando la premisa normativa-doctrinaria hace referencia el postulado de CARO JOHN, el mismo que posee una postura objetiva respecto a las conductas neutrales. Empero, al valorar el caso en concreto, deja de lado la postura objetiva y acoge la postura subjetiva, es decir, la teoría que acoge los conocimientos especiales para decir si hubo o no la creación del peligro jurídicamente desaprobado. Lo argumentado es en mérito a lo señalado por la precitada ejecutoria suprema: “(...) abona a ello que en autos no se aprecia sindicación alguna que lo vincule al referido ilícito o que éste conocía y era parte de la organización criminal (...)”.

En el hipotético caso que CORREA HUMAN hubiese conocido de las labores de la organización criminal, la cual era el traslado de la droga, no se le hubiese absuelto –o quizá sí, pero ya no por conducta neutral, sino por insuficiencia probatoria—. La resolución en comento, a todas luces adopta en el análisis del caso la teoría subjetiva ¿Acaso la teoría objetiva no puede con la realidad criminógena?

Para efectos didácticos y orden, se procede a codificar y graficar:

Grafico N° 11



Fuente: elaboración propia

Comentario:

De las 12 resoluciones recabadas y analizadas, 4 resoluciones adoptan la teoría subjetiva, es decir, aquella que acoge los conocimientos especiales para determinar el riesgo permitido en la imputación objetiva. Por otro lado, 3 resoluciones comparten la teoría objetiva, es decir, la teoría que proscribe los conocimientos especiales. Asimismo, tenemos 2 resoluciones “hermafrodita” o indecisas, es decir, son resoluciones que consideran en una de sus premisas a la teoría objetiva, empero, cuando resuelven el caso en concreto, usufructúan de las bondades de los conocimientos especiales. Finalmente, 3 resoluciones –otros— que en su *ratio decidendi* evalúan la imputación objetiva renunciando a los conocimientos especiales, no obstante, ese razonamiento resulta irrelevante porque los hechos fácticos ni siquiera superan la casualidad natural.

CAPITULO IV: DISCUSIÓN

En este capítulo de la presente investigación corresponde poner a debate, las anteriores investigaciones o estado de cosas (antecedentes), las teorías (marco teórico), y los resultados (entrevistados y argumentos de las resoluciones), a su vez, este último de igual modo puede poner a debate entre los mismos entrevistados en caso de tener posturas divergentes. Por otro lado, la crítica con razones del autor no es menos importante.

Para efectos de orden y coherencia, primero se discutirá el objetivo principal, luego el objetivo específico uno y, finalmente, el objetivo específico dos.

4.1. Discusión respecto al objetivo general

En la presente investigación, se formuló el problema general: ¿Qué viabilidad tiene la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos? A efectos de dar respuesta a la pregunta general antedicha, se fijó el siguiente objetivo general: Analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos. En ese sentido, una respuesta prematura (hipótesis general) fue que, la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos resulta inviable, sobre todo en la etapa de investigación preparatoria, toda vez que, la imputación penal del Ministerio Público recién está en construcción, es frágil, es una mera hipótesis en comprobación y no una teoría sólida.

Así se tiene que, de los 15 entrevistados, 13 señalaron que, en efecto, en procesos complejos, plantearse la excepción de improcedencia de acción dentro de la investigación preparatoria bajo el argumento de presuntas conductas neutrales, resulta inoportuno, de modo tal que, lo razonable es que se concluya con las investigaciones. Solo dos dijeron lo contrario. Esta investigación no es cuantitativa, ergo, las conclusiones deberán extraerse de la contradicción y debate de argumentos, mas no del simple conteo o prevalencia numérica.

Ahora bien, el medio técnico de defensa como la excepción de improcedencia de acción se puede plantear una vez que el Ministerio Público ha decidido formalizar con la investigación preparatoria, incluso en la etapa intermedia, en tanto y en cuanto no se haya planteado anteriormente por los mismos argumentos.

Qué duda cabe, investigar y procesar los delitos comunes a través de procesos simples, tiene una abismal diferencia con las investigaciones y procesos de aquellos delitos como lavado de activos, delitos de corrupción de funcionarios, delitos contra la administración pública, delitos de cuello blanco, criminalidad organizada y otros. Nuestra norma procesal penal (CPP) aun no es idóneo para investigar, procesar y sancionar a la gran criminalidad que azota nuestra sociedad. Es en merito a ello que urge adoptar decisiones razonables en el tema que nos convoca.

Si se formula una pregunta como la que sigue ¿Es inoportuno plantearse la excepción de improcedencia de acción en la etapa de investigación preparatoria? Sin titubeos, la respuesta es que no, porque el CPP así lo establece —desde que se formaliza—. Empero, si nos encontramos en investigaciones y/o procesos complejos, la cuestión cambia. Caro (2022) señala que, es oportuno, tomando en cuenta el aspecto procesal, toda vez que, la etapa está habilitada para la interposición de una excepción de improcedencia de acción como mecanismo de defensa; sin embargo, en la mayoría en casos complejos, la determinación de si una conducta es o no neutral, muchas veces requiere que los hechos imputados y los elementos que lo acreditan estén bien delimitados, por lo que en la etapa de investigación preparatoria resulta difícil establecer la neutralidad de tales conductas.

Las conductas neutrales son difíciles de determinar, sin importar la teoría —objetiva o subjetiva— que se acoja, la cuestión se dificulta aún más, porque en los procesos complejos no se cuenta con el conocimiento acabado de las circunstancias del posible carácter neutro de su obrar —del sujeto activo del delito— como bien dice Pérez (2022). La determinación de la neutralidad o no de la conducta necesita de la precisión o detalle pormenorizado del hecho objeto de investigación y/o proceso; en esa misma línea, Mauricio (2022) señala que, para poder determinar si una conducta es neutral o

delictiva, se necesita precisión de los hechos y que estén debidamente escoltados con fuentes probatorias.

En la etapa de investigación preparatoria de procesos complejos, la imputación del hecho podría sufrir varios cambios, precisión, incremento de los hechos, inclusión de nuevos agraviados e imputados, u otros; esas mutaciones en mérito al principio de progresividad como lo referencian Távara (2022), Montes (2022) y Toyohama (2022). Los hechos se encuentran en franco de construcción como bien dice Huayta (2022), también en muchos casos sucede que es bastante difícil determinar la imputación concreta en procesos complejos como señala Santa Cruz (2022). En esa misma línea, la Sala Penal Nacional de Apelaciones en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Colegiado A, en el Expediente N.º 0004-2015-48 (Caso Vladimir Cerrón) estableció en el considerando 6 y 7 que, la imputación concreta se hará siempre y cuando sea posible, pues, en la realidad existen casos donde dar detalles es casi imposible, en los llamados “casos duro”. Asimismo, señaló que, en casos de delitos contra la Administración Pública –donde existe clandestinidad— y en delitos de crimen organizado, circunstanciar la imputación es casi imposible, de modo tal que, excepcionalmente se relativiza la imputación, no porque relajación de las exigencias, sino que se reducen a una mínima expresión a fin de no generar impunidad.

Ahora bien, cuando la investigación y/o proceso tiene una imputación no concreta sino relativizada, el planteamiento de la excepción de improcedencia de acción es imposible, de modo tal que, esta es otra de las razones de su inoportunidad, en ese sentido, tendría que esperar hasta la etapa intermedia del proceso penal.

Volviendo al meollo del asunto; Villar (2022) dice que, cuando se trata de procesos complejos, en la mayoría de ellas contra la criminalidad organizada, resulta complicado determinar si una conducta es neutral o de relevancia para el derecho penal. Su inoportunidad para plantear la excepción de improcedencia de acción se debe a la dificultad y nebulosa de estas conductas, mas no por la deficiencia o débil imputación de los hechos.

Por otro lado, Juárez (2022) señala que, plantearse la excepción de improcedencia de acción dentro de la investigación preparatoria alegando presuntas conductas neutrales no resulta inoportuno o, mejor dicho, no existe ley que la limite, en ese sentido, sin problema alguna se puede presentar dentro de la investigación preparatoria, siempre en cuando el hecho sea atípico. De similar parecer, Delgado (2022) considera que no es inoportuno, porque para formalizar la investigación preparatoria se tiene que haber evaluado la tipicidad y antijuricidad de la conducta, es decir, si los hechos tienen relevancia penal que se subsuman en el injusto penal; siendo así, el tema de la complejidad no puede ser razón válida para no plantear una improcedencia de acción dentro de la investigación preparatoria.

Como bien ya se dijo líneas arriba, no es que la norma procesal penal limite o impida el planteamiento de la excepción de improcedencia de acción dentro de la investigación preparatoria; quizá no lo haga porque, como también ya se dijo, el CPP no se ajusta a la realidad criminal, no es idónea para reglar la investigación, procesamiento y juzgamiento de casos ultra complejos que se tienen en la actualidad, sobre todo como los casos que se ventilan en el Equipo Especial Lava Jato, Equipo Especial de los Cuellos Blancos, Equipo Especial contra la Corrupción de Poder, las Fiscalías Supraprovinciales Especializadas contra la Criminalidad Organizada, Corrupción de Funcionarios, y Lavado de Activos, etc.

Montes (2022) argumenta que, una etapa correcta donde debe plantearse una excepción de improcedencia de acción es en la etapa intermedia cuando ya se dio por concluida una investigación preparatoria, ya que, en esa etapa los hechos ya son presentados por el órgano persecutor como un relato acabado, con detalles circunstanciadas (tiempo, lugar y modo), situación que solo se puede alcanzar en la etapa intermedia. En procesos complejos, para determinar la neutralidad o no de la conducta a través de la excepción de improcedencia de acción, es menester concluir con la investigación preparatoria, razonamiento que comparten los distinguidos jueces Salinas (2022) y Chávez (2022).

La determinación de las presuntas conductas neutrales culminada la investigación preparatoria se supedita solo en investigaciones y/o procesos complejos de manera

excepcionalísimo. No de rajatabla y general. En esa misma línea, Mauricio (2022) señala que, es menester precisar que dicha excepción debe ser solo en procesos complejos, justamente por la dificultad de las líneas de investigación que maneja el fiscal. No es lo mismo una investigación por el delito de robo y una investigación a una organización criminal. Asimismo, Villar (2022) dice que, la excepción de improcedencia de acción se puede plantear una vez que se formaliza la investigación, empero, en casos difíciles es justificado posponer el planteamiento de dicho medio técnico de defensa a efectos de no generar impunidad en casos que fructuosamente podrían llegar al juzgamiento.

En el sub sistema penal especializada (Corte Superior de Justicia Penal Especializada), el Tribunal Superior, emitió dos resoluciones con argumentos similares al de los entrevistados. Veamos.

La Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 00025-2017-42, en el considerando noveno, señaló que, la determinación precisa de los hechos ocurre cuando se haya investigado completamente y la investigación haya concluido, en el supuesto que los hechos se encuentren bien definidos, recién se podrá y determinar los criterios de la imputación objetiva. En el presente caso, como la investigación no ha concluido, no se puede determinarlos. También, la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, en el Expediente N.º 00021-2019-16, compartió los precitados argumentos en el fundamento décimo, asimismo, en el fundamento décimo cuarto, señaló que:

En conclusión, para **determinar si el investigado actúa bajo el criterio de prohibición de regreso -que no es otra cosa que haber realizado una conducta neutral que se invoca es necesario que se concluya la investigación**, para luego poder verificar si la suscripción de la Adenda N.º 1 con las diferentes modificaciones lo realizó el investigado a fin de dar cumplimiento a lo previamente establecido en el Acta de Acuerdo de fecha veinte de mayo de dos mil once, **lo cual podría constituir una conducta neutral o si realizó concertaciones con los funcionarios de la Municipalidad de Lima y los**

directivos de la empresa LAMSAC a fin de favorecer ilegalmente a la concesionaria con la suscripción de la Adenda N.º 1. Antes de tener los resultados de la investigación preparatoria no podemos verificarlo, pues solo tenemos presunciones tanto de la Fiscalía que sostiene (presume) que sí existían tales circunstancias objetivas y de la defensa que sostiene (presume) que no existían (...). Lo resaltado es propio.

Es menester hacer énfasis en que, ambas resoluciones –también, la resolución número dos emitido por el Tribunal Superior, recaída en el Expediente N.º 004-2015-40— concuerdan en establecer que resulta válido discutir la existencia de la imputación objetiva –o su descarte por la existencia del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso (conductas neutrales) y/o imputación a la víctima— a través de la excepción de improcedencia de acción, no obstante, para ello se necesita la precisión y determinación de los hechos fácticos.

En síntesis, lo que nos dice el Tribunal Superior a través de las dos resoluciones aludidas que, resulta válido discutir la existencia o no de conductas neutrales en la imputación del fiscal, siempre y cuando exista claridad en la misma, empero, la claridad de los hechos se logrará una vez culminada con la investigación. La parte ambigua de dichas resoluciones es cuando señalan que los hechos deben estar “acreditados”; como bien es de saber, la acreditación de los hechos lo hace el juez de juzgamiento una vez actuado y valorado la prueba.

Una de las preguntas formuladas a los entrevistados fue la favorabilidad o no respecto al argumento central de las resoluciones del Tribunal Superior citadas líneas arriba; 13 entrevistados dijeron estar de acuerdo, más aun, Villar (2022) acotó que, igual o similares criterios deben tomarse por los órganos jurisdiccionales de primera instancia, incluso por las demás Salas Superiores de la Corte Penal Nacional.

Por otro lado, la Casación N.º 1307-2019/Nacional, en el considerando octavo, señaló que:

(...) no es de recibo argumentar que el examen de la imputación del comportamiento –y, obviamente, también de la imputación del resultado– requiera

de la culminación de la investigación preparatoria. La ejecución de un comportamiento riesgoso, el carácter penalmente relevante del mismo y la determinación de si su creación puede imputarse penalmente al que lo ha producido o pudo evitarlo, está en función (juicio de subsunción normativa) a la descripción fáctica que contiene el acto de imputación fiscal. Es obvio que el examen de la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos jurídico-penales, siempre necesarios por mandato legal, del acto de postulación de la Fiscalía; **no está en función al avance de las investigaciones y, menos, a la culminación del procedimiento de investigación preparatoria.** Es cierto que conforme avancen las averiguaciones la acción penal puede modificarse, ampliarse o precisarse con la incorporación de datos nuevos, pero esta situación, contingente y aleatoria, no puede ser determinante para que **el imputado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional y de defensa procesal, pueda formular un medio de defensa o excepción** —esta última, por lo demás, no está condicionada a que el procedimiento de investigación culmine y se dé curso al procedimiento intermedio—. El resaltado es propio.

El razonamiento efectuado por la Corte Suprema bajo la ponencia del juez Cesar San Martin Castro, es divergente a los argumentos efectuados por ambas salas del Tribunal Superior. Las cuatro premisas enunciadas por la casación, son las siguientes: (i) la imputación objetiva está en función a la descripción fáctica de los hechos del Ministerio Público (ii) la excepción de improcedencia de acción depende de la claridad y precisión de los hechos, (iii) la excepción de improcedencia de acción no está en función al avance y conclusión de la investigación preparatoria y, (iv) el principio de progresividad (modificar, ampliar, corregir los hechos) no limita el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva y defensa procesal —plantear la excepción de improcedencia de acción—.

Solo 2 entrevistados dijeron estar en disconformidad con las 2 resoluciones del Tribunal Superior precisados anteriormente. En ese sentido, Delgado (2022) señaló que no está de acuerdo con lo argumentado por el Tribunal Superior en los citados casos, porque los hechos bien definidos —progresivamente— luego de la

formalización, tiene como finalidad formular una debida imputación concreta y la acreditación de la misma con la obtención de elementos de convicción de cargo.

Sin duda, cuando el fiscal formaliza la investigación preparatoria contra los presuntos sujetos activos del delito, tiene la obligación de efectuar la imputación concreta –salvo en los casos “duro”—. Empero, en los casos analizados (resoluciones analizadas), no es que exista falta de imputación concreta, sino que, el hecho concreto imputado es una nebulosa que amerita valoración de prueba para ser determinada.

En el caso del señor Juan Monroe Gálvez, claramente se le imputó el delito de colusión por presuntamente haber favorecido con la emisión de informes a efectos de concretizar el pacto colusorio entre TOLEDO y BARATA (Expediente N.º 0004-2017-13 - Caso Interoceánica Sur). En el caso de Katherine Elizabeth Diaz Berrú se le imputó el delito de asociación ilícita para delinquir y otros delitos por presuntamente haber efectuado diversos trámites en la SUNARP con fines ilícitos (Expediente N.º 215-2015-11 – Caso Clan Orellana). En el caso de Alejandro Toledo Manrique se le imputó el delito de colusión por presuntamente haberse coludido con BARATA (Expediente N.º 0016-2017-69). En el caso de Arsenio Ore Guardia se le imputó el delito de obstaculización a la justicia por presuntamente haber exigido a los falsos aportantes que digan que si habían aportado (Expediente N.º 00299-2017-66 –Casos Keiko Fujimori). En el caso de Elvira López Melgarejo de Costa se le imputó el delito de lavado de activos por presuntamente recibir y transferir a sus cuentas el dinero ilícito (Expediente N.º 00025-2017-42 – Caso Costa Alva). Asimismo, en el caso de Domingo Arzubialde Elorrieta se le imputó el delito de colusión por presuntamente haberse concertado con funcionarios de OAS para la firma de la Adenda 1 (Expediente N.º 00021-2019-16 – Caso Línea Amarilla). En todos esos casos, el problema no es la imputación concreta, sino que se pretenda excluir a los mencionados porque el hecho no sería delito –conductas neutrales—.

No es lo mismo claridad en la imputación –imputación concreta— y claridad en los hechos ocurridos. Los hechos imputados pueden estar detallados y precisos, empero, podría albergar falsedades y coartadas, ello puede darse con mayor probabilidad cuando el fiscal tiene solo hipótesis y no teoría del caso. Los casos

citados en el anterior párrafo tienen claridad en la imputación –imputación concreta-, empero, la claridad en los hechos ocurrido –verdad material como predicaba Michele Taruffo— solo se sabrá con la actividad y valoración probatoria en la etapa procesal correspondiente.

El señor Domingo Arzubialde Elorrieta alegó que su conducta era neutral por cuanto al firmar la Adenda con OAS, solo cumplió lo ordenado por el acuerdo que previamente firmó la alcaldesa Susana María del Carmen Villarán de la Puente; empero, la fiscalía le imputó a detalle la comisión de actos de concertación. Lo mismo ocurrió en el caso de Elvira Lopez Melgarejo de Costa. Es así que el Tribunal Superior dijo en ambos casos que: “Solo tenemos presunciones tanto de la Fiscalía que sostiene (presume) que si existían tales circunstancias objetivas y de la defensa que sostiene (presume) que no existían”. Ante esas posturas divergentes –presunciones de ambas partes—, es imposible saber cuál hecho realmente ocurrió –del Ministerio Público o de la defensa—, de modo tal que, resolver la excepción de improcedencia de acción en ese panorama es irrazonable e inidóneo.

La verdad o falsedad de la imputación concreta y la determinación de la neutralidad de la conducta del Gerente de la Proposición de Inversión Privada, del abogado, del contador, del familiar responsable, del presidente diligente, entre otros; no es un tema que le incumbe a la excepción de la improcedencia de acción en la etapa de investigación preparatoria, ni en la etapa intermedia –salvo casos excepcionales—, sino en la etapa de juicio oral con la actuación y valoración de la prueba.

Es oportuno señalar que, en las dos resoluciones dictadas por el Tribunal Superior, de manera indirecta se dice que el problema sería en la imputación y no en la difícil determinación de las conductas neutrales, puesto que se dice si los hechos no están bien definidos –falta de imputación concreta— no es posible determinarlos, luego, en otro considerando señala que se tiene dos posturas que presumen tanto la fiscalía como la defensa de imputado. Por lo que estamos conforme con lo resuelto, mas no por los fundamentos esgrimidos. Esa poca claridad llevó también a la Corte Suprema decir que, para el planteamiento de la excepción de improcedencia de acción no es

necesario concluir con la investigación preparatoria y no está supedita al principio de progresividad.

Por otro lado, el fiscal Juárez (2022) —al igual que Delgado, pero con otros argumentos— señala que, no me parece adecuado y justo que una persona procesada, tenga que esperar hasta culminada la investigación preparatoria, que en casos complejos de criminalidad organizada duran más de tres años, para recién ejercer un medio de defensa, como la excepción de improcedencia de acción, ello, vulnera a todas luces el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa; cuando bien puedo hacerlo desde el momento que advirtió que la supuesta conducta contraria a derecho adolece de tipicidad objetiva o subjetiva. Para sustentar lo antes expuesto, imaginemos que, cuando se decide formalizar investigación preparatoria, se solicita prisión preventiva contra uno de los investigados, y el juez la concede por un plazo de 36 meses, éste imputado tendría que esperar recluido en un establecimiento penitenciario hasta ese plazo, que más o menos dura la investigación preparatoria, eso si no se pide la ampliación de ésta por un plazo igual o menor.

En ese sentido, con acierto, Mauricio (2022) advierte que, la antítesis podría oponerse ante dicha argumentación —la inoportunidad de la excepción de la improcedencia de acción en la investigación preparatoria—, señalando que se afecta el debido proceso y lo que se pretendería es imponer “la pena del banquillo”; empero, ello no es de recibo, porque lo que no se quiere en la investigación de proceso complejos y organizaciones criminales (que en la mayoría de los casos se investigan a personas de poder económico y político), que se obtenga impunidad.

La Casación N.º 1307-2019/Nacional referencia indirectamente que el principio de progresividad (modificar, ampliar, corregir los hechos) no puede limitar el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva y defensa procesal —plantear la excepción de improcedencia de acción—. De igual manera, vemos que Juárez comparte ese criterio al señalar que se vulnera a todas luces el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

La imposición de la prisión preventiva contra un sujeto, desde ya es perjudicial porque se le priva de la libertad del imputado; el levantamiento de secreto de las comunicaciones, bancario, tributario, y bursátil desde ya es perjudicial para la intimidad y privacidad del imputado. En todos ellos, la privación y/o límite de los derechos fundamentales, encuentra justificación por estar debidamente sustentada, es decir, se efectúa por una causa justa y no por el simple arbitrio del juez. Lo mismo ocurre con el sufrimiento del imputado en el proceso penal –como ya se dijo en el ítem, la pena de banquillo y el debido proceso, citando a Franz Kafka y Francesco Carnelutti—, que por el solo hecho de conocer los cargos penales en su contra, ya le perjudica psicológicamente, no obstante, “la pena de banquillo” estará justificado si se efectúa un proceso penal con las debidas garantías y derechos constitucionales.

Ahora bien, conforme se ha señalado anteriormente, la inviabilidad de la excepción de improcedencia de acción dentro de la investigación preparatoria cuando se alega las presuntas conductas neutrales no es un mero capricho, sino que se trata de un argumento razonable no solamente de fiscales –como lo son la mayoría de los entrevistados—, sino también de jueces –el doctor Ramiro Salinas Siccha y el doctor Jorge Chávez Tamariz—. Por lo señalado, no es correcto decir que se afectaría el derecho al debido proceso.

Respecto al ejemplo citado por Juárez, al imputado que se le dicta la prisión preventiva por el plazo de 36 meses y que tendría que esperar encerrado hasta que se concluya con la investigación preparatoria; se debe decir que, en primer orden, se trata de un ejemplo extremo por conveniencia argumentativa –una quimera—. En la actualidad, ya es aceptable la discusión de la imputación concreta en la audiencia de prisión preventiva, lo mismo sucede con la discusión de la tipicidad –y otros elementos del delito—, ello es importante, de lo contrario, no podría hablarse de la sospecha grave como principal presupuesto para dictarse la prisión preventiva. Ergo, si existe un sujeto acreedor de la prisión preventiva, se debe suponer –*ius tantum*— que tiene probabilidad de condena, es decir, que el hecho imputado no tiene ninguna exclusión de la imputación objetiva –uno de ellos la prohibición de regreso por conductas neutrales—. Por lo señalado, el ejemplo citado por Juárez es un extremo para

sustentar su postura, por consiguiente, tampoco es de recibo hablarse de afectación del derecho de defensa del imputado.

Al enunciarse que no es viable la excepción de improcedencia de acción cuando los hechos fácticos contienen presuntas conductas neutrales —a fin de evitar la impunidad— y se dice que hay que esperar hasta el juicio para resolver el tema con la valoración de la prueba; ese argumento parece ser pro fiscal, de modo tal que, la defensa podría alegar una presunta pena de banquillo para su patrocinado y afectación al debido proceso. Empero, como ya se dijo líneas arriba, la pena de banquillo estará justificada si el proceso penal se hace con motivos justificables.

Por otro lado, consideramos que el legislador algo nos quiso decir con el artículo 7°, numeral 1 del CPP, menciona que: “(...) las excepciones **se plantean** una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias (...) y **se resolverán necesariamente** antes de culminar la Etapa Intermedia”. Lo resaltado es propio. Entre plantear y resolver hay mucha diferencia. El planteamiento —plantear— es una posibilidad de los sujetos procesales, mientras que, la resolución —resolver— es imperativo para el juez.

Si se plantea la excepción de improcedencia de acción dentro de la etapa de investigación preparatoria alegando presuntas conductas neutrales (en procesos complejos), no significa que va ser rechazada liminarmente —porque esa decisión sería ilegal—, sino que, el juez analizará si debe prosperar, o de ser el caso, esperar que concluya con la investigación preparatoria porque “se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia”.

La norma procesal penal señala que el juez JIP resolverá —imperativo— necesariamente antes de culminar la etapa intermedia, por una sencilla razón, porque del otro bando, el proceso cuenta con el principio de progresividad y de variabilidad de la hipótesis fiscal —*factum*— en la etapa de investigación preparatoria.

El juez Chávez (2022), señala que, los vectores de la imputación objetiva deben analizarse culminada una investigación preparatoria porque existe el riesgo de lograr

impunidad. Es peligroso dejar en impunidad los graves delitos, sobre todo aquellos delitos cometidos por los poderosos y millonarios. No se trata de mandar a la cárcel a los olvidados por el Estado –o descamisados como dice Zaffaroni—, sino a los verdaderos criminales de las masas. Con toda verdad, Croxatto (2019) señala que:

(...) Este es el fracaso final y estructural de la “mano dura”, que en rigor es una mano muy “blanda”, porque la verdadera mano “dura” es la mano punitiva contra los poderosos, que tienen mucho poder (y cooptan al Estado sobornando a sus agencias). **Una mano “dura” contra los débiles, no es “dura” en lo absoluto: Es debilidad** (...). p.30. lo resaltado es propio.

¿En qué consiste la debilidad punitiva de un Estado? En la criminalización de los pobres y no de los poderosos. Un Estado débil es aquel que solo ataca las consecuencias y no a las causas. En ese sentido, Croxatto (2019) continúa diciendo que:

(...) **Un Estado “fuerte” no criminaliza a los pobres: criminaliza a los ricos.** En lugar de centrar sus recursos (pocos) en el crimen del pobre, tosco y visible, **se concentra en el crimen más complejo, financiero, invisible pero causante en muchos aspectos de aquél. Por esto atacar el crimen complejo es atacar las “causa”**, en vez de seguir criminalizando en círculo las consecuencias. (p.31). lo resaltado es propio.

Las “consecuencias” son aquellos delitos rústicos –robo, hurto, micro comercialización de droga, entre otros— cometido por los descamisados. Las “causas” son aquellos delitos cometidos por los poderosos –delitos de corrupción de funcionarios, delitos contra la administración pública, lavado de activos, defraudación tributaria, entre otros—. Como bien dice el autor citado anteriormente, el Estado que pone mano dura en las consecuencias, no es mano dura, sino débil, puesto que, el Estado con mano dura ataca a las causas.

En la actualidad, en el Perú se ataca más a las consecuencias que a las causas; algunos jueces aplican la doctrina dependiendo del beneficiado, primero ven quien es el beneficiado, dependiendo a ello tejen sus argumentos –aplican el “veo, luego

pienso”—. El fiscal Pérez (2022) mencionó que, la Sala Penal Permanente, respecto a la Casación N.º 1307-2019/Nacional y Casación N.º 86-2021/Nacional, no tuvieron en cuenta el criterio que la conducta debe ser valorada en el contexto de cómo ésta se desarrolla, es decir, una vez acabada o delimitada la imputación penal; sin embargo, la misma Sala sí tuvo en cuenta tal criterio en el Recurso de Nulidad 214-2019/Lima, cuando confirma la condena al taxista Teófilo Galván Cantoral como coautor del delito de robo agravado a nueve años de pena privativa de libertad a pesar que alegaba conducta neutral, como alegaron la esposa e hijo del abogado Costa Alva.

Lo que nos presenta el entrevistado, son dos decisiones discordantes de la Corte Suprema a pesar que el tema de controversia versó por un mismo cause. Se hace un trato discriminatorio al taxista. Entre Teófilo Galván Cantoral, y Elvira López melgarejo, Néstor Antonio Costa López y María Elena Montjoy de Noziglia, hay mucha diferencia: el estatus económico. A todas luces, esas decisiones nos muestran la gran verdad expresado Guido Croxatto. Sobre otros extremos de la *ratio decidendi* de la Casación N.º 1307-2019/Nacional (resolución analizada N.º 13), Casación N.º 86-2021/Nacional (resolución analizada N.º 14), y Casación N.º 1092-2021/Nacional (resolución analizada N.º 15), ya se ha analizado y criticado a plenitud en el capítulo de resultados, ítem - análisis de resoluciones.

Habiéndose discutido a plenitud que no corresponde en procesos complejos la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción dentro de la investigación preparatoria cuando se alega las presuntas conductas neutrales; en ese sentido ¿Correspondería en la etapa intermedia? de no ser posible en la etapa intermedia ¿Cómo y dónde?

De los 15 entrevistados, 7 entrevistados consideran que la etapa intermedia del proceso penal es viable para dilucidar la excepción de improcedencia de acción alegando presuntas conductas neutrales; por otro lado, 4 entrevistados señalan que no es viable en la etapa intermedia dilucidar las presuntas conductas neutrales, sino que se sería lo correcto en la etapa de juzgamiento con la valoración probatoria. Finalmente, 4 entrevistados señalan que debería analizarse caso por caso, es decir,

dependerá del caso en concreto si se dilucida en la etapa intermedia o en la etapa de juzgamiento.

La fiscal Caro (2022) argumenta que, parece viable que en casos complejos se dilucide la excepción de improcedencia de acción por presuntas conductas neutrales en la etapa intermedia, porque la imputación fiscal se encuentra mejor delimitado y mejor definido a partir de la culminación de la etapa de investigación preparatoria, lo que habilita que el examen de imputación sea cabal. Consideramos acertado lo argumentado siempre en cuando el problema sea la imputación, si el problema es la presunta conducta neutral en sí mismas, lo mejor sería que se ventile en el juicio oral. De modo similar, la fiscal More (2022) señala que, en este estadio –etapa intermedia–, en el cual, si bien ya ha concluido los actos de investigación, y se tendría una imputación concreta, sin embargo, aún no ha sido sometido a un debate probatorio los elementos de cargo que sustenten la conducta incriminatoria.

El doctor Mauricio (2022) con todo acierto señala que, si bien es cierto, en las anteriores respuestas se dijo que la neutralidad o no de la conducta debe resolverse una vez concluya la investigación, ello no significa que necesariamente deba resolverse en la etapa intermedia. Considero que habría que evaluarse caso por caso, puesto que, algunas presuntas conductas neutrales no necesariamente deben analizarse con la sola verificación de los hechos imputados materia de acusación, sino también con base probatoria. La evaluación en la etapa intermedia o etapa de juzgamiento dependerá de la complejidad del asunto. De modo similar, Villar (2022) dice que, dependerá del caso en concreto, es decir, de la claridad de los hechos objeto de acusación; teniendo en cuenta que, el juez de investigación preparatoria no valora prueba. Aunado a ello, Huayta (2022) acota que, se podrá en la etapa intermedia, siempre y cuando las conductas neutrales sean evidentes.

Los casos o resoluciones analizadas respecto a Juan Monroe Gálvez, Katherine Elizabeth Diaz Berrú, Alejandro Toledo, Arsenio Ore Guardia, Elvira López Melgarejo de Costa, Domingo Arzubialde Elorrieta, y otros; en todas ellas, la imputación concreta es evidente, en ese sentido, el problema va por otro cauce: la difícil determinación de las conductas neutrales. Si el problema es la difícil determinación de las conductas

neutrales, la excepción de improcedencia de acción en la etapa intermedia tampoco es viable, de modo tal que, por descarte, lo único que nos queda es la determinación en el juicio oral. En esa misma línea, el fiscal Pérez (2022) señala que, la etapa procesal intermedia no es la correcta para dilucidar la excepción de improcedencia de acción por conducta neutra, sino en el juzgamiento donde se actúa la prueba. En el caso que exista una imputación relativizada, la excepción de improcedencia de acción podría resolverse o dilucidarse en la etapa intermedia.

4.2. Discusión respecto al objetivo específico uno

En la presente investigación, se formuló el problema específico uno: ¿Cuál es la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en procesos complejos? A efectos de dar respuesta a la pregunta específica antedicha, se fijó el siguiente objetivo específico uno: Determinar la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en procesos complejos. En ese sentido, una respuesta tentativa (hipótesis específica uno) fue que, la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en procesos complejos es en la etapa del juicio oral con la sentencia, habiéndose valorado la prueba con las debidas garantías constitucionales.

Para dar cumplimiento al objetivo propuesto, se ha formulado a los entrevistados dos preguntas. La primera pregunta fue: ¿Usted cree que, en procesos complejos, para determinar la neutralidad o no de la conducta, amerita valoración probatoria en el juicio oral? De los 15 entrevistados, 12 entrevistados consideran que si amerita valoración probatoria en el juicio oral para poder determinar las conductas neutrales. Por otro lado, 1 entrevistado señala que no amerita valoración probatoria para poder determinar las conductas neutrales, toda vez que bien podría hacerse con el solo análisis de los hechos imputados. Finalmente, 2 entrevistados señalaron que debe analizarse caso por caso, es decir, si el hecho es evidente bien podría determinarse en la etapa intermedia con el solo análisis de los hechos, de no ser así, se tendrá que determinar en el juicio oral con la valoración probatoria.

Ahora bien, como ya se señaló anteriormente de manera somera que las presuntas conductas neutrales son difíciles de determinar, de tal manera que, amerita actuación

y valoración probatoria. En ese sentido, Salinas (2022) dice que, solo valorando los medios de prueba se podrá determinar y resolver si realmente una conducta fue neutral. También, Caro (2022) acota que, en muchos casos complejos la determinación de la neutralidad de la conducta sí amerita valoración probatoria porque algunas circunstancias singulares resultan de difícil verificación, la etapa probatoria resulta ser idónea para dicho examen. A su turno, Villar (2022) dice que, la determinación de las conductas neutrales en procesos complejos amerita valoración probatoria, no es correcto o prudente que estas se determinen con la sola valoración de los hechos imputados.

La determinación de la neutralidad de la conducta con la sola verificación de los hechos imputados –en la etapa de investigación preparatoria y la etapa intermedia—, los jueces corren el peligro de emitir resoluciones irrazonables e imprudentes que podrían causar impunidad en aquellas causas penales que bien pudieron ser objeto de prueba en el juicio oral.

En la Casación N.º 1307-2019/Nacional (resolución analizada Nº 13), Casación N.º 86-2021/Nacional (resolución analizada Nº 14), y Casación N.º 1092-2021/Nacional (resolución analizada Nº 15), si bien es cierto, analizaron el principio de confianza y no la prohibición de regreso –que cubre la neutralidad de la conducta—, empero, es menester señalar que los hechos discutidos en esas resoluciones, tuvieron que ser analizadas en el juicio oral –y resueltas en la sentencia— y no en una etapa prematura como la investigación preparatoria. Las precitadas decisiones provocan desconfianza en el sistema de justicia, más aún si vienen del oráculo del Poder Judicial.

Haciendo una crítica constructiva a la Casación N.º 86-2021/Nacional, el profesor Salinas (21 de enero de 2022), a través de sus redes sociales, dijo que:

(...) Así como se presenta el caso en el contenido de la casación, **representa un típico caso en el cual razonablemente puede aplicarse el citado criterio al dictarse sentencia.** Estado del proceso en el cual se dan o no por definidos los hechos objeto de acusación.

La crítica constructiva que se puede hacer es que se haya aplicado en un incidente de improcedencia de acción. **El caso estaba en plena investigación. Los**

hechos no estaban debidamente definidos. Aún no se tenía claro la forma cómo actuaron todos los intervinientes en la comisión del delito. Lo resaltado es propio.

Estamos en tiempos donde el sistema de justicia peruana pasa por su momento más importante e histórico, tiene y tendrá la oportunidad de procesar y juzgar (i) el caso de corrupción más grande de América Latina cometida por la empresa ODEBRECHT, OAS, CAMARGO CORREA, GRAÑA Y MONTERO y otros, conjuntamente con muchos funcionarios corruptos y partidos “políticos” –criminales— que también se beneficiaron de aportes ilícitos de las mencionadas empresas, (ii) las empresas *offshore* constituidas por el tentáculos de MOSSACK FONSECA en el Perú, que ayudó a muchos peruanos a lavar activos ilícitos y defraudar tributariamente, (iii) el caso de los jueces y fiscales corruptos de todas las instancias que vendían sus decisiones a cambio de donaciones, dadas u otras ventajas, me refiero al famoso caso de los “CUELLOS BLANCOS DEL PUERTO”, y entre otros casos muy trascendentes. En ese sentido, los fiscales y sobre todo los jueces de todas las instancias, necesitan emitir decisiones razonables y razonadas.

Mauricio (2022) argumenta que, entre las conductas neutrales y las conductas delictivas existe una pequeña diferencia, de modo tal que, es menester valorar prueba para determinar si dicha conducta en efecto es neutral o por el contrario delictiva. En la Corte Penal de Justicia Especializada, concretamente en los casos vinculados a la empresa Odebrecht se vienen procesando a diversos abogados, contadores y otros funcionarios por haber participado en presuntos actos delictivos (lavado de activos, corrupción de funcionarios, defraudaciones tributarias, etc.), la teoría del caso de sus defensas técnicas, es que se trataría de conductas neutrales en cumplimiento de su rol; empero, determinar si se trata de conductas delictivas o neutrales es una tarea difícil, por ello considero que la única forma de determinarlo es con la valoración probatoria.

De suerte que, algunos jueces de primera y segunda instancia de la Corte Superior de Justicia Penal Especializada han emitido varias resoluciones interesantes respecto al tema que nos convoca. Veamos.

El doctor Juan Carlos Sánchez Balbuena, a cargo del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 215-2015-11 (Caso el Clan Orellana), resolución número 39, en el considerando 15, señaló que:

(...) la defensa de la acusada Orellana Rengifo, al igual que la defensa de la acusada Díaz Berrú sostienen que los actos practicados por sus defendidas constituyen meros actos administrativos, perfectamente lícitos, realizados al interior de un estudio jurídico legal y válidamente constituido, razón por la cual no se le puede imputar objetivamente el delito de asociación ilícita; sin embargo, **dicho argumento necesariamente debe ser determinado luego de una valoración probatoria**, pues lo que se le imputa a ambas acusadas es que los actos realizados en los procedimientos de saneamiento cuestionados —cuarenta y siete títulos en total— fueron ilícitos, lo cual **deberá ser analizado en la etapa correspondiente, y no a través de la presente excepción**. Lo resaltado es propio.

Por un lado, se alega conductas administrativas y actos de saneamiento registral propios de profesionales en cumplimiento de un rol, por otro lado, la fiscalía imputa la ilicitud. Dos posturas en discordia. La citada *ratio decidendi*, da cuenta que la presunta conducta neutral alegada por Díaz Berrú, “necesariamente debe ser determinado luego de una valoración probatoria”.

De igual modo, el doctor Jorge Luis Chávez Tamariz, a cargo del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 0004-2017-15/16 (Caso IIRSA SUR-ALEJANDRO TOLEDO), resolución número 5, en el considerando 12, señala que:

(...) **Mientras que en lo referido al comportamiento estereotipado que se esgrime** se respalda por la Ley N.º 27293 – Ley del Sistema, vigente a la comisión de los hechos y del que se indica que no se ha creado un riesgo típicamente relevante, **a consideración de este Juzgado Nacional debe agotarse la actividad indiciaria (probatoria) para establecer si realmente nos**

encontramos en una conducta neutral o existe extralimitación del rol asignado por Ley. Lo resaltado es propio.

El dicho caso, la fiscalía imputó a Sota Nadal, que la emisión del precitado decreto habría tenido como finalidad coadyuvar al pacto colusorio entre TOLEDO y BARATA, en su defensa, señaló que lo hizo en obediencia a la Ley N.º 27293 (mayor detalle y análisis en el capítulo de resultados, ítem – análisis de resoluciones). La tesis del persecutor y la antítesis del imputado merecen actividad probatoria –señala el juez-. En ese mismo caso, pero en el incidente 13, resolución número 10, en el considerando 11 señala que:

(...) al parecer de este Juzgado Nacional, **no es posible excluir del presente proceso penal por atipicidad, pues justamente corresponde que en el marco del presente proceso penal deba actuarse actividad probatoria** que permita establecer, si los cuatro informes emitidos por el procesado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, estuvo situado en una marcada parcialidad o como bien lo diría el representante del Ministerio Público a través de ella se materializó el pacto colusorio (...). Lo resaltado es propio.

La *ratio decidendi* de dicha resolución, de igual manera, se dice que la presunta conducta neutral para ser determinada, es menester de actividad probatoria. Por último, el mismo juez, pero con nuevo juzgado – el Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 36-2017-74 (Caso SUSANA VILLARAN-NO REVOCATORIA), resolución número 17, en el considerando 11, señaló que:

(...) **debe dejar en claro que el análisis de las conductas estereotipadas como vector de la imputación objetiva** y del principio de confianza, **significa analizar elementos de convicción lo que no es posible a través de la excepción de improcedencia de acción** (...). Lo resaltado es propio.

Asimismo, bajo la ponencia del doctor Ramiro Salinas Siccha, la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Colegiado A, en el Expediente N.º 004-2015-40, resolución dos, en el considerando 7.11, señaló

que: “Este complejo análisis no puede realizarse sin la mínima aportación de hechos y discusión de elementos probatorios, prohibidos por la propia naturaleza de la excepción de improcedencia de acción”. El razonamiento del *a quo* y del *ad quem* es un poco ambiguo, al mencionar el término “elementos de convicción”; no entendemos si ello debe hacerse en la etapa intermedia o etapa de juzgamiento. Aunque para la mayoría de la tribuna jurídica, en la etapa intermedia no se valora elementos de convicción –solo se admiten o se deniegan—. Por otro lado, en la etapa de juzgamiento ya no se llaman elementos de convicción.

La etapa intermedia y la etapa de juzgamiento del CPP son totalmente diferentes, no solamente porque son dirigidas por jueces distintos, sino porque tienen objetivos diferentes. Entre ambas etapas, la única similitud probablemente sea la valoración probatoria, es decir, tanto los jueces JIP como los jueces de juzgamiento valoran la prueba –en el sentido lato—, solo que trabajan con insumos diferentes –el insumo del JIP son los elementos de convicción y el insumo del juez de juzgamiento es la prueba propiamente dicha— como dice Celis Mendoza Ayma.

Regresando al tema central, también, bajo la ponencia de la doctora Magallanes Rodríguez, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 000004-2017-13, resolución 10, en el considerando 6.1.5. señaló que:

(...) este Tribunal de Alzada comparte la conclusión del *a quo* en desestimar la excepción planteada; puesto que, atendiendo específicamente a los hechos imputados antes descritos, **no resulta posible determinar de manera concreta y en grado cognitivo de convencimiento [pleno] –por el estado actual del proceso, el que se encuentra en 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.** Lo resaltado es propio.

Finalmente, en el considerando 6.1.10 señala que:

(...) la efectiva determinación de que el accionar del investigado constituye solamente una conducta neutral y no un aporte para la realización del hecho punible, **requiere la actuación de medios de prueba y, específicamente, de los citados informes, lo que corresponde ser analizados únicamente** –de ser el caso- **en la respectiva etapa de juzgamiento, mas no en el trámite de una excepción de improcedencia de acción** (...). Lo resaltado es propio.

La citada resolución es en mérito al recurso de apelación planteado por José Antonio Caro John, abogado de Juan Monroe Gálvez. De igual modo, el Tribunal Superior señala que, en el caso concreto, debe haber actuación de medios de prueba y señala taxativamente que se debe hacer en la etapa de juzgamiento y no a través de la excepción de improcedencia de acción. Reiteramos, en el caso del señor Monroe Gálvez existe una tesis acusadora y la antítesis de la defensa, ambas en suposiciones; resolver la incidencia en ese estado de la cuestión afirmando la neutralidad de la conducta del citado abogado, debería preocuparnos.

También, bajo la ponencia del doctor Romulo Carcahusto Calla, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, en el Expediente N.º 0016-2017-69 (Caso IIRSA SUR – ALEJANDRO TOLEDO), resolución 10, en el considerando 3.2.4, señaló que: “Con relación a la posible realización de actos de gobierno por parte del imputado, tenemos que considerar que el análisis de la misma amerita un examen de fondo que en este momento no corresponde realizar (...)”. En ese caso, la defensa técnica de Alejandro Toledo replicaba que los actos de su patrocinado fueron actos de gobierno –neutrales en cumplimiento del rol—, mas no colusorios. Es por ello que, el Tribunal Superior dice que corresponde un análisis de fondo, es decir, con actividad y valoración probatoria, ergo, no fue de recibo la excepción de improcedencia de acción.

Del mismo modo, bajo la ponencia del doctor Quispe Aucca, la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado, en el Expediente N.º 00299-2017-66 (Caso CÓCTELES-KEIKO FUJIMORI), resolución 12, en el considerando 3.4.5 (párrafo segundo) señaló que:

(...) la verificación de la calidad de abogado que ejercieron los abogados que mantuvieron algún tipo de relación con los testigos, **y si estos (abogado) se**

limitaron a actuar dentro del rol de abogado o lo desbordaron, constituyen variables importantes para la resolución del caso, sobre los cuales este Colegiado no puede formarse convicción sin realizar análisis probatorio, para el caso materia de resolución esta proscrito. Lo resaltado es propio.

La excepción de improcedencia de acción planteada por Arsenio Ore Guardia alegando el cumplimiento de su rol de abogado –conducta neutral— porque su contacto con los falsos aportantes habría sido solo de asesoría y no de inducción o amenaza para declarar contraria a la verdad. En ese caso tampoco existe débil imputación –porque la misma Corte Suprema así lo dijo en ese mismo incidente—, sino que el hecho en sí misma es una nebulosa, por lo que su determinación amerita valoración probatoria.

Finalmente, bajo la ponencia del doctor Angulo Morales, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Expediente N.º 00003-2017-25 (Caso OLLANTA HUMALA), resolución 7, en el considerando décimo primero, señaló que:

(...) es necesario reiterar que en un incidente de excepción de improcedencia de acción no son admitidas las cuestiones probatorias, por lo tanto, **la legalidad o no del informe emitido por los investigados Danós Ordoñez y Reyna Palacios, así como la imparcialidad de su actuar, están sujetos a la respectiva actividad probatoria que las verifique o descarte.** Estas alegaciones, por tanto, no tienen la aptitud para determinar si los hechos contenidos en la imputación fiscal pertinente constituyen o no delito, que es objeto de un incidente de excepción de improcedencia de acción (...). Lo resaltado es propio.

En el presente caso, se le imputa actos de colusión a dos abogados que emitieron informes que habrían favorecido a la empresa Odebrecht, sus defensas señalaron que se trata de actos en su cumplimiento del rol de abogado –conducta neutral—; no obstante, el Tribunal Superior señala que debe haber actividad probatoria.

La determinación de las presuntas conductas neutrales amerita actividad y valoración probatoria en el juicio oral; ese argumento no solamente se desprende de las

resoluciones citadas *ut supra*, sino también de la mayoría de los entrevistados, incluso de los férreos opositores –entrevistados— hasta ahora. En esa línea, Delgado (2022) dice que, si amerita, porque se debe probar que el acusado en su actuación de un rol de conducta o función, actuó dolosamente para favorecer la comisión de un delito. Empero, en respuesta a otra pregunta –¿Cuál cree usted que sería la etapa del proceso penal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales?— señala que, sería correcto en la etapa de formalización de la investigación preparatoria y la etapa intermedia. Del mismo modo, Juárez (2022) acota que, por lo general en la etapa intermedia, sin perjuicio que también se pueda realizar en la etapa de investigación preparatoria siempre y cuando esté bien definido el nivel de imputación en ese estadio.

En las preguntas anteriores de la entrevista, Delgado decía con fervor que las presuntas conductas neutrales pueden determinarse a través de la excepción de improcedencia de acción, incluso dentro de la investigación preparatoria, empero, ahora dice que su determinación amerita valoración probatoria –juicio oral—. Del mismo modo, Juárez, ahora nos dice que “por lo general en la etapa intermedia”, cuando en las primeras preguntas nos respondió que esperar que concluya la investigación para plantear la excepción de improcedencia de acción es vulnerar el debido proceso y afectar el derecho de defensa.

Habiéndose formulado la siguiente interrogante a los entrevistados: ¿Cuál cree usted que sería la etapa del proceso penal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales? De los 15 entrevistados, 8 entrevistados consideran que la etapa procesal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales en procesos complejos es en la etapa de juicio oral con la actuación y valoración probatoria. Por otro lado, 5 entrevistados señalan, hay que analizarse caso por caso para determinar la etapa procesal correcta para determinar las presuntas conductas neutrales, es decir, podría ser en la etapa intermedia o en el juicio oral. Finalmente, 2 entrevistados –Juárez y Delgado— señalan que la etapa correcta para determinar las presuntas conductas neutrales es en la etapa de investigación preparatoria o de ser el caso en la etapa intermedia, caso por caso.

El fiscal Montes (2022) señala que, la etapa correcta es la etapa intermedia y el juicio oral en casos procesos complejos o bajo el marco de criminalidad organizada. De modo similar, Caro (2022) dice que, depende de los elementos facticos y normativos de cada caso en concreto; para algunos casos complejos posiblemente sea la etapa intermedia con la excepción de improcedencia de acción; y para otros casos complejos posiblemente sea la etapa de juicio oral con la valoración probatoria llevada a cabo.

La doctora Caro nos dice que dependería de los elementos facticos y normativos, pero el problema no es en la imputación concreta, tampoco en la ambigüedad de los elementos normativos del delito imputado, sino en el choque de teorías del Ministerio Público y del abogado defensor, ambos en suposiciones; en ese sentido, el árbitro para elegir cual teoría impera o prevalece, es el juez de juzgamiento habiendo valorado la prueba. En ese panorama, cobra vital importancia lo señalado por Salinas (2022) quien dice que, en el juicio oral, y más específicamente, en el alegato final. Es decir, cuando ya se ha producido la prueba y, por tanto, ya se puede hacer la valoración probatoria. Argumento que, también comparte el doctor Domingo Pérez.

Ahora bien, para la determinación de la conducta neutral en la etapa de juzgamiento ¿A través de la excepción de improcedencia de acción? No, llegado la causa penal a la etapa de juzgamiento, el juez penal debe arbitrar la producción de la prueba y luego valorarla, en caso de declarar probar el *factum* que presenta la fiscalía, como segundo paso tendrá que analizar si ese hecho probado constituye delito –tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad—, de lo contrario –por concurrir una causa exclusión de la imputación objetiva (prohibición de regreso por conducta neutral)— deberá dictar sentencia absolutoria porque el HECHO PROBADO no es delito –mayor profundidad de análisis en el capítulo de marco teórico, ítem ¿Excepción de improcedencia de acción en la etapa de juzgamiento?—. Con similar parecer, Villar (2022) dice que, considero que es en la etapa de juzgamiento con la actuación y valoración probatoria. En caso de determinarse la neutralidad de la conducta, el juez penal absolverá porque el hecho probado no es delito conforme el artículo 398°, numeral 1 del CPP.

4.3. Discusión respecto al objetivo específico dos

En la presente investigación, se formuló el problema específico dos: ¿Qué importancia tienen los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos? A efectos de dar respuesta a la pregunta específica antedicha, se fijó el siguiente objetivo específico dos: Evaluar la importancia de los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos. En ese sentido, una respuesta tentativa (hipótesis específica dos) fue que, los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos, son importantes, porque determinan la tipicidad objetiva o no de la conducta; es decir, el riesgo no permitido no se valora solamente lo objetivo, sino también, los conocimientos especiales que pudo haber tenido el interviniente en el hecho delictivo. En las supuestas conductas neutrales, los conocimientos especiales son el pigmento que vuelve la conducta neutral en una conducta riesgosa no permitida.

En ese sentido, a efectos de cumplir con el objetivo, se hizo dos preguntas a los señores entrevistados, la primera pregunta fue: ¿Cree usted que son importantes los “conocimientos especiales” para determinar si la conducta es neutral o no, más aún cuando se trate de procesos complejos? De los 15 entrevistados, 13 entrevistados señalaron que, SI es importante los conocimientos especiales para determinar la neutralidad de la conducta, empero, 2 señalaron que NO. Veamos algunos argumentos.

El doctor Salinas (2022) señala que, los conocimientos especiales son trascendentes. Como juez los tomó en cuenta para determinar si una conducta es neutral. Del mismo modo, Acosta (2022) acota que, ante la existencia de conocimientos especiales, no estaríamos frente a las llamadas conductas neutrales, inocuas o estereotipadas, adecuadas o riesgos permitidos. A su turno, Caro (2022) dice que, los conocimientos especiales son importantes para determinar si la conducta es neutral o no, porque verificándolos, contribuye a establecer de manera más adecuada la responsabilidad penal. Del mismo modo, Villar (2022), señala que, los conocimientos especiales postulados por ROXIN, KAI AMBOS, LUIS GRECO y otro, son totalmente importantes

para determinar si una conducta sobrepasa el riesgo permitido. La importancia se incrementa más aun cuando se trata de delitos y procesos complejos.

Verbigracia 1: X transfiere dinero a Y –su esposa— en un solo día, en dos partes, la suma de 500,000.00 soles cada transferencia. Días después, Y invierte dicho dinero en dos bancos. X es abogado que litiga en procesos laborales y otros procesos, sin embargo, se dedicaría a corromper funcionarios a cambio de ganar los procesos en las que participa.

Verbigracia 2: A tiene 5 empresas, las mismas que los usa para trasferir dinero ilícito a empresas offshore de otros países; para constituir las 5 empresas, A suplicó a su amigo Y para que aparezca como socio fundador. Con dichas empresas se logra transferir 5 millones de soles a la empresa Pollitos LTD de Panamá para financiar campañas políticas.

Verbigracia 3: A es el cabecilla de la organización criminal “Los Bambinos”, quienes se dedican a sacar droga del puerto de Callao a Italia. B, C, D y E se dedican directamente al transporte de la droga. El día que los agentes de inteligencia intervinieron en local donde acondicionaban la droga por Lima Norte; capturaron a los siguientes: A, B, C, D y E empaquetando la droga. Y fue el personal de seguridad de local; asimismo fue quien alquiló el local donde se encontró la droga y el departamento donde se hospedaban A, B, C, D y E.

Para mejor precisión de la respuesta en la pregunta uno, se citó 3 ejemplo señaladas líneas arriba. Es en esa línea, Montes (2022) argumenta que, en efecto, en casos complejos dilucidar los conocimiento especiales para establecer si estamos frente a una conducta neutral es relevante, porque ello va a determinar si la conducta es delito o no; en ese sentido, en el primer caso si la esposa tenía conocimiento que el dinero que le depositaron proviene de un hecho delictivo será participe del evento criminal; en el segundo caso, si el amigo tiene conocimiento que las empresas constituidas recibirán fondos maculados, obviamente debe responder penalmente por la conducta lavado de activos; asimismo, en el tercer caso, si “Y” tiene conocimiento que dentro del local que custodiaba, acondicionaban la droga para traficar con ella, y del mismo modo contrata el hospedaje con el conocimiento que en este se hospedarán personas

que realizan actos de tráfico ilícito de drogas, debe responder mínimo a título de cómplice primario.

Lo señalado por Montes es importante, pues, da importancia a los conocimientos especiales a efectos de resolver razonablemente los citados ejemplos. Los objetivistas que ignoran los conocimientos especiales, simplemente tendrían que dejar en impunidad al personal de seguridad que vigila el acondicionamiento de la droga (verbigracia tres), al testaferro que presta su nombre para la constitución de empresas fachada para ser instrumentalizadas con fines delictivos (verbigracia dos) y, la esposa que recibió dinero ilícito y días después la “pitufea” para evitar su identificación (verbigracia uno).

Las conductas de “Y” en los ejemplos citados, para la teoría objetiva no lograría superar el riesgo permitido, pues se tratarían de conductas neutrales irrelevantes para el derecho penal, de modo tal que, ya no correspondería analizar el tipo subjetivo; ergo, archivar el caso. En ese sentido, se entiende porque gran parte de los entrevistados llaman la teoría de la impunidad al postulado de GUNTHER JAKOBS.

La segunda y última pregunta para el objetivo dos, es la que sigue: ¿Qué postura –de Roxin o Jakobs— cree que es la más razonable tener en cuenta en nuestra política criminal peruana? De 15 los entrevistados, 13 entrevistados señalaron que la postura de CLAUS ROXIN es la adecuada para nuestra política criminal peruana a efectos de luchar contra la criminalidad organizada, corrupción de funcionarios y otros delitos de cuellos blancos. Por otro lado, 1 entrevistado prefiere la postura de GUNTHER JAKOBS. Finalmente, 1 entrevistado dijo que “depende del criterio de los jueces”. Veamos algunos argumentos.

La doctora Villar (2022) dice que, considero más razonable la postura de CLAUS ROXIN a efectos de no dejar en impunidad los delitos graves como el delito de lavado de activos –concretamente cuando intervienen abogados, contadores, banqueros, etc.—, corrupción de funcionarios y otros delitos cometidos por los poderosos. Necesitamos tener nuestra ley procesal penal y una dogmática penal coherente con el auge de la criminalidad organizada y nuevas modalidades delictivas. Por su parte,

Mauricio (2022) dice que, a fin de afrontar la lucha contra la criminalidad organizada y otros delitos de los poderosos y personas de alto poder económicos, en efecto, la teoría que debe imponerse es la de CLAUS ROXIN porque es simple y al mismo tiempo razonable. La postura de GUNTHER JAKOBS podría dejar espacios de impunidad, cuando en realidad lo que se quiere es tener una política criminal estricta contra los autores –en sentido amplio— que cometan los precitados delitos. La postura de JAKOBS tiene una estricta formalidad objetiva, y de ese modo impide valorar como corresponde a las conductas que se realizan con fines delictivos.

Lo señalado por ambos fiscales –entrevistados— es razonable a fin de afrontar el auge de la criminalidad. De no ser así, el derecho penal podría dejar en impunidad ciertas conductas que si ameritan reproche y sanción. El juez Salinas (2022) menciona que está totalmente convencido que la postura de Roxin es la más adecuada, porque la otra postura dogmática genera impunidad. Respecto a esta última proposición, también se adhiere Huayta (2022), More (2022), San Cruz (2022), y Toyohama (2022).

Por otro lado, el doctor Chávez (2022) dice que se inclina por la postura de GUNTHER JAKOBS, sin embargo, en la resolución número 10 de fecha 15 de marzo de 2021 – que él dictó—, recaída en el Expediente N° 0004-2017-13, considerando 10, esgrimió argumentos subjetivistas, es decir, que la determinación de la neutralidad de la conducta, no solamente depende del tipo objetivo, sino también del tipo subjetivo –no se puede disociar—. Esa ambivalencia también se aprecia en las resoluciones de la Corte Suprema del Perú.

Las resoluciones “hermafrodita” de la Corte Suprema, es decir, un solo cuerpo – resolución- con órganos diferentes –dos posturas diferentes en las premisas de la resolución: la teoría objetiva en la premisa doctrinaria y jurídica, y la teoría subjetiva en el análisis del caso en concreto—. Veamos.

El Recurso de Nulidad N.º 2242-2011/Huancayo, en sus fundamentos enuncia la postura propia de la teoría objetiva, empero, en su razonamiento del caso en concreto, considerando séptimo dice que: “(...) pues **no se advierte que haya conocido las**

tratativas de su coacusada en el uso del insumo químico fiscalizado, ni que la acción que realizó (...) haya sido ajena a la actividad ordinaria y común (...). Lo resaltado es propio. Por otro lado, el Recurso de Nulidad N.º 2208-2012/Lima, en el considerando 3.5 respecto a la conducta neutral, cita a Caro John, es decir, al jurista que comparte y defiende férreamente la doctrina de JAKOBS, empero, en su razonamiento del caso en concreto, considerando 6.4, señala que:

(...) se advierte que el encausado Correa Huamán era trabajador de la embarcación pesquera “Santa Fe” en ese contexto apoyaba (...) en actividades propias de la embarcación (...) abona a ello que en autos no se aprecia sindicación alguna que lo vincule al referido ilícito o **que éste conocía y era parte de la organización criminal** (...). Lo resaltado es propio.

Ambas resoluciones de la Corte Suprema demuestran contradicción, por un lado, cobijan la postura objetivista de JAKOBS, y en el ítem más importante sobre el análisis del caso en concreto, se utiliza la teoría subjetiva, es decir, la teoría que utiliza los conocimientos especiales para decidir la existencia del riesgo prohibido.

Por otro lado, tenemos al Recurso de Nulidad N.º 4166-99/Lima, uno de los primeros pronunciamientos importantes en el Perú respecto a las conductas neutrales, llamado también el caso del taxista. En esta resolución se adopta la postura jakobiana, de modo tal que, se le absuelve al taxista que conocía que sus pasajeros estaban en plena ejecución del delito de robo —la responsabilidad no podía regresar por él—. Asimismo, el Recurso de Nulidad N.º 4451-2008/Puno, citando a Caro John señala que lo importante es el cumplimiento del rol, de modo tal que, no interesan los conocimientos especiales, siendo que únicamente podría dar lugar a omisión de denuncia, socorro, etc. Finalmente, el Recurso de Nulidad N.º 3078-2011/Puno, el caso de una señora que se encargaba de alimentar a las personas que se dedicaban a pisar hojas de coca con insumos químicos en una poza de maceración artesanal. En ese caso, se dijo que el hecho ni siquiera constituía complicidad para el delito de TID puesto que estaba revestida de neutralidad, de modo que no interesan los conocimientos especiales. Estamos de acuerdo con la absolución, mas no por los argumentos; puesto que, en ese caso —como también en el Recurso de Nulidad N.º 1973-2016/Lima y el Recurso de Nulidad N.º 2756-2010/Lambayeque— ni siquiera hay casualidad natural, por lo

que no debió analizarse el riesgo -mayor explicación en el ítem - 1.2.3.8. Entrega de objetos o instrumentos (para el delito) y, actos favorecedores (a los autores)—.

Las resoluciones que razonan teniendo en cuenta los conocimientos especiales en el caso en concreto, son las siguientes: Recurso de Nulidad N.º 1603-2015/Lima, en el considerando 4.2.3 señaló que:

(...) Con lo que se desprende que **los encausados (...) desconocían que los caballos que transportaban era robados**, más aún el comportamiento de estos encausados (...) **queda en el ámbito de una conducta neutral**, esto es dentro del ámbito de lo permitido, pues fueron contratados (...) a fin de que transporten la mercadería hacia la ciudad de Lima, **desconociendo el actuar ilícito de sus coencausados**. Lo resaltados es propio.

La precitada resolución absolvió a dos choferes que desconocían la ilicitud de la carga —ganados equinos robados—, en merito a ello, se afirma la neutralidad de la conducta o cumplimiento del rol de chofer contratado para el transporte. Sin duda, el elemento importante fue el conocimiento, con presencia de ella, de ninguna manera se trataría de una conducta neutral sino ilícita de inclinación palmaria al hecho delictivo.

Por su parte, el Recurso de Nulidad N.º 214-2019/Lima, en el considerando 4.9 señaló que:

En el contexto que se desarrolló su conducta (...) evidencia que el acusado (...) no se limitó a desempeñar el rol de taxista, sino que rebasó el riesgo permitido al actuar deliberadamente en un contexto criminal **con plena conciencia del accionar delictuoso de los demás participantes**, por lo que es responsable penalmente del ilícito que se le imputa. Lo resaltado es propio.

Del mismo modo, esta resolución acoge la teoría subjetiva a efectos de resolver razonablemente el caso en concreto —el taxista conocedor—. Es fundamental analizar el contexto delictivo, a partir de allí, se puede firmar el conocimiento. También existen dos resoluciones muy interesantes de la Corte Suprema, donde remarca la importancia del contexto delictivo: El Recurso de Nulidad N.º 425-2019/Lima, considerando 42, señala que:

(...) los comportamientos neutros, cotidianos o socialmente adecuados no pueden valorarse aisladamente y constituir tesis de absolución per se. Los roles permitidos deben ser objeto de ponderación acorde con el contexto en el que se desenvuelve la conducta, dado que si su función se realizó en un marco histórico que permitió al sujeto determinar que su conducta puede quebrantar las expectativas sociales y, consiguientemente, la norma; este puede ser acusado y probablemente sentenciado como interviniente en el evento delictivo. El resaltado es propio.

La Corte Suprema en dicho caso concluyó que no se trata de una conducta neutral de taxista, sino de una conducta ilícita que sobrepasó el riesgo permitido. Ese cambio del riesgo permitido (taxista) a riesgo no permitido, sin duda, fue el conocimiento de que iba llevar un “frio” y no otro equipaje propio de un taxista normal.

Un mototaxista estuvo esperando mientras su coimputado sustraía un celular y ante la resistencia, disparó a la víctima y huyeron en la moto. El chofer de la moto fue condenado, en segunda instancia fue resuelto a través del Recurso de Nulidad N.º 1569-2019/Lima Nort –con la misma postura doctrinaria del recurso de nulidad citado anteriormente—, considerando 20, dijo que: Todo “Ello revela un contexto delictivo ineludible y, sin atisbo de duda, subyace la consciencia plena de sus actos respecto al evento criminal”.

El mototaxista alegó neutralidad de su conducta en cumplimiento del rol, empero, la Corte Suprema dijo que, por haberse cometido en un contexto marcadamente delictivo, no hay atisbo de duda que se trata de una conducta que sobrepasa el riesgo permitido, ergo, delictivo.

En las dos resoluciones citadas últimamente, si bien es cierto, no señala de manera taxativamente los conocimientos especiales dentro del tipo objetivo, sin embargo, la valoración del contexto marcadamente delictivo es la fuente para conocer, es decir, el contexto delictivo sirve al participante del delito para conocer del hecho delictivo a cometerse o, lo que se viene cometiendo.

Los datos objetivos podrían estar presentes en el contexto delictivo, por ejemplo, que alguien reciba una transferencia de un millón de soles en un solo día por una persona

con sueldos nimios. Es un dato objetivo. A partir de ese dato objetivo se afirma el conocimiento no para el tipo subjetivo, sino para valorar la imputación objetiva. Frisch es uno de los máximos exponentes de la teoría mixta objetiva, es decir, aquella teoría que reconoce los conocimientos especiales pero que estas se afirman por los puntos o datos concretos de referencia.

Por su parte, Roxin (2018) menciona que: "(...) cuando el primer causante dispone de un suficiente y concreto conocimiento especial. Pero entonces la "acción cotidiana" pierde su carácter inofensivo y no es adecuada socialmente (...)" (p. 330). Bajo similares ideas de su maestro, Greco (2017) dice que las acciones neutrales son "aquellas contribuciones al hecho ilícito ajeno que, a primera vista, parezcan completamente normales" (p.138). Dice también que en primer contacto parecen inofensivos, inocentes, irrelevante para el derecho penal, parecen angelicales.

Los roles no deben ser consideradas como estáticas, sino mutantes o variables. Los roles cambian en cualquier momento, dependiendo de los intereses y los fines de los poseedores de los roles. Ambos (2001) señala que no hay acciones cotidianas *per se*, pues, es posible que la acción neutral se torne en delictiva si se le asigna un fin delictivo (pp. 10-11). Una crítica más férrea y razonada a los roles, lo hace el maestro Zaffaroni (2016), él dice que "los roles sociales son siempre dinámicos", por lo que pueden variar dependiendo de las circunstancias concretas objetivas, de tomo tal que, podrían dejar de ser cotidianas y por consiguiente imputables (p.98). El mismo Zaffaroni, en una entrevista dirigida por el profesor Pacheco Mandujano, señaló que, el vendedor de cuchillos tiene el rol de comerciante, y si vende al participante de un lio en la puerta de su tienda, el rol ha cambiado. Del mismo modo, el rol del buen vecino que prende la luz, deja de serlo cuando prende la luz al ver que un sicario lo quiere matar. Lo mismo sucede con el rol del mozo que sirve la fruta envenenada.

Bajo esa misma línea de razonamiento, el rol del vigilante termina cuando se le contrata para custodiar y alertar la presencia de las autoridades en un almacén de acondicionamiento de drogas; del mismo modo, el rol de buena esposa termina cuando recibe de su esposo dinero ilícito y luego la convierte; lo mismo sucede con el

rol del buen amigo, que presta su nombre para la constitución de empresas de paja para ser instrumentalizadas delictivamente.

Es menester traer a colación la teoría de la ponderación postulada por Kai Ambos, quien fue citado por Greco (2017), refiere que, el riesgo permitido general se fundamenta en la ponderación entre la libertad general y la protección del bien jurídico, y que, en algunos casos, se une a la libertad general, el derecho al trabajo. Asimismo, se considerará conducta prohibida solo si, el interés de proteger el bien jurídico resulta superior al ejercicio del derecho a la libertad y el derecho al trabajo (pp. 154-155).

Esta teoría sustenta que, para dar relevancia penal a las presuntas conductas neutrales con conocimiento, deben valorarse con la ponderación entre el interés de proteger bien jurídico versus el derecho del trabajo, libertad u otros. Serán conductas punibles solo si el interés e importancia del bien jurídico protegido es superior a los otros derechos. Aunque, como bien dice Niedermair (1995, citado por Greco, 2017), si se contribuye al hecho delictivo ajeno y se sabe de ello, no hay razones para dejar de sancionarse, pues, ello no significa atentar contra la libertad o un abuso, toda vez que, no existe derecho de participar en el delito (pp. 151-152).

Mucho se ha dicho que el delito de lavado de activos es un delito pluriofensivo, lo mismo sucede con el delito colusión y otros delitos cometidos por funcionarios –contra la administración pública y corrupción de funcionarios—. No solamente se tratan de delitos pluriofesivos, sino que se afectan los bienes jurídicos protegidos más importantes de un Estado social y democrático. Los defraudadores tributarios –de la mano de los banqueros— deciden esconder sus riquezas en los paraísos fiscales a través de empresas *offshore*, afectan y debilitan grandemente la economía nacional. Por ello, con mucha razón, Zaffaroni y Diaz (2019) señalan que:

Los refugios fiscales y su servicio de encubrimiento muestran que toda la vocinglería internacional acerca del combate a la criminalidad organizada carece de seriedad, sin perjuicio de recordar que esa denominación es de origen periodístico y de publicidad política norteamericana de mediados del siglo pasado. De superar esa oscuridad conceptual, **se podría afirmar que el servicio de**

encubrimiento impune de refugios y falsas empresas cierra el circuito de la mayor criminalidad organizada del planeta (p.116). Lo resaltado es propio.

Dicho ello, existe razón suficiente para castigar las conductas neutrales actuadas con conocimientos especiales. Es por ello que, Niedermair (1995, citado por Greco, 2017) dice que, por necesidad de la política criminal debe sancionarse esas conductas neutrales, pues, se practican dentro de la profesión y evidencian lucro (p. 152).

La cuestión no solamente es porque se trata de conductas de los profesionales –abogados, contadores, ingenieros, etc.— y que evidencian lucro –como la mayoría de los delitos a la luz del *homo economicus*—; sino que, causan el mayor perjuicio a la sociedad y al Estado. Los PANAMA PAPERS, PANDORA PAPERS, la OPERACIÓN LAVA JATO en América Latina y, otros casos similares, han sacado a la luz que los altos funcionarios de múltiples bancos coadyuvaban con conocimiento a circular y/o esconder los activos ilícitos; sus conductas de ninguna manera pueden ser consideradas neutrales –aunque así lo defenderían férreamente los objetivistas—. La punición de esas conductas bien lo hace la teoría subjetiva, por eso, resulta razonable. Fischer (2014, citado por Abanto, 2017) señala que, utilizar el criterio objetivo para excluir de la imputación penal por el delito de lavado de activos a los empleos bancarios o entidades financieras, resultaría ineficaz y arbitrario, pues, no se explicaría porque se excluye a los mencionados y no a los testaferros, hombres grises, jefes de la mafia, y otros. (p. 157)

El maestro Zaffaroni (2016) señala que, los estereotipados cometen delitos groseros porque le falta entrenamiento, a su vez, estos delitos son fáciles de descubrir, en ese sentido, son más fáciles de ser seleccionados por las agencias punitivas. Los abogados cometen prevaricato, los médicos cometen abortos, los carteristas hurtos de billeteras; estos últimos no están entrenados para cometer prevaricatos y abortos, del mismo modo, los abogados y médicos no están preparados para cometer hurtos. (p.25)

Una organización criminal, necesariamente para permanecer en el tiempo, necesita de funcionarios y servidores públicos –policías, alcaldes, gerentes municipales,

congresistas, etc.—; asimismo, los activos ilícitos acumulados, necesitan ser lavados. El delito de lavado de activos es un delito de laboratorio, es decir, su comisión difícilmente se podría hacer sin la ayuda consiente de un contador y un abogado. A su vez, para sacar dinero ilícito a los paraísos fiscales, también se necesitan de funcionarios banqueros consientes. En esa misma línea, Paucar (2016) dice que, las organizaciones criminales en tiempos de globalización y transnacionalización no podrán cumplir con sus objetivos si no hacen uso de diversos conocimientos, profesionales y técnicos; en ámbitos bancarios, aduaneros, constitución de empresas, entre otros (p. 98).

Asimismo, Abanto (2017) señala que la postura de la teoría objetiva radical de las acciones neutrales colisionaría con las finalidades que impulsaron el desarrollo del delito de lavado de activos, pues, de lo que se trata es aislar el patrimonio criminal del delincuente, en ese sentido, toda persona que coadyuven con los delincuentes “detraer” el patrimonio criminal, tendría que imputarse el delito de lavado de activos (p. 155).

Las organizaciones criminales necesitan de integrantes con diversas funciones, aptitudes y capacidades, muchos de ellos, con aportes al evento criminal que a “primera vista” podrían parecer inocuos o banales para el derecho penal, sin embargo, esto es errado. Por todo ello, son importantes los conocimientos especiales para determinar si existe el riesgo permitido o prohibido. Dejemos de perseguir con fanatismo a los descamisados o estereotipados, y vayamos por los poderosos, pero vayamos con la teoría subjetiva.

Considerar a los conocimientos especiales en el tipo objetivo para determinar el riesgo —en caso de conductas neutrales—, de ninguna manera significa afectar la sistemática de la teoría del delito, tampoco significa afectar el principio *cogitationis poenam nemo patitur* —como lo dice Greco de manera magistral—, tampoco significa subjetivar lo objetivo. De modo similar, Mendoza (2006) precisa que tener en cuenta los conocimientos especiales en el juicio de la imputación objetiva no significa subjetivar el tipo; la relevancia de los conocimientos especiales no es un tema subjetivo, sino

corresponde a la existencia de un hecho adecuado a los elementos típicos objetivos (pp. 29-30).

La teoría subjetiva ha sido muy bien aplicada por la Corte Suprema en lo Penal de España, en casos de blanqueo de capitales –lavado de activos—. Veamos.

En la resolución número 942/2013 del 11 de diciembre de 2013, en el considerando cuarto, punto 1, señaló que:

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene 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 en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil 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.** Lo resaltado es propio.

En ese caso, se condenó a una persona por construir una casa a unas personas –sus amigos— vinculadas al tráfico ilícito de drogas; el dinero que recibió, en efecto, provino del precitado delito. El pigmento que pintó de ilicitud la conducta del constructor, sin duda, fue el conocimiento especial en el aspecto objetivo. Suprimiendo mentalmente el conocimiento, qué duda cabe, se trata de una conducta neutral a todas luces.

La Corte Suprema de España bien lo dice, que “resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos” y esto es necesaria porque las conductas neutrales son tan similares con las conductas de favorecimiento al delito. Aunado a ello, del párrafo citado, se adopta **la teoría puntos concretos de referencia** de Frisch y Rudolphi a efectos de afirmar el conocimiento, y ello se refleja cuando dice que su condición de amigo de los cónyuges le permitió saber que estaban

vinculados al TID, cuando se hizo el contrato, no fueron los beneficiarios de la construcción quienes firmaron el contrato y, además, sabía que dichas personas no tenían actividades comerciales y económicas conocidas. Por otro lado, también se acoge **la teoría de la existencia de una resolución criminal** de Stratenwerth, cuando dice que se exteriorizó la conducta de los terceros –convertir el dinero producto de TID—, la cual tenía una finalidad delictiva.

La importancia de la resolución fue tal que, en los sucesivos pronunciamientos sobre las conductas neutrales, se acogió la misma postura. La resolución número 91/2014 del 07 de febrero de 2014, que resolvió sobre la conducta de blanqueo de capitales de la hija de personas que se dedicaron al tráfico ilícito de drogas, en el considerando décimo, párrafo 9 y 10 señaló que:

En el caso actual, es claro que la conducta de la recurrente no puede acogerse a esta doctrina del acto neutral. De la sentencia se deduce que su proximidad familiar **le permitía conocer que sus padres estaban procediendo a reconvertir** importantes cantidades de dinero procedentes del narcotráfico en bienes muebles, inmuebles y productos financieros, con la evidente finalidad de ocultar su procedencia. Lo resaltado es propio.

Asimismo, la resolución número 487/2014 del 09 de junio de 2014, el caso de presuntas conductas neutrales del funcionario del banco que sabía que los activos que circulaba por las cuentas bancarias de su coacusado, eran ilícitos; en el considerando decimoctavo, párrafo 4 mencionó que:

Y si a ello le añadimos lo que en su momento pactó con el acusado Cesareo Maximino, de quien **sabía que se trataba de un auténtico testaferro, y el conocimiento de la procedencia delictiva del dinero y de los objetivos de blanqueo que buscaban ambos hermanos, solo cabe concluir que la alegación de la atipicidad de la conducta del recurrente por su supuesta naturaleza neutral está totalmente fuera de lugar, tanto por el contexto en que se realizó, como por el conocimiento que tenía del mismo,** como, en definitiva, por la forma en que la llevó a cabo. Lo resaltado es propio.

De igual manera, la resolución anterior, acoge la teoría puntos concretos de referencia de Frisch y Rudolphi, y la teoría de la existencia de una resolución criminal de Stratenwerth. Si suprimimos el conocimiento del funcionario del banco respecto a la procedencia ilícita del dinero en manos del testaferro, lo único que queda, es la conducta neutral, ergo, impunidad. Debe tenerse en cuenta que se trata de conocimiento especial del tipo objetivo, mas no el conocimiento propiamente dicha del tipo subjetivo –mayor argumentación en el capítulo de marco teórico, ítem 1.2.4.1. ¿Conocimientos especiales o dolo?—.

Finalmente, el caso de un contador que con sus labores ayudó a la comisión el delito de defraudación fiscal, se resolvió a través de la resolución número 290/2018 del 14 de junio de 2018, considerando cuadragésimo segundo, punto tres y cuatro, señaló que:

(...) la forma en que desempeñó el recurrente su profesión de gestor, y dentro de ella su labor de llevar de la contabilidad de una empresa inmobiliaria y la elaboración o preparación de la documentación para las declaraciones del Impuesto de Sociedades, **no presentaba las connotaciones de un ejercicio de una acción neutral, sino que todos los factores que la rodeaban le otorgaban los caracteres prototípicos de una conducta delictiva.**

(...) se puede percibir fácilmente que **el acusado era conocedor de las operaciones simuladas que habían ejecutado los principales acusados** y también de la forma necesariamente fraudulenta en que iban a operar en las declaraciones fiscales que el propio recurrente se encargaba de preparar, **a sabiendas de que estaba facilitando con ello que el fraude fiscal se llevaba a cabo.** Lo resaltado es propio.

Una vez más, se debe decir que, el conocimiento que hace referencia la Corte Suprema de España no es el conocimiento propio del tipo subjetivo, sino el conocimiento especial que da relevancia al riesgo, convirtiéndolo en riesgo prohibido a partir del conocimiento especial.

Finalmente, de las investigaciones previas, es menester traer a colación la tesis de Ruiz (2020), puesto que, los fiscales entrevistados en respuesta a una de sus

preguntas, la mayoría señalaron que es “Totalmente importante” (con 41.18%) y “Muy importante” (29.41%) determinar el “conocimiento” del acto delictivo que tuvieron los empleados -profesionales que intervinieron en el presunto delito de lavado de activos— investigados. Lo señalado si bien es cierto, no refiere de manera taxativa a los conocimientos especiales en la imputación objetiva, ni su relevancia en las conductas neutrales; empero, creemos que al referirse al “conocimiento” de los “empleados” o “profesionales”, sin duda está relacionada al tema de discusión. En esa misma línea, en la investigación de Espino (2020), ante la pregunta planteada a los jueces especializados en el derecho penal de Trujillo ¿Es importante el conocimiento en el desarrollo del rol social? El 47 % respondieron que están “De acuerdo” y el 20% respondieron que están “Totalmente de acuerdo”.

Las investigaciones referidas en el párrafo *ut supra*, la primera entrevistó a los fiscales, y la segunda, entrevistó a los jueces sobre la importancia del conocimiento en el tipo objetivo –“en el desarrollo del rol social” o, en el “empleado” o profesional—. Los resultados son, tanto fiscales como jueces, en su mayoría dan relevancia a los conocimientos –especiales— dentro del tipo objetivo a efectos de analizar si una conducta neutral supera el riesgo permitido.

Por su parte, Arotoma (2014) concluyó que, la imputación jurídico penal al partícipe no puede prescindirse del conocimiento, toda vez que, es presupuesto para la atribución de sentido delictivo al partícipe, pues, no hay una pureza objetiva de la conducta. Añade que, es de ayuda capital el acto psicológico de conocer y el querer. Asimismo, Rosales (2008) concluyó que, si la conducta aparentemente neutral se realiza en un contexto ilícito, dejará de tener dicha calidad. También concluye que, el sentido del comportamiento no solamente depende del aspecto objetivo, sino también del contexto, de los datos subjetivos como el conocimiento del hecho, y que esto se puede incluir en el tipo objetivo. Finalmente, en una investigación internacional, Soto (2019) concluye que, la teoría mixta subjetiva es la más depurada respecto al análisis de las conductas neutrales porque aborda la valoración de la conducta al grado del conocimiento delictivo del autor, mediante una falta de justificación del peligro material

y concreto, premisa necesaria para justificar la intervención punitiva como herramienta cautelar de bienes jurídicos protegidos.

Contrariando a las investigaciones señaladas anteriormente, Pérez (2019), concluyó que, la conducta inocua será atípica porque el conocimiento no importa. Asimismo, dice que dar relevancia a los aspectos subjetivos en el análisis del aspecto objetivo “podría llevar a error en cuanto a la inocencia o culpabilidad del imputado”. Dicha conclusión de ninguna manera es de recibo; la teoría subjetiva no lleva a errores, por el contrario, como dice Abanto (2017) la teoría subjetiva es la más garantista que la teoría objetiva. El único error que podría cobijar es requerir de una prueba diabólica, toda vez que, probar el conocimiento especial es difícil –como dice Kai Ambos— y a veces arbitrario.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

Primero: Se concluye respecto al objetivo general que, en procesos complejos, la determinación de las presuntas conductas neutrales a través de la excepción de improcedencia de acción, resulta inviable en cualquiera de las etapas del proceso penal, puesto que, la neutralidad de la conducta en la mayoría de los casos merece un pronunciamiento de fondo y no por el mero análisis de los hechos imputados en una disposición. La inviabilidad es aún más latente cuando la excepción de improcedencia de acción se plantea dentro de la etapa de investigación preparatoria, pues, el fáctico es una mera hipótesis –mutable y provisional por naturaleza— y no una tesis –inmovible—. La claridad en la imputación –imputación concreta— no es lo mismo con la claridad de los hechos ocurridos; es por ello que la determinación de la neutralidad de la conducta amerita actuación y valoración probatoria y, no solamente con la precisión y detalle de la imputación. Las conductas neutrales son oscuras –no por falta elementos de convicción o incorrecta imputación de los hechos—, de modo que, la excepción de improcedencia de acción no puede contra ellas, es un instrumento inidóneo. La inviabilidad de la excepción de improcedencia de acción básicamente radica en la naturaleza de las conductas neutrales –un tema del derecho penal material— mas no necesariamente en la debilidad o insipiencia de la imputación del fiscal –un tema del derecho procesal penal—. Finalmente, que el juez acepte la inviabilidad de la excepción de improcedencia de acción en cualquiera de las etapas del proceso penal con la premisa de la neutralidad de conducta, es justificable; ergo, no es de recibo la vocinglería de afectación del derecho al debido proceso, derecho de defensa y la “pena de banquillo”. Por lo señalado, se confirma en parte la hipótesis general.

Segundo: Se concluye con respecto al objetivo específico uno que, en procesos complejos, la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales es en la etapa del juicio oral (juzgamiento) con la actuación y valoración probatoria con las debidas garantías constitucionales; todo ello a efectos de evitar impunidad en ciertos hechos –presuntas conductas neutrales o conductas estándar— que bien pueden ventilarse en la etapa de juzgamiento y no de manera prematura. De manera

excepcional, podría evaluarse y determinarse en la etapa intermedia, solo si la fiscalía sostuvo en la etapa de investigación preparatoria una imputación relativizada y no concreta. Por lo señalado, se confirma parcialmente la hipótesis uno.

Tercero: Se concluye con respecto al objetivo específico dos que, en procesos complejos, la importancia de los conocimientos especiales en las conductas neutrales hace que la conducta cambie de posición, es decir, ya no se trata de riesgo permitido, sino prohibido -los conocimientos especiales son el pigmento que vuelve la conducta neutral en una conducta riesgosa no permitida—. Asimismo, la importancia de los conocimientos especiales radica en que ayuda a resolver los casos de manera razonable -es más garantista— y evita la impunidad de aquellos graves y complejos delitos, sobre todo en el delito de lavado de activos, donde justamente lo que se quiere es aislar el patrimonio sucio por mandato imperativo de los instrumentos internacionales. Finalmente, la importancia también es por cuestiones de política criminal, a fin de castigar a los criminales que se escudan en los “roles” -estáticos— y especialidades -abogados, contadores, ingenieros, entre otros—. Siendo así, se confirma la hipótesis dos en su totalidad.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES

A continuación, tres humildes recomendaciones realistas y no fantasiosas –porque no toda recomendación es pedir promulgación de leyes, algo que se critica mucho en el análisis económico del derecho— para los jueces y fiscales:

Primero: Se recomienda que los jueces de las diversas instancias, tengan en cuenta que las conductas neutrales son oscuras y ambivalente, de modo tal que, pretender su determinación con el instrumento jurídico procesal de la excepción de improcedencia de acción podría causar impunidad, como por ejemplo los casos resueltos a través de la Casación N.º 1307-2019/Nacional, la Casación N.º 86-2021/Nacional, y la Casación N.º 1092- 2021.

Segundo: Se recomienda que los jueces de las diversas instancias, tengan en cuenta que las conductas neutrales razonablemente pueden determinar en el juicio oral con actuación y valoración probatoria, esto a fin de evitar impunidad. Por otro lado, se considera importante una investigación sobre la imputación relativa y no concreta en los casos duros o difíciles.

Tercero: Se recomienda que los jueces y fiscales de las diversas instancias, al pronunciarse respecto a las conductas neutrales, tengan en cuenta los postulados del maestro RAUL ZAFFARONI sobre el dinamismo de los roles, la teoría de la ponderación de KAI AMBOS, la teoría puntos concretos de referencia de FRISCH y RUDOLPHI, la teoría de la existencia de una resolución criminal de STRATENWERTH, y sobre todo los postulados del maestro CLAUS ROXIN. Todo ello, a efectos de evitar impunidad –de los roles estáticos y personas que se esconden tras una especialidad para cometer delitos— de aquellas conductas que si pueden ser sancionados por el derecho penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Autores:

Abanto, M. (2017). El delito de lavado de activos. Análisis crítico. Lima. Editorial Grijley.

Arotoma, R. (2014). La imputación de la participación en el delito (tesis de maestría, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga). Recuperado de http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1399/TM%20D23_Aro.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ambos, K. (2001). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-8-5050&dsID=Documento.pdf>

Blanco, I. (2001). Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito. Granada. Editorial Comares.

Bramont-Arias, L. (2006). El error de tipo y la excepción de naturaleza de acción. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/279/el-error-tipo-excepcion-naturaleza-accion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cancho, R; Vélez, G; Espinoza, B; Carrión, J; Hernández, C; Guillermo, L; Portugal, J; Vinelli, R; y Calderon, L. (2015). Las excepciones en el Código Procesal Penal. En A. Reyna. Autor (ed), la excepción de improcedencia de acción. Cuestiones generales (pp. 43-79). Lima. Jurista Editores.

Carnelutti, F. (2019). Lecciones sobre el proceso penal. Argentina. Ediciones Olejnik.

Chávez, J. (2020). El crimen organizado en el Perú. Lima. Instituto Pacífico.

Croxato, G; Galván, M; Portillo, R; Gaspar, A; Loayza, J; Sánchez, M; Vogt, O; Rodríguez, L; Campos, A; y Obregón, R. (2019). Lecciones sobre la cuestión

criminal. Reseña del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni. En G. Croxatto. Autor (ed), Culpabilidad por vulnerabilidad: un instrumento idóneo para replantear la política criminal promoviendo (primero) el desarrollo social. La seguridad ciudadana como resultado, no como objetivo (pp. 17-62). Perú. Instituto Latinoamericano de Criminología y Desarrollo Social.

De Vicente, J. (2020). Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2020, núm. 22-03, pp. 1-52. <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-03.pdf>

Díaz, A. (2014). La relevancia de los llamados conocimientos especial en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado. Cuadernos De Derecho Penal, (11). Recuperado de <https://doi.org/10.22518/20271743.312>

Espino, R. (2020). La prohibición de regreso en las conductas neutrales en la jurisprudencia suprema del año 2010 al 2019 (tesis de maestría, Universidad Cesar Vallejo). Recuperado de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/45852/Espino_GR_D-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Frisch, W. (1995). Tipo Penal e Imputación Objetiva. Alemania. Editorial COLEX.

García, P. (2019). Derecho Penal. Parte General. (3ra Ed). Lima. Ideas.

Greco, L. (2017). Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. Buenos Aires - Argentina. Editorial Hammurabi.

Guillermo, L. (2022). El hecho Punible. Bases, formas de intervención y consecuencias. Lima. Editorial Grijley.

Jakobs, G. (1996). La imputación objetiva en el derecho penal. Argentina. Editorial AD HOC.

Kafka, F. (s.n.). El proceso. Recuperado de <http://web.seducoahuila.gob.mx/biblioweb/upload/Kafka,%20Franz%20-%20EI%20Proceso.pdf>

Martinez, J. (28 de enero de 2018). La intervención del abogado en el delito. Un acercamiento a la comprensión de la participación a través de esta singular figura. Recuperado de <https://ebuah.uah.es/xmlui/bitstream/handle/10017/40709/TFM%20JORGE%20MART%c3%8dNEZ%20RECIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Méndez, D. (2018). Los actos neutrales y el delito de blanqueo de capitales. Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid, (37), 209–232. Recuperado de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/10217>

Mendoza, F. (2006). Conocimientos especiales, conductas neutrales e imputación objetiva. Estudio sobre los límites de la participación criminal y de la prohibición de regreso. Recuperado de file:///C:/Users/VILLA/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/Articulo_FMLL_RPDJP_2006.pdf

Mendoza, F. [ETI Penal Distrital - CSJLL]. (24 de septiembre de 2021). La Etapa Intermedia: Control de Acusación y Pautas de Valoración de los Elementos de Convicción. Fb.watch. <https://fb.watch/b-FrqCnxxm/>

Mendoza, F. (2019). La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo. Puno. Editorial Zela.

Mendoza, F. (2014). Pretensión Punitiva. La conformación del Proceso Nuevo Código Procesal Pena. Lima. Libros Jurídicos San Bernardo.

Neyra, J. (2015). Tratado de derecho procesal penal (Tomo I). Lima. Idemsa.

Oré, A. (2016). Derecho Procesal Peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal (Tomo I). Lima Gaceta Jurídica.

- Páucar, M. (2016). El delito de organización criminal. Lima. Ideas Solución Editorial.
- Paredes, E. (s.n.). Los conocimientos especiales y elementos subjetivos de las justificaciones. La contradicción de Jakobs. Recuperado de <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/conocimientos.htm>
- Pérez, J. (2019). El límite de intervención delictiva en el ejercicio de la defensa de los procesados en delitos de criminalidad organizada (tesis doctoral, Universidad Nacional de Trujillo). Recuperado de <https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/15077/Perez%20Azabache%20James%20Aldrin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Prado, V. (2021). Los delitos del crimen organizado. Aspectos criminológicos, política criminal y control penal. Lima. Gaceta Jurídica.
- Reynaldi, R. (2018). Imputación y excepción de improcedencia de acción. Un supuesto de incompatibilidad normativa. Lima. Idemsa.
- Robles, R. (2003). La participación en el delito: fundamento y límites. Barcelona. Editorial Marcial Pons.
- Rosales, D. (2008). La complicidad en los delitos de organización personal mediante conductas externamente neutrales: una solución desde la prohibición de regreso (tesis de grado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Recuperado de https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/3055/Rosales_ad.pdf?sequence=1
- Roxin, C. (1979). Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión en castellana de Bacigalupo. Argentina. Ediciones de Palma Buenos Aires.
- Roxin, C. (2018). La imputación objetiva en el Derecho Penal. (2da Ed.). Lima. Grijley.
- Rosas, J. (2015). Tratado de Derecho Procesal Penal (Tomo I). Lima. Jurista Editores.

- Ruiz, N. (2020). Elementos de la conducta neutral y la imputabilidad objetiva de los profesionales que participa en los delitos de lavado de activos investigados en el Distrito Fiscal de Tacna, año 2019 (tesis de maestría, Universidad José Carlos Mariátegui). Recuperado de http://repositorio.ujcm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12819/856/Nohely_tesis_grado-academico_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- San Martín, C. (2020). Derecho procesal penal. Lecciones (2da Ed). Lima. Editorial INPECCP y Editorial CENALES.
- Salinas, R. [Mundusline Diplomados]. (s/n). 6ta sesión, autoría y participación, Ramiro Salinas. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=UervJoSXuLY>
- Salinas, R. (21 de enero de 2022). Fb. <https://www.facebook.com/100044405287065/posts/pfbid0nNViv7uZg92Yv9xxNKuiUfGYzYzCDoYQiPENYTihKoZyp6q7aDgWuKn93rsxCJaQI/>
- Soto, I. (2019). Conductas neutrales: análisis y perspectivas nacionales y de derecho comparado (tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile). Recuperado de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/171490/Conductas-neutrales-analisis-y-perspectivas-nacionales-y-de-derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Villavicencio, F. (2019). Derecho Penal Parte General. Lima. Grijley.
- Wohlers, W. (s.f.). Complicidad mediante acciones “neutrales” ¿exclusión de la responsabilidad-jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente responsable? Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/40223556_Complicidad_mediante_acciones_neutrales_Exclusion_de_la_responsabilidad_juridico-penal_en_el_caso_de_la_actividad_cotidiana_o_tipicamente_profesional
- Zaffaroni, R; y Díaz, Í. (2019). La nueva criminología. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero. Lima. Grijley.

Zaffaroni, R; y Pacheco, L. (2015). El método en el derecho penal. Recuperado de <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2015/04/el-metodo-en-el-derecho-penal.html>

Zaffaroni, R. (2016). Estructura básica del Derecho Penal. Argentina. Editorial Astrea.

B. Resoluciones:

Corte Suprema en lo Penal de España. (Resolución N.º 942/2013 del 11 de diciembre de 2013). Recuperado de <https://vlex.es/vid/blanqueo-capitales-483975682>

Corte Suprema en lo Penal de España. (Resolución N.º 91/2014 del 07 de febrero de 2014). Recuperado de <https://vlex.es/vid/-496764850>

Corte Suprema en lo Penal de España. (Resolución N.º 487/2014 del 09 de junio de 2014). Recuperado de <https://vlex.es/vid/-519778450>

Corte Suprema en lo Penal de España. (Resolución N.º 290/2018 del 14 de junio de 2018). Recuperado de <https://vlex.es/vid/729970073>

Corte Suprema de la República del Perú. (Recurso de Nulidad N.º 4166-99/Lima).
Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/48d83b004069f5ed92bed299ab657107/RN+4166-1999.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=48d83b004069f5ed92bed299ab657107>

Corte Suprema de la República del Perú. (Recurso de Nulidad N.º 4451-2008/Puno).
Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/30cd2300409d851f9021d53e05a158dc/RN%2B4451-2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=30cd2300409d851f9021d53e05a158dc>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 407-2015/Tacna). Recuperado de <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/07/Casaci%C3%B3n-N%C2%BA-407-2015-Tacna-Para-deducir-excepci%C3%B3n-de-improcedencia-de-acci%C3%B3n-se-debe-partir-de-los-hechos-descritos-por-el-Fiscal.pdf>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 1974-2018/La Libertad). Recuperado de https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CASACION%20N%201974-2018-LA%20LIBERTAD_LALEY.pdf

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 392-2016/Arequipa). Recuperado de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/Casacion-392-2016-Arequipa-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 10-2018/Cusco). Recuperado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/Cas.-10-2018-Cusco-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 247-2018/Ancash). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d1867b0047dd548c978e971612471008/CS-SPP-SC-247-2018-ANCASH.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d1867b0047dd548c978e971612471008>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 1307-2019/Nacional). Recuperado de <http://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/02/Ok-12.02.2020-Casacion-N%C2%B0-1307-2019-Corte-Suprema.-Imputacion-Objetiva.-Principio-de-Confianza.pdf>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 86-2021/Nacional). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c7e148045836f19b061f8807c1f73f9/C>

[AS+86-](#)

[2021+SPN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c7e148045836f19b061f8807c1f73f9](#)

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 1092-2021/Nacional).
Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/05/Casacion-1092-2021-Nacional-LPDerecho.pdf>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 388-2012/Ucayali).
Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Casaci%C3%B3n+N%C2%B0+388-2012%2FUcayali&oq=Casaci%C3%B3n+N%C2%B0+388-2012%2FUcayali&aqs=chrome..69i57j0i546.2090j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 215-2011/Arequipa).
Recuperado <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/87bcd38044d7b772af92ff01a4a5d4c4/CAS+215-2011+Arequipa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=87bcd38044d7b772af92ff01a4a5d4c4>

Corte Suprema de la República del Perú. (Casación N.° 416-2020/Nacional).
Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/01/Casaci%C3%B3n-416-2020-Lima-LP.pdf>

Corte Suprema de la República del Perú – Sala Penal Especial. (Expediente N.° 03-2015-35). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/af0bf0004f3c099fb689bf489b75cf2c/A.+03-2015-35+-RESOLULCI%C3%93N+%2814NOV2016%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=af0bf0004f3c099fb689bf489b75cf2c>

Corte de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios - Colegiado D. (Expediente N.º 100-2010-0). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e77c73004369ba17b57ebd81593fc33c/16-7+sanchez+paredes.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e77c73004369ba17b57ebd81593fc33c#:~:text=Hay%20una%20pena%20de%20banquillo,en%20su%20mayor%C3%ADa%20por%20salud.>

Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Crimen Organizado (Expediente N.º 299-2017-95).

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (Expediente N.º 14-2017-22). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3b5904804a961def9261dad1306a5ccd/res.+14-2017-22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3b5904804a961def9261dad1306a5ccd>

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (Expediente N.º 25-2017-42). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/018075804a78010db727ffd1306a5ccd/Exp.+25-2017-42+AUTO+DE+VISTA+FINAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=018075804a78010db727ffd1306a5ccd>

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Expediente N.º 00033-2017-13). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/csnjpe/s_csnjpe/as_juri/as_corrupcion/as_comp_nacional/as_jnipre

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Expediente N.º 0160-2014-345). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/csnjpe/s_csnjpe/as_juri/as_corrupcion/as_comp_nacional/as_sape

Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional (Expediente N.° 16-2017-69).

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado. (Expediente N.° 0079-2016-17). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4dfa678043b2a48686c0876745cba5c4/9-8+resolucion+para+publicar.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4dfa678043b2a48686c0876745cba5c4>

Sala Penal Nacional de Apelaciones en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Colegiado A. (Expediente N.° 0004-2015-48). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/csnjpe/s_csnjpe/as_juri/as_corrupcion/as_comp_nacional/as_jnipre

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Transitoria de Condevilla – San Martín de Porres. (Expediente N.° 05230-2019-2).

Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. (Expediente N.° 0022-2017-4). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/csnjpe/s_csnjpe/as_juri/as_corrupcion/as_comp_nacional/as_jnipre

C. Normas:

Decreto Legislativo N.° 957. Nuevo Código Procesal Penal. 29 de julio de 2004.

ANEXOS

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

ANEXO 2: GUÍA DE ENTREVISTA PARA EXPERTOS

ANEXO 3: GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL (RESOLUCIONES)

ANEXO 4: RESOLUCIONES ANALIZADAS

- **Resolución 1:** Exp: 129-2016-6. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 2:** Exp: 0004-2017-15/16. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a73578043b9d9608e2e8f6745cba5c4/11-8+RESOLUCION+1+PARA+PUBLICAR+MIERCOLES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a73578043b9d9608e2e8f6745cba5c4>
- **Resolución 3:** Exp: 215-2015-11. Fuente: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/672e18804731b6ae9723df5d3cd1c288/2015-2015-11+excepciones_2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=672e18804731b6ae9723df5d3cd1c288
- **Resolución 4:** Exp: 0004-2017-13. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 5:** Exp: 0036-2017-74. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4f858680467811aaa41ead76dd7c9e83/28-3+resolucion+para+publicar.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4f858680467811aaa41ead76dd7c9e83>
- **Resolución 6:** Exp: 000004-2017-13. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 7:** Exp: 004-2015-40. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 8:** Exp: 0016-2017-69. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 9:** Exp: 00299-2017-66. Fuente: se adjunta en anexos.

- **Resolución 10:** Exp: 00025-2017-42. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 11:** Exp: 00021-2019-16. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0169d080466f87d095fd9d76dd7c9e83/25-3+Para+publicar.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0169d080466f87d095fd9d76dd7c9e83>
- **Resolución 12:** Exp: 00003-2017-25. Fuente: se adjunta en anexos.
- **Resolución 13:** Casación N.º 1307-2019/Nacional. Fuente: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casacion-1307-2019-Corte-Suprema-LP.pdf>
- **Resolución 14:** Casación N.º 86-2021/Nacional. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c7e148045836f19b061f8807c1f73f9/CAS+86-2021+SPN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c7e148045836f19b061f8807c1f73f9>
- **Resolución 15:** Casación N.º 1092-2021/nacional. Fuente: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/05/Casacion-1092-2021-Nacional-LPDerecho.pdf>
- **Resolución 16:** Recurso de Nulidad N.º 4166-99/Lima. Fuente: <https://lpderecho.pe/caso-taxista-primer-caso-prohibicion-regreso-recurso-nulidad-4166-99-lima/>
- **Resolución 17:** Recurso de Nulidad N.º 4451-2008/Puno. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/30cd2300409d851f9021d53e05a158dc/RN%2B4451-2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=30cd2300409d851f9021d53e05a158dc>
- **Resolución 18:** Recurso de Nulidad N.º 2756-2010/Lambayeque. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f08c81004069e33f8d4bcd99ab657107/RN+2756-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f08c81004069e33f8d4bcd99ab657107>

- **Resolución 19:** Recurso de Nulidad N.º 2242-2011/Huancayo. Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50fea1004069e13b8cdbcc99ab657107/rn+2242-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50fea1004069e13b8cdbcc99ab657107>
- **Resolución 20:** Recurso de Nulidad N.º 1603-2015/Lima. Fuente: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-1603-2015-Lima-Legis.pe_.pdf
- **Resolución 21:** Recurso de Nulidad N.º 1973-2016/Lima. Fuente: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/R.N.-1973-2016-Lima-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR32eok1Lxqj1wSb69wgOvOQT6wzKbbLN7wbP5B3YQm3t9iVWSHUwgTGI0
- **Resolución 22:** Recurso de Nulidad N.º 2365-2016/Lima. Fuente: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/R.N.2365-2016-Apur%C3%ADmac-Legis.pe_.pdf
- **Resolución 23:** Recurso de Nulidad N.º 214-2019/Lima. Fuente: <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/SPP-RN-214-2019-LIMA.pdf>
- **Resolución 24:** Recurso de Nulidad N.º 425-2019/Lima. Fuente: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-nulidad-425-2019-Lima-LP.pdf>
- **Resolución 25:** Recurso de Nulidad N.º 1569-2019/Lima Norte. Fuente: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/02/Recurso-nulidad-1569-2019-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>
- **Resolución 26:** Recurso de Nulidad N.º 3078-2011/Puno. Fuente: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-3078-2011-Puno-Legis.pe_.pdf
- **Resolución 27:** Recurso de Nulidad N.º 2208-2012/Lima. Fuente: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/R.N.-N%C2%B0-2208-2012-Lima-Legis.pe_.pdf

ANEXO 5: resoluciones citadas en el marco teórico.

- Expediente N.° 299-2017-95. Fuente: se adjunta en anexos.
- Expediente N.° 5230-2019-2. Fuente: se adjunta en anexos.

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO METODOLÓGICO
¿Qué viabilidad tiene la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos?	Analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.	Hi: La excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos resulta inviable sobre todo en la etapa de investigación preparatoria, toda vez que, la imputación penal del MP recién está en construcción, es frágil, es una mera hipótesis en comprobación y no una teoría sólida.	DIMENSIÓN: CORTE PENAL NACIONAL ESPECIALIZADA y FISCALIAS ESPECIALIZADAS, así como también las resoluciones emitidas por la CORTE SUPREMA PERUANA. Vx: <u>las conductas neutrales</u> Definición: son aquellas conductas que están dentro del riesgo permitido, es decir, dichos actos no son imputables objetivamente por ser socialmente permitidas, banales, no riesgosas, etc. Para su determinación como tal, unos juristas acuden solamente al sentido objetivo, otros lo complementan con los conocimientos especiales. Para excluir la imputación, la mayoría acude a la prohibición de regreso.	Nivel científico del problema: el tema no ha sido abordado científicamente en el Perú (defecto). Respecto al segundo objetivo específico, hay contradicciones o postura diferente (incoherencias). Nivel: Explicativo
¿Cuál es la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos?	Determinar la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos.	Hi: La etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos es en la etapa del juicio oral con la sentencia, habiéndose valorado la prueba con las debidas garantías constitucionales.	Indicadores: <ul style="list-style-type: none">• No aumentan el riesgo permitido.• Análisis en el aspecto objetivo• Análisis teniendo en cuenta los conocimientos especiales.• Su exclusión de la imputación a través de la prohibición de regreso.	Tipo: <ul style="list-style-type: none">-Cualitativo-exploratoria-aplicado
¿Qué importancia tienen los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos?	Evaluar la importancia de los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.	Hi: Los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos, es importante, porque determina la tipicidad objetiva o no de la conducta; es decir, el riesgo no permitido no se valora solamente lo objetivo, sino también, los conocimientos especiales que pudo haber tenido el interviniente en el hecho delictivo. En las supuestas conductas neutrales, los conocimientos especiales son el	Vy: <u>La excepción de improcedencia de acción</u> Definición: Es un medio técnico de defensa que busca finiquitar la acción	Diseño: <ul style="list-style-type: none">-No experimental-transversal INSTRUMENTOS: Análisis de resoluciones del órgano jurisdiccional

		pigmento que vuelve la conducta neutral en una conducta riesgosa no permitida.	penal cuando el hecho no es delito o no es justiciable penalmente. Indicadores: <ul style="list-style-type: none"> • Pone fin a la acción penal. • Procede cuando el hecho no es delito. • Puede ser planteada una vez formalizada la investigación preparatoria. • Su análisis es formar y no de fondo 	Entrevista a fiscales y jueces especializados.
--	--	--	---	--

TITULO: LAS PRESUNTAS CONDUCTAS NEUTRALES Y EL FORZAMIENTO DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCION EN PROCESOS COMPLEJOS

Vy (variable independiente): Las conductas neutrales

Vx (variable dependiente): La excepción de improcedencia de acción.

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA



GUÍA DE ENTREVISTA PARA EXPERTOS

Título: **LAS PRESUNTAS CONDUCTAS NEUTRALES Y EL FORZAMIENTO DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN PROCESOS COMPLEJOS**

Investigador: **DENNIER VILLANUEVA DOMINGUEZ**

Entrevistado:

Cargo del entrevistado:

Fecha de entrevista:

Lugar:

OBJETIVO GENERAL: Analizar la viabilidad de la excepción de improcedencia de acción ante las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.

1. **¿En qué consisten las conductas neutrales?**
2. Teniendo en cuenta que, entre las conductas neutrales y las conductas de relevancia para el derecho penal, apenas lo divide una cuerda muy delgada **¿Usted cree que, en procesos complejos, plantear una excepción de improcedencia de acción en la etapa de la investigación preparatoria, alegando presuntas conductas neutrales es inoportuno? sí o no ¿Por qué?**
3. Teniendo en cuenta que el fiscal en la etapa de investigación preparatoria tiene una hipótesis –provisional— y no una tesis –comprobación o no de la hipótesis—. Aunado a ello, por el principio de progresividad, el fiscal puede variar, modificar y/o aumentar hechos fácticos como objeto del proceso penal. **¿Usted cree que, en procesos complejos, para determinar la neutralidad o no de la conducta a través de la excepción de improcedencia de acción, es menester concluir con la investigación preparatoria? sí o no ¿Por qué?**
4. En el Expediente N° 25-2017-42 (caso ONP –Costa Alva) y Expediente N° 21-2019-16 (caso Línea Amarilla –OAS) el principal argumento del Tribunal Superior para denegar la improcedencia de acción por el supuesto de principio de confianza (exp. N° 25-2017-42) y prohibición de regreso (Exp. N° 21-2019-16), fue que para analizar la excepción de improcedencia de acción se tiene que tener los hechos bien definidos (acreditados o descartados), y ellos se logrará una vez que la investigación haya concluido, de modo tal que, se pueda delimitar la imputación objetiva, concretamente el principio de confianza y la prohibición de regreso –conductas neutrales—. **¿Qué opina al respecto?**



5. ¿Cree usted que tratándose de investigaciones y/o procesos complejos, sería viable dilucidar la excepción de improcedencia de acción por las presuntas conductas neutrales en la etapa intermedia del proceso penal? sí o no ¿Por qué?

OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Determinar la etapa óptima para dilucidar las presuntas conductas neutrales en proceso complejos.

6. ¿Usted cree que, en procesos complejos, para determinar la neutralidad o no de la conducta, amerita valoración probatoria en el juicio oral? sí o no ¿Por qué?
7. Tratándose de proceso complejos ¿Cuál cree usted que sería la etapa del proceso penal correcta para dilucidar las presuntas conductas neutrales? ¿Por qué?

OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Evaluar la importancia de los conocimientos especiales en las presuntas conductas neutrales en procesos complejos.

Verbigracia 1: **X** transfiere dinero a **Y** –su esposa– en un solo día, en dos partes, la suma de 500,000.00 soles cada transferencia. Días después, **Y** invierte dicho dinero en dos bancos. **X** es abogado que litiga en procesos laborales y otros procesos, sin embargo, se dedicaría a corromper funcionarios a cambio de ganar los procesos en las que participa.

Verbigracia 2: **A** tiene 5 empresas, las mismas que los usa para transferir dinero ilícito a empresas *offshore* de otros países; para constituir las 5 empresas, **A** suplicó a su amigo **Y** para que aparezca como socio fundador. Con dichas empresas se logra transferir 5 millones de soles a la empresa **Pollitos LTD** de Panamá para financiar campañas políticas.

Verbigracia 3: **A** es el cabecilla de la organización criminal “**Los Bambinos**”, quienes se dedican a sacar droga del puerto de Callao a Italia. **B**, **C**, **D** y **E** se dedican directamente al transporte de la droga. El día que los agentes de inteligencia intervinieron en local donde acondicionaban la droga por Lima Norte; capturaron a los siguientes: **A**, **B**, **C**, **D** y **E** empaquetando la droga. **Y** fue el personal de seguridad de local; asimismo fue quien alquiló el local donde se encontró la droga y el departamento donde se hospedaban **A**, **B**, **C**, **D** y **E**.

8. Teniendo en cuenta los citados 3 ejemplos ¿Cree usted que son importante los “**conocimientos especiales**” para determinar si la conducta es neutral o no, más aún cuando se trate de procesos complejos? sí o no ¿Por qué?
9. Respecto a las presuntas conductas neutrales; Claus Roxin postula que, si existió conocimientos especiales en la conducta neutral, se debe imputar y sancionar; mientras que para Gunther Jakobs solo se debe analizar lo



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

objetivo (los conocimientos especiales no sirven de nada). En ese sentido, si Roxin sería el juez, sancionaría a **Y**; mientras que Jakobs no. Teniendo en cuenta la lucha contra el lavado de activos, crimen organizado, corrupción de funcionarios, delitos de cuello blanco y otros **¿Qué postura cree que es la más razonable tener en cuenta en nuestra política criminal peruana? ¿Por qué?**

FIRMA DEL ENTREVISTADO



GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL (RESOLUCIONES)

Título: LAS PRESUNTAS CONDUCTAS NEUTRALES Y EL FORZAMIENTO DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCION EN PROCESOS COMPLEJOS

N° de Exp:

Órgano emisor:

Ponente:

Controversia resuelta:

Etapa procesal:

N° Resolución:

I. PETITORIO

II. BASE FÁCTICA Y OTROS (ABSTRACTA)

III. LA *RATIO DECIDENDI*

IV. PARTE RESOLUTIVA

ANÁLISIS:

EXPEDIENTE	: 00129-2016-6-5201-JR-PE-01
JUEZ	: JUAN CARLOS SÁNCHEZ BALBUENA
ESPECIALISTA	: SONIA HERENIA QUISPE SILVA
MINISTERIO PÚBLICO	: FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS -5TO. DESPACHO
INVESTIGADOS	: ROBBYE MIGUEL REYES TELLO
DELITO	: LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS
AGRAVIADO	: EL ESTADO

**AUTO QUE DECLARA INFUNDADA
EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN**

RESOLUCIÓN Nro. 02

Lima, treinta de abril del dos mil dieciocho.-

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS, en Audiencia Pública; la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del imputado **ROBBYE MIGUEL REYES TELLO** en la investigación preparatoria formalizada en su contra por la presunta comisión del delito contra la Tranquilidad Pública - en la modalidad de asociación ilícita para delinquir y otro en agravio del Estado.

I. ANTECEDENTES

1. La defensa técnica del imputado Reyes Tello, mediante escrito de fecha nueve de abril del presente año, dedujo excepción de improcedencia de acción, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 6º, apartado 1) literal b) del Código Procesal Penal –en adelante CPP-; en tal virtud, mediante resolución número uno, del diez de abril de los corrientes, se admitió a trámite dicho medio técnico de defensa, disponiéndose correr traslado a los sujetos procesales; y, en consonancia con el principio de oralidad y de contradicción que inspiran este nuevo modelo de proceso penal y, en aplicación de la misma norma citada, se programó audiencia para el día veintiséis de abril último, a la que asistió la señorita Fiscal y el abogado defensor del recurrente; por lo que oídos, los alegatos de las partes, el estado del presente incidente es el de emitir pronunciamiento, de conformidad con el artículo 8º apartado 4) del CPP.

II. FUNDAMENTOS

2. De lo expuesto por el Ministerio Público en la Disposición número setenta y cinco, del veinticuatro de abril del presente año, mediante la cual precisa su Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, del once de enero del año en curso -en adelante La DFICP-¹, se tiene lo siguiente:

¹ En la Disposición Fiscal N° 72 que dispone la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria se atribuye al investigado Robbye Miguel Reyes Tello, en su condición de asesor legal del Consorcio Uni Servjuni S.A.C. -desde el período de diciembre del año dos mil catorce hasta mayo del dos mil quince-, el haber formado parte de una organización criminal, a sabiendas del origen ilícito de los caudales que habría obtenido esta empresa, los cuales habrían sido facilitados mediante la comisión de ilícitos penales como son los de "delitos contra la administración pública"; siendo el rol principal de dicho imputado, el de brindar una apariencia de legalidad a los egresos de dinero efectuados por el referido Consorcio -que habrían sido ordenados

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS SANCHEZ BALBUENA

JUEZ

Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

- Se le atribuye al imputado Reyes Tello haber obtenido sendos beneficios económicos de procedencia ilícita como miembro de la organización criminal vinculada al Consorcio UNI SERVIUNI con lo que habría incrementado su patrimonio personal, debido a que, en el período comprendido entre el mes de enero a mayo de dos mil doce le fue transferida la suma total de cuatrocientos noventa mil doscientos soles a su cuenta personal N° 011-119-000200169155 del BBVA Continental; dinero que provino de la cuenta bancaria Contiahorros N° 00110661690200051984 del BBVA Continental, de propiedad Consorcio UNI SERVIUNI S.A.C., por orden de Oscar Antonio Casas Dávila, quien era el líder de una organización criminal, que fue destinada a cometer delitos contra la Administración Pública - colusiones simples y agravadas.

Las transferencias bancarias fueron mediante las siguientes operaciones financieras, realizadas durante el año dos mil quince: **1)** Operación N° 4212, del treinta de enero, por cien mil soles; **2)** Operación N° 4483, del siete de abril, por ochenta mil soles; operación N° 4550, del diecisiete de abril, por ciento cincuenta mil soles; **3)** Operación N° 4617, del treinta de abril, por ochenta mil soles; **4)** Operación N° 4641, del ocho de mayo, por cincuenta y cinco mil doscientos soles; **5)** Operación N° 4671, del dieciocho de mayo, por diez mil soles; y, **6)** Operación N° 4702, del veintidós de mayo, por quince mil soles. Ello a pesar que el imputado conocía del origen ilícito del dinero por ser parte del aparato legal de la organización criminal, que le otorgaba la posibilidad de identificar su procedencia ilícita; que dichas operaciones luego fueron justificadas con supuestos servicios profesionales, mediante recibos de honorarios profesionales por asesoría legal, con lo que habría aumentado la posibilidad de que no se identifique su procedencia ilícita.

Que, dichos presuntos hechos delictivos han sido subsumidos por el Ministerio Público en el delito de lavado de activos, previsto y sancionado en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1106.

De los fundamentos de las partes

3. La defensa técnica del imputado Reyes Tello en su escrito de interposición de la presente excepción, teniendo en cuenta La DFYCIP, señaló que los hechos imputados a su patrocinado eran atípicos. Al respecto sostenía la defensa que la imputación fiscal no precisaba a cuál de los verbos rectores se dirigía -previstos en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1106-, cuando establecía la presunta comisión del delito de lavado de activos, ello debido a que ninguna de las conductas desarrolladas por su defendido, en relación a su actividad profesional, se encuadra en los verbos rectores; que la modalidad de desviar fondos ilícitos no se encuentra legislada en nuestro país, siendo las cuatro modalidades existentes la de: conversión, transferencia, ocultamiento

por el líder de la organización criminal, Óscar Antonio Casas Dávila- bajo el concepto de "asesoría legal", monto facturado que ascendería a S/. 496,956.60 soles, justificándose dichas transacciones, para la contabilidad de la empresa, con los recibos por honorarios números E001-1, E001-6, E001-7, E001-8 y E001-9, los mismo que habrían sido emitidos por la persona de Reyes Tello bajo el concepto de "asesoría legal". Al respecto, también se sostiene que se habría logrado desviar de la cuenta bancaria del Consorcio Uni Serviuni S.A.C. un total de S/. 490,200.00 soles a la cuenta personal de Reyes Tello. Que dichos presuntos hechos delictivos fueron subsumidos por el Ministerio Público en el delito de lavado de activos, previsto y sancionado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1106.

y tenencia, mas no el desvío; de otro lado, sostenía que la conducta imputada a su defendido la realizó en el ejercicio de su profesión como abogado, por lo que constituye una conducta neutra; y, por último, señaló que la imputación no se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CJ-433 ni en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116.

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS SÁNCHEZ BALBUENA
JUEZ

4 De otro lado, durante el desarrollo de la audiencia, el abogado defensor denunció el hecho que la imputación en contra de su patrocinado ha sido modificada por el Ministerio Público, mediante una disposición dictada dos días antes de su realización, siendo que ahora ya no se le imputa el artículo 2°, sino el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1106. En ese sentido, reiteró los argumentos expuestos en su escrito de Interposición; y seguidamente, señaló que la nueva disposición subsumiría la conducta de su patrocinado bajo el verbo transferir; que teniendo en cuenta que dicho verbo denota la acción que realiza un sujeto trasladando un bien a otro; que esta transferencia constaría de depósitos que se hacen a un tercero; pero la imputación que se hace es por el dinero que él recibió; es decir, para que encuadre el supuesto que estaba desarrollando la Fiscalía, su patrocinado tendría que haber alcanzado a un tercero para que realice la transferencia. Porque si el dinero lo recibe él, y se queda con él, no hay transferencia. En consecuencia, ni con la última modificación se encuadra dentro de los supuestos que contiene la norma. Que, su patrocinado tiene la condición de abogado, y realizó actividades con el Consorcio durante el periodo de diciembre de dos mil catorce a mayo de dos mil quince, pero no tuvo vinculación con alguno de los procesos logísticos que el Consorcio desarrolló, sólo ha prestado servicios de patrocinio legal, por lo que, de acuerdo al Acuerdo Plenario, era un agente neutro porque no tenía que presumir que los fondos con los que le estaban pagando provenían de una situación irregular; ya que su patrocinado no tenía manejo contable del Consorcio, pues, giraba su recibo y le pagaban en partes; pagaba sus impuestos, incluso por el monto tuvo que fraccionar la obligación, existiendo un fraccionamiento ante la SUNAT, la que ha verificado en estos días y ha establecido que no hay observaciones con respecto a los recibos de su patrocinado.

PODER JUDICIAL

SONIA HERENIA QUISPE SILVA
ESPECIALISTA JUDICIAL

Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPLENENTE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

Por su parte, la representante del Ministerio Público, señala que la excepción propuesta no respeta los parámetros establecidos en la Casación N° 407-2014-Tacna, la cual indica que el sustento de la audiencia de excepción de improcedencia de acción es determinar si el hecho es típico o antijurídico, elementos del delito que no han sido abordados por la defensa de Reyes Tello, ya que solo ha tratado convenientemente el extremo de la responsabilidad penal, situación que no cumple con la naturaleza de la presente diligencia. Así mismo, en cuanto a la Disposición N° 75, refiere que en la misma se realizan algunas aclaraciones respecto a la conducta imputada a Reyes Tello, pero no se ha modificado los hechos sino solo se ha precisado aspectos de la conducta imputada. Por otro lado, respecto a la alegación de que la conducta de prestar asesoría jurídica al Consorcio Uni Serviuni S.A.C. pertenecería a la esfera de "conducta neutras", indica la señora Fiscal, lo estipulado en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, resaltando que "analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta

de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite la realización de actos propios y compatibles con una defensa técnica legal; en cambio si se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de bienes ilícitos, se constituiría un acto de complicidad en el delito de lavado de activos”, situación que para el Ministerio Público se cumple mediante las transferencias injustificadas por estos recibos por honorarios que habrían sido utilizados solo para legalizar el dinero de origen ilícito; en tal sentido solicita se desestime el pedido formulado por la defensa técnica de Reyes Tello.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. En principio, resulta necesario hacer unas precisiones en relación al medio de defensa técnico deducido, previsto en el artículo 6° del CPP. En cuanto a la excepción de improcedencia de acción, la Corte Suprema en la Sentencia recaída en el Recurso de Casación N° 407-2015-Tacna, del cuatro de julio de dos mil dieciséis, expedida por la Sala Penal Transitoria ha señalado que dicho medio de defensa técnico presenta dos alcances: “(...) 1. El hecho no constituye delito. 2. El hecho no es justiciable penalmente. El primer punto abarca la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad. 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 pena- (...)”. Asimismo, en la misma sentencia se señala de manera expresa que, cuando los argumentos de la excepción se refieren al primer supuesto únicamente, es decir, cuando el hecho no constituye delito: “(...) Procesalmente, debe determinarse, en el caso de esta excepción -que tiene características singulares-, si se presenta una cuestión de derecho penal material que niega la adecuación típica del hecho imputado si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida”. Por último, agrega: “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 realidad (...)”.

Análisis del caso concreto

7. A fin de delimitar el ámbito del presente pronunciamiento, es del caso referirnos a la situación denunciada por el abogado de la defensa, en el sentido que entre el momento de la interposición de la presente excepción y la realización de la audiencia, se modificó la imputación fiscal en contra de su patrocinado, subsumiendo la conducta reputada en una modalidad distinta del delito de lavado de activos.

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS SÁNCHEZ BALBUENA
JUEZ

Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
REPUBLICA DEL PERÚ

PODER JUDICIAL

SONIA HERENIA QUISPE SILVA

ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
REPUBLICA DEL PERÚ

8. En efecto, conforme se aprecia del debate y de los documentos respectivos, se tiene que La DFIYCIP, del once de enero del presente año, subsumió los hechos reputados al recurrente en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1106 -siendo el principal argumento de la excepción planteada la falta de precisión de cuál sería el verbo rector reputado-; posteriormente, el veinticuatro de abril último -dos días antes de la audiencia- se dictó la Disposición N° 75, que precisando la anterior, calificó los hechos en el artículo 1° del citado Decreto Legislativo, reputándole esta vez la modalidad de transferir -en ambos casos los hechos investigados se mantienen inalterables, pues, lo que ha sufrido una modificación es la calificación jurídica-.

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS SÁNCHEZ BALBUENA
JUEZ

Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
del Poder Judicial de la Federación

9. Que la situación descrita -la misma que se viene repitiendo en el trámite de otras excepciones-, implicaría dos tipos de respuesta: **una**, resguardando el derecho de defensa, en el sentido de rechazar la excepción planteada a fin de que la defensa adecue sus argumentos a la modificación planteada por el Ministerio Público; y, **otra**, que, teniendo en cuenta los principios de oralidad, contradicción y economía procesal, y que las excepciones pueden ser declaradas, incluso, de oficio, permita llevar a cabo la audiencia bajo el nuevo marco de imputación. En el caso en concreto, la defensa técnica del imputado Reyes Tello, ejerciendo su derecho, fundamentó su excepción bajo el nuevo marco de imputación, procediendo a oralizar los argumentos que consideró adecuados, por lo que el presente análisis se deberá circunscribir al análisis de la imputación contenida en la Disposición N° 75. En tal entendido los argumentos esbozados en su escrito de interposición no resultan pertinentes ser evaluados al haberse modificado la imputación fiscal; y, además, que el sustento que tuvieron desapareció con la nueva disposición del Ministerio Público

PODER JUDICIAL

SONIA HERENIA QUISPÉ SILVA
ESPECIALISTA JUDICIAL

Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
del Poder Judicial de la Federación

Que siendo ello así, se tiene que al cuestionar el juicio de subsunción por el delito de lavado de activos, la defensa del recurrente sostiene que la conducta que se le imputa su patrocinado: **i)** no puede ser reputada como transferencia; y, **ii)** además, constituye una conducta neutra, invocando para ello el Acuerdo Plenario N° 3-2010.

En relación a lo primero, sostiene que la modalidad de transferir que sanciona el tipo penal de lavado de activos es aquella en la que el agente, conociendo o presumiendo el origen ilícito de los fondos, utilizando el sistema bancario o financiero, realiza la operación de transferir a otro una determinada suma de dinero; que en los hechos que se le imputan a su defendido, éste no habría transferido, sino que a él le habrían transferido dinero cuyo origen ilícito desconocía, pues, sólo se limitó a realizar labores como abogado y que dichos depósitos realizados a su cuenta de ahorro constituían los pagos que se le realizaron por dicha labor. Al respecto, es del caso señalar que del análisis de la imputación fiscal, en efecto, se tiene que esta hace mención que el recurrente habría recibido en su cuenta de ahorros hasta seis depósitos por más de cuatrocientos mil soles; que, según la tesis fiscal, dichos fondos tendrían origen ilícito, cuya fuente serían los actos delictivos llevados a cabo por la organización criminal liderada por el imputado Oscar Casas Dávila, a través del Consorcio SERVIUNI; sin embargo, no sólo se da cuenta del hecho que el recurrente haya recibido dicha suma de

dinero, sino que el objeto de la imputación es determinar el destino final de esos fondos, es decir, las sucesivas transferencias realizadas por el imputado recurrente a favor de terceros; que según la imputación fiscal, dicha conducta ha sido realizada con la finalidad de evitar la identificación de su origen; motivo por el cual nos encontraríamos dentro del supuesto de transferencia previsto en la acotada norma.

12. De otro lado, se tiene que la defensa sostiene que los depósitos efectuados en la cuenta de su patrocinado son como contraprestación al patrocinio legal que realizó, en su labor de abogado; sin embargo, ello es precisamente objeto de investigación, y que necesariamente requiere de actividad probatoria, pues, el Ministerio Público sostiene que ello fue sólo un mecanismo para legalizar los fondos ilícitos; en todo caso ello es algo que no se puede determinar a través de la presente excepción, al requerirse de valoración probatoria, lo cual se encuentra negado en este tipo de articulaciones.

13. Por último, conjuntamente con lo antes afirmado, es del caso establecer que el argumento esgrimido por la defensa, en el sentido que la conducta de su patrocinado es neutra, porque obedece al ejercicio regular de su profesión, no resulta de recibo. Al respecto, es del caso anotar que en efecto el Acuerdo Plenario 3-2010 señala que: "(...) Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios standard. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. (...)"; sin embargo, dicha actividad debe ser evaluada con detenimiento a fin de determinar si actuó sin dolo; en el caso en concreto, lo que se le atribuye es una presunta participación dolosa a fin de legalizar unos fondos ilícitos, a través de transferencias bancarias, sobre los cuales se le reputa haber tenido conocimiento de esa **ilicitud**, lo cual no puede enmarcarse dentro del ejercicio regular de la profesión de **abogado**; que, en todo caso, la circunstancia descrita, igualmente, deberá ser determinada a lo largo de la investigación, al requerir **elementos de convicción** que la corroboren o la desvirtúen, motivo por el cual no se puede dilucidar en este estadio procesal aún, y menos a través del presente medio de defensa.

14. Al respecto, resulta pertinente invocar lo sostenido por el Colegido A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en relación a los criterios de imputación objetiva cuando sostiene que² :

² Véase en la resolución de Vista N° 02 su fecha 31 de julio de 2017, recaída en el Exp. N° 0004-2015-40.

"(...) constituyen una suerte de filtros normativos a la luz de los cuales debe analizarse una conducta para ser atribuida al agente, En efecto, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de tipicidad si no se verifica que la 'conducta sometida a análisis a) ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado y b) este riesgo se ha realizado en el resultado'. Lo dicho pone de manifiesto que el 'primer cometido de la imputación objetiva al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica. (...)".

15. Asimismo, agrega: "(...) al menos técnica y sistemáticamente resulta válido discutir criterios de imputación objetiva, en este caso, prohibición de regreso y principio de confianza, a través de una excepción de improcedencia de acción, que como hemos dicho consiste en analizar la adecuación típica de la imputación fáctica formulada por el Ministerio Público. Sin embargo, no puede desconocerse que el análisis de estos criterios exige una determinación sumamente precisa de los hechos, al punto que el juzgador tenga la posibilidad de identificar en qué nivel se ubica la delgada línea que divide lo imputable al tipo objetivo, de lo no imputable, ya sea porque el sujeto actuó dentro del riesgo permitido, en cumplimiento de su rol o basado en la **confianza permitida**. De ahí que para analizar si son o no aplicables los criterios que excluyen la imputación objetiva de la tipicidad, se deben tener ya los hechos razonablemente acreditados. Si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlos. (...)".
16. A manera de conclusión se puede afirmar que los hechos imputados por el Ministerio Público al imputado recurrente Reyes Tello, a la luz de los elementos del tipo penal de lavado de activos, en la modalidad de transferencia, se adecuan perfectamente al referido tipo penal, por lo que la excepción de improcedencia de acción, así planteada debe ser desestimada; y así deberá declararse.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por lo que estando a los fundamentos precedentemente expuestos, el señor Juez a cargo del Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, **resuelve:**

- A. Declarar **INFUNDADA** la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del investigado **ROBBYE MIGUEL REYES TELLO** en la investigación preparatoria de que se sigue en su contra y otros, por la presunta comisión del delito de lavado de activos en agravio del Estado peruano.
- B. **MANDO** que consentida o ejecutoriada que sea la presente, se cumpla en los términos expuestos; **ARCHIVÁNDOSE** en la forma, modo y lugar que corresponda; **NOTIFICÁNDOSE**, a los sujetos procesales.

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS SÁNCHEZ BALBUENA
JUEZ
Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PODER JUDICIAL

SONIA HERENIA QUISPE SILVA
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

EXPEDIENTE : 0004-2017-13-5002-JR-PE-03
JUEZ : JORGE LUIS CHÁVEZ TÁMARIZ
ESPECIALISTA : ISABEL DEL AGUILA RUIZ
INVESTIGADO : JUAN FEDERICO DOROTEO MONROY GÁLVEZ
DELITO : COLUSIÓN AGRAVADA
AGRAVIADO : EL ESTADO

RESOLUCIÓN N.º 10

Lima, quince de marzo de dos mil veintiuno.-

I. MATERIA

Determinar si corresponde archivar el presente proceso penal, seguido contra el investigado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, cómplice de la presunta comisión del delito de colusión agravada a través de la excepción de improcedencia de acción, en aplicación de lo establecido en los artículos 6 y 7 del Código Procesal Penal.

II. FUNDAMENTOS

PRIMERO.- Postura de las partes procesales

1. Acude ante este órgano jurisdiccional, la defensa técnica del procesado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez para solicitar se declare fundado la excepción de improcedencia de acción por una situación de atipicidad en la complicidad primaria en el delito de colusión agravada, basado en criterios de la imputación objetiva consolidada en la jurisprudencia peruana, pues expone que el comportamiento del deduciente se constituye en la expresión del ejercicio de su rol profesional de abogado que dogmáticamente concuerda con el sentido jurídico de las conductas neutrales y en consecuencia carece de significado delictivo y son absolutamente ajustadas a derecho. Sostiene que el procesado Monroe Gálvez se le imputa a título de cómplice primario por la emisión de 04 informes legales en el marco de una presunta concertación entre funcionarios de PROINVERSIÓN y los miembros de las empresas consorciadas para favorecer los intereses de estas últimas, permitiendo, mediante informes legales, que suscriban los contratos de concesión, ante lo que formula la interrogante ¿si los informes legales emitidos por el referido procesado reúnen *per se* idoneidad para poner en peligro el patrimonio del Estado, que pueda ser considerada como una conducta de concertación del delito de colusión?, a lo que responde que no, debido a que como abogado consultor lo plasmado es una opinión (informes legales) en el ámbito en su rol profesional se encuentra en ajenidad absoluta con la semántica de la complicidad primaria. Además en su réplica sostiene que su informe no es vinculante

2. Por su parte, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Ad Hoc, se oponen al presente requerimiento al sostener que ha rebasado los límites propios de lo que es la conducta neutral propio de su función de abogado, considerando que para la emisión de los referidos informes no tenía documentación sustentatoria para realizar un análisis minucioso para poder señalar que la empresa Odebrecht y Graña y Montero estaban imposibilitadas para poder contratar con el Estado. Es por eso que se concluye, que no es una conducta estereotipada, ni neutral. La Procuraduría ha



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

precisado que los informes fueron tomados por PROINVERSIÓN para decidir continuar con cierre del contrato, es el informe del procesado Monroe Gálvez, esa es la razón porque el aporte sea idóneo y esencial para poner en peligro el patrimonio estatal.

SEGUNDO: Excepción de improcedencia de acción

3. La excepción de improcedencia de acción, se encuentra previsto en el artículo 6.b del Código Procesal Penal, que establece “se deduce cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”. El inciso 2, establece que, si se declara fundada la excepción, el proceso será sobreseído definitivamente.

La Casación N°851-2015-Piura, emitido por la Corte Suprema, señala que la excepción de improcedencia de acción, tiene como finalidad terminar con la pretensión punitiva del Ministerio Público y evitar la tramitación de procesos que versan sobre hechos que son atípicos¹.

4. La Casación N.º150-2010-La Libertad, emitida por la Corte Suprema, en el FJ.N.º7, señala que la excepción de improcedencia de acción, constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal; y se va a discutir, entre otros la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal –tipicidad del hecho que se recoge en los aspectos objetivos y subjetivos, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista en el ordenamiento sustantivo, que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público [...]”.

TERCERO: Marco imputativo penal

5. Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez

5.1. Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, en su calidad de abogado del Estudio de Monroy Abogados, se le imputa ser cómplice primario del delito contra la administración pública en la modalidad de colusión agravada, en agravio del Estado, previsto y sancionado en el artículo 384º del Código Penal, de acuerdo a la ley vigente al momento de ocurrir los hechos (Ley vigente al momento de los hechos Ley N° 26713), en su calidad de cómplice, al haber presuntamente defraudado al Estado concertándose con los representantes de la empresa Odebrecht y asociados, así como con funcionarios públicos, para favorecerla en el proceso de la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Perú -Brasil IIRSA - SUR, tramo 2 y tramo 3, ocasionando perjuicio patrimonial al Estado, siendo que del desarrollo de los hechos expuestos encontramos las siguientes irregularidades advertidas como indicios de concertación:

5.2. Emitió el informe legal de fecha 04 de agosto de 2005, que permitió que la consorciada 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, ocasionando perjuicio al Estado.

5.3. Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, en su calidad de abogado del Estudio Monroy, emitió el informe legal de fecha 04 de agosto de 2005, por el cual concluyó lo siguiente:

¹ Boletín N°07-2017/Excepción de Improcedencia de Acción en el delito de Encubrimiento Real y Femicidio, emitido en la página institucional de la Corte Suprema.



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

" ...

CONCLUSIÓN

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

De esta manera, no genera ningún cuestionamiento (ni eficacia jurídica alguna) respecto de la regularidad del concurso para la concesión de los tramos viales del corredor vial interoceánico Sur Perú- Brasil ..."

5.4. El informe elaborado por el investigado Monroy Gálvez sustentó la opinión de su co investigado Velarde Zapater, así como la opinión a la que arribó el Comité de Proinversión en Infraestructura y de Servicios Públicos y el Consejo Directivo de Proinversión, ya que al señalar que el Oficio de Contraloría era inocuo respecto de la regularidad del Consorcio llevado a cabo por Proinversión, debido que se refería a sujetos distintos de los que conformaron los Consorcios que se adjudicaron la buena pro, concluyendo que no existe juicio iniciado contra la Constructora Norberto Odebrecht, por lo que la documentación remitida por la Contraloría General de la República no genera ningún cuestionamiento (ni eficacia jurídica alguna) respecto de la regularidad del Concurso para la concesión de los tramos viales del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil; dicha opinión legal fue hecha de conocimiento a los miembros del Consejo Directivo del Proinversión, mediante la Sesión N° 109, del 04 de agosto de 2005, sesión en la que se dio cuenta del informe legal elaborado por el investigado Monroy Gálvez, quién señalaba que el oficio de Contraloría era inocuo respecto a la regularidad del Concurso llevado a cabo por Proinversión.

5.5. Resulta importante señalar que el investigado Monroy Gálvez, al momento de aseverar la no identidad entre las empresas demandadas por la Contraloría y los integrantes de las consorciadas a las que se le adjudicó la buena pro, refirió que no había identidad debido a que el oficio y anexo alcanzado por la contraloría y las declaraciones juradas presentadas por el Consorcio Concesionario Interoceánica Urcos - Inambari y por el consorcio concesionario interoceánica Inambari - Inambari, 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 del concurso. Precizando que el consorcio al que se adjudicó la buena pro es Constructora Norberto Odebrecht S.A., sea mientras que la empresa referida por la contraloría Constructora Norberto Odebrecht S.A.

5.6. Argumento que denota una sospecha reveladora de la comisión del delito de Colusión, toda vez que, el informe legal de fecha 04 de agosto de 2005, emitido por el investigado Monroy Gálvez sustentó la opinión de los miembros del comité de PROINVERSIÓN de Infraestructura y Servicios Públicos, así como los miembros del Consejo Directivo de Proinversión, para levantar la Suspensión de la firma del Contrato que se había dado a consecuencia del Oficio N° 262-2005-CG/VC de fecha 04 de agosto de 2005; ya que con ello se logró materializar el pacto colusorio al que se arribó con la empresa Odebrecht, quién formaba parte de las concesionarias a quienes se les adjudicó los Tramos del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú Brasil.

5.7. Resulta importante señalar que tanto el Comité de Proinversión en infraestructura y Servicios Públicos; y el Consejo Directivo de Proinversión, se basaron en los informes legales emitidos por los investigados Percy Velarde Zapater y Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez; quienes habrían



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

emitido dichos informes dentro de las circunstancias inusuales, como por ejemplo, al advertirse que los mismos fueron solicitados y elaborados en menos de dos horas y media, conforme se advierte el contenido de la referida Acta de Sesión N° 270 del 04 de agosto de 2005.

5.8. Además se debe de hacer mención a que el 04 de agosto 2005, fecha en que la contraloría general de la república hace de conocimiento que las empresas postores a quienes se le había adjudicado los tramos 2, 3 y 4 del proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, tenían procesos judiciales con el Estado, se había programado del Acto de Cierre, es decir la conclusión del proceso de concesión; y por consecuente, la firma del contrato; ante el conocimiento de estos hechos graves y que definitivamente ponían en duda la identidad de los consorcio a quienes se les adjudicado la buena pro, el Comité del Proinversión y el consejo directivo de PROINVERSIÓN, debieron de suspender la firma de los contratos; sin embargo, con la finalidad de materializar el pacto colusorio al que ya se había arribado, es decir la entrega del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, Tramo 2 y 3 a la empresa Odebrecht a cambio de beneficios y sobornos, contó con la participación del investigado Monroy Gálvez, quienes sin realizar un análisis de la documentación presentada por la Contraloría, en pocas horas emitió su informa legal de fecha 04 de agosto de 2005, con los que se justificó levantar la suspensión de la firma de los contratos, instruyendo al comité de Proinversión en Proyectos integrales para la concesión Sur, Perú Brasil, y se suscriba los contratos de concesión de los tramos viales 2 y 3, los cuales eran leonino y perjudiciales para el Estado Peruano.

5.9. Dichas aseveraciones han sido reafirmadas en la Hoja Informativa N° 255-2005-CG/PP-HMM de fecha 29 de setiembre de 2005, elaborado por el Procurador Público Adjunto, Héctor Maldonado Montalvo, en el que se concluye que efectivamente las empresas que conformaban las consorciadas tenían procesos judiciales contra el Estado.

5.10. Emitió 03 informes legales de fecha 23 de agosto, 08 y 12 de setiembre de 2005, lo cual permitió, lo cual imposibilitó un control posterior a las consorciadas consorcio Urcos Inambari y consorcio Inambari - Iñapari, a las cuales se les adjudicó el tramo 2 y 3 del proyecto Corredor Vial Sur, Perú - Brasil, respectivamente

5.11. Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, en su calidad de abogado del Estudio Monroy, emitió el informe legal de fecha 04 de agosto de 2005, por el cual concluyo lo siguiente: Es importante señalar que el investigado a parte del informe legal de fecha 04 de agosto de 2005, emitió tres informes legales más, en las fechas 23 de agosto de 2005, 08 y 12 de setiembre de 2005, realizando a los procesos judiciales que tenían las empresas que forman parte de las concesionarias a quienes se les adjudicó la buena pro de los Tramos 2 y 3 de Consorcio Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil, en cuyas conclusiones ratificó la señalado en su primer Informe legal; así también absolvió consulta realizadas por Proinversión, conforme así lo refiere la Contraloría General de la República con posterioridad el 04 de agosto de 2005, al emitir varios informes m cuyo contenido ratifica le señalado en el Oficio N° 262-2005-CG/VC, así se advierte de la revisión de los actuados el Oficio N° 334-2006-CG/DC de fecha 14 de marzo de 2006, presentado por Rosa Urbina Mandila, Vice Contralora de la República; en el que se enfatiza que los consorcios a los que se le adjudico los tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil, tenían procesos judiciales pendientes con el Estado; contraviniendo con ello el Texto Único Ordenado de las Bases 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 2005:

"5 Requisitos para la precalificación: contenido del sobre N° 1
5.2.2. Requisitos Regales



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Adicionalmente, es Postor deberá acreditar el estricto cumplimiento de los siguientes requisitos legales:

(...)

5.2.2.4. Que el postor, sus accionistas o socios o sus integrantes y los accionistas y socios de estos últimos, en el caso que el postor sea Consorcio, no tengan proceso judicial, relacionado con materias que razonablemente pudieran dar indicios de la falta de idoneidad para la ejecución de las Obras y el mantenimiento de los tramos viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú en el que hubiera sido desarmados o reconvenidos por el Estado, Proinversión, o el Comité no tengan impedimento o restricción alguna para contratar con el Estado. Asimismo, que no tengan impedimento o estén sujetos a restricciones (por vía contractual, judicial, legislativo u otras, incluyendo lo normativo por el artículo 1366 del Código Civil del Perú), para asumir y cumplir con las obligaciones emanadas de estas bases, de la Propuesta Técnica y de la Propuesta Económica y del contrato. Para ello, será necesario que el Postor suscriba, a través de su Representante Legal, una Declaración Jurada Conformada al modelo que figura como Formulario N° 4 de Anexo N°4".

Siendo en el Informe Legal N° 456-2005-LEG-PVZ de fecha 14 de setiembre de 2005 de PROINVERSIÓN de fuera remitido a la Contraloría General de la República, mediante Oficio N°456/2005/DE-SG/PROINVERSIÓN de fecha 20.set.2005, con ocasión del informe Previo del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, se advierte que Proinversión formuló la siguiente consulta al Estudio Monroy Abogados Vinculado al proceso judicial, en el que el Consorcio Chimú se encuentra en condición de litisconsorcio pasivo necesario:

"5.1a denuncia civil interpuesta por quien ha sido demandado por el Estado contra un tercero, ¿supone que este tercero tenga un proceso judicial iniciado por el Estado?(el escenario supone que este tercero hubiere sido considerado como litisconsorcio pasivo necesario).

En todo caso, ¿Cuáles son las formas procesales por las cuales el Estado puede iniciar un procesado judicial contra la perdona, además de la interposición de una demandad o una reconvenición?"

Respecto a esta consulta, el Estudio Respondió:

(...) En conclusión, el tercero incorporado al proceso, a través de una denuncia efectuada por el demandado originario, es también demandado, sin que su participación, con posterioridad al inicio del proceso, aún cuando no se produce en este caso a instancia del Estado, incida sobre dicha calidad procesal.

5.12. Por otro lado, refiriéndonos la segunda pregunta de este numeral, además de la interposición de una demanda o de una reconvenición se considera que, jurídicamente, el Estado ha demandado a un sujeto, cuando éste es incorporado al proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo, sea e iniciativa de parte (denuncia civil) o de oficio."

5.13. El Estudio de Abogados señala en su Informe en las Bases del Concurso de Proyectos integrales para la Concesión Interoceánico Sur, el contenido requisito en el Formulario N° 4 del Anexo N° 4, en no tener proceso judicial o arbitral alguna iniciado por el Estado, Proinversión o el comité, derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales; por lo cual, precisa que en



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

los cuatro procesos judiciales en los que el consorcio Ces-Cisa formuló denuncia civil para que se incorpore a consorcio Chimú, dado que los jueces aceptaron esta denuncia, correspondía evaluar si la intervención del consorcio chimú configuraba en impedimento para que la empresa constructora Norberto Odebrecht S.A. participe como postor en el citado concurso. Concluye que, en tales procesos, el Estado en ningún momento cuestionó o dirigió la pretensión contra el consorcio Chimú, reclamando la ejecución o la responsabilidad derivada de sus obligaciones contractuales, por lo cual, el consorcio Chimú no tiene ningún proceso judicial derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

5.14. En ese mismo sentido, el Informe Legal N°456-2005-LEG-PVZ del 14 de setiembre de 2005 Gerente de la oficina Legal de Proinversión, con relación al impedimento consignado en las Bases de Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión Interoceánico Sur, señaló lo siguiente:

(...) para que se configure impedimento ser postor se requiere necesariamente la concurrencia de los supuestos de hecho:

- i) la existencia de proceso judicial o arbitral iniciado por el Estado y,
- ii) que dicho proceso haya sido iniciado por el Estado como Consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales".

5.15. En consecuencia, de lo señalad en el Informe del Estudio Monroy y el Informe Legal de la Gerencia de la Oficina Legal de Proinversión, se desprende que ambos consideran que existen procesos judiciales iniciados por el Estado, en los cuales está comprendido en Consorcio Chimú, conformado entre otros, por Constructora Norberto Odebrecht S.A.

5.16. Siendo que con esta opinión, el Comité de Proinversión en proyectos de infraestructura y de servicios públicos, presidido por su Presidente, Sergio Bravo Orellana, hizo suyo dicha opinión legal, es decir, consideró que las consorciadas que se adjudicaron los tramos 2 y 3 del Proyecto de Corredor Vial Interoceánica Sur Perú Brasil, no se encontraban impedidas para contratar con el Estado y que por el contrario se debía de proceder a la suscripción de los contratos, opinión discordante con lo señalado por la Contraloría General de la República, quienes hicieron de conocimiento que estas consorciadas tenían procesos con el estado y que por ello no debía de suscribir el citados contratos. Aunando a ello se debe de tener en cuenta que el investigado Monroy Gálvez no habría analizado debidamente la información proporcionada por la contraloría, por el contrario, procedió a emitir la opinión legal en pocas horas; informe legal que luego hizo suyo su co investigado Percy Velarde Zapater. Siendo que con su actuar el investigado Monroy Gálvez, conjuntamente con sus co imputados, coadyuvo a la materialización del pacto colusorio, esto es, entregar el Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú Brasil, a las consorciadas Concesionaria Urcos - Inambari y Concesionaria Inambari - Iñapari, que está integrada por la empresa Odebrecht.

Análisis del juzgador

6. Según al marco imputativo penal, se le atribuye al procesado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez ser cómplice primario del delito de colusión agravada, que se tipifica en el artículo 384 del Código Penal, vigente por la Ley N.°26713, por defraudar al Estado concertándose con los representantes de la empresa Odebrecht y asociadas, así como funcionarios públicos para favorecerla en el proceso de la concesión del proyecto Corredor Vial Interoceánica Perú – Brasil – IIRSA – Sur, tramo 2 y 3, ocasionando un perjuicio al Estado peruano.



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

7. En la imputación del ítem 6.28.2, indica que se emitió un informe legal de fecha 04 de agosto del 2005, que permitió que la consorciada Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari-Iñapari, firmen el contrato de concesión por el tramo 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Sur, Perú – Brasil, ocasionando un perjuicio al Estado; agrega que, con el referido informe así como la opinión a la que arribó el Comité de PROINVERSIÓN y el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, *señaló que el oficio de la Contraloría era inocuo respecto a la irregularidad del concurso llevado a cabo por Proinversión, y que permitió levantar la suspensión de la firma del contrato que se había dado a consecuencia del Oficio N.º262-2005-CG/VC del 04 de agosto del 2005*, a partir de eso se manifiesta que 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 ítem 6.28.10, se indica que los informes legales de fecha 23 de agosto, 08 y 12 de setiembre del 2005, imposibilitó un control posterior a las consorciadas Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari, a las cuales se le adjudicó el tramo 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Sur- Perú – Brasil; en el que se agrega que, el Comité PROINVERSIÓN en los proyectos de infraestructura y servicios públicos, hizo suyo esa opinión legal y consideró que las consorciadas que se adjudicaron los tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú Brasil, no se encontraba impedida de contratar con el Estado y por el contrario debía proceder a la suscripción de los contratos, opinión discordante con lo señalado por la Contraloría General de la República, quienes hicieron de conocimiento que estas consorciados tenían procesos con el Estado y que por ello, no debían suscribir los contratos, en este sentido se señala que coadyuvó a la materialización del pacto colusorio.

8. Como se ha expresado, el delito que se le imputa al procesado en su calidad de cómplice es el de colusión agravada, previsto en el artículo 384 del Código Penal vigente por Ley N.º26713, establece que *“el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de sus cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad y organismo del Estado, según Ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...]”*.

En este contexto el accionante sostiene ante este juzgado nacional que, la conducta atribuida al ciudadano Monroe Gálvez es atípica de conformidad a lo establecido en el artículo 20, inciso 8 del Código Penal que establece *“que está exento de responsabilidad penal el que obra por disposición de ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”*; además al invocar a este constructo jurídico de “prohibición de regreso”, al tratarse de una conducta neutral acude al concepto del autor Villavicencio Terreros y la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se invoca a Günther Jakobs en su obra “La imputación objetiva en el Derecho penal, trad. Manuel Cancio Meliá”, con estos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales concluye, que los cuatro informes emitidos que son materia de imputación son atípicas lo que debe dar lugar al archivo del presente proceso penal.



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA
TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

9. Llama la atención de este juzgado nacional, que el accionante invoque que los informes emitidos por su cliente constituyan un comportamiento atípico; y al mismo tiempo incongruentemente se ampare para este objetivo en lo establecido en el artículo 20, inciso 8 del Código Penal que corresponde a una causa de justificación (causa de exclusión de antijuricidad). Tal es así que, para poder entender que lo atípico *diste* de lo antijurídico en la teoría del delito, se cita a Muñoz Conde que sostiene que “la tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuricidad del mismo, sino, a lo sumo, un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (función indiciaria del tipo). Ejemplo, el hecho de que A haya matado a B, o haya dañado una cosa mueble de C, no se desprende, sin más, que el comportamiento de A sea antijurídico. Ciertamente A puede haber realizado un tipo de homicidio o de daños, pero su hecho puede estar justificado, es decir, no ser antijurídico, por la concurrencia de alguna causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un deber o cargo (el subrayado es del juzgador). **De lo dicho se desprende que tipo y antijuricidad son dos categorías distintas del delito**”². De ahí que se concluya que el peticionante no hace una selección concreta y clara de su postulado, sino busca que esta sea satisfecha con diversas instituciones que le oferta el ordenamiento jurídico penal que hace confuso sus razones, pues esta situación genera una profusión de instituciones jurídicas que hacen menos legible atender a una excepción de improcedencia acción, pues postula atipicidad con una causa de justificación dicho de modo concreto.

10. Se comparte lo sostenido por el abogado defensor al invocar a Feijoo Sánchez, que las conductas estereotipadas se trata de conductas asiduas y generalmente disponibles que, por regla general, se entiende que carecen de significado delictivo y que son absolutamente ajustadas a Derecho, pero que excepcionalmente pueden estar vinculadas a una actividad delictiva ajena, para lo cual se cita como verbigracia *al taxista que realiza un viaje estándar, como otros cientos que ha realizado, sospechando (con indicios como el origen y destino del viaje) que el pasajero lleva un paquete con droga en su interior*, que en cita del mismo texto se concluye que se trata de conductas que se entiende en general que no tiene sentido que sean prohibidas por el hecho de que ocasionalmente alguien pueda aprovecharlas para poder cometer un delito³.

Es por esto que, en el ámbito de participación de conductas neutras, bajo esta moderna concepción es posible citar al actual pronunciamiento jurisprudencial español a través de la **STS 1515/19 del 13 de marzo de la Sala Segunda** que señala sobre la distinción entre actos neutrales y conductas delictivas de cooperación, en el que las sentencias **942/2013, 487/2014 y 290/2018**, se establece que “en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene 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

² MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 8º edición, Tirant Lo Blanch – Libros, Valencia. 2010. Página 250.

³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Teoría de los actos neutrales y participación delictiva”. Los límites de la participación criminal en los delitos económicos” – en Derecho Penal y Económico y Teoría del delito, director Eduardo Demetrio Crespo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 138-140.



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA
TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil 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”.

11. Los fundamentos que se han expuesto en el párrafo precedente, permiten disgregar el postulado que a través de una excepción de improcedencia de acción se constituya como una institución procesal que permita brindar una respuesta suficiente y razonada del enunciado – jurisprudencial antes invocado y de la problemática sobre actos aparentemente neutros cuando refiere “*disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta se coopera con la acción delictiva*”, que al parecer de este juzgado nacional, no es posible excluir del presente proceso penal por atipicidad, pues justamente corresponde que en el marco del presente proceso penal deba efectuarse actividad probatoria que permita establecer, si los cuatro informes emitidos por el procesado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, estuvo situado en una marcada parcialidad o como bien lo diría el representante del Ministerio Público a través de ella 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, pese a lo señalado en su oportunidad por la Contraloría General de la República, quienes hicieron de conocimiento que estas consorciadas tenían procesos con el Estado y que por ello, no debían suscribir los contratos como se ha expuesto literalmente en la disposición que formaliza y continúa la investigación preparatoria – disposición N.º24 de fecha 22 de junio del 2020 (obra de folios 266-273).

Similar criterio jurisprudencial ha seguido el Tribunal de Apelaciones de este Sistema Especializado de Corrupción de Funcionarios en el expediente N.º3-2017-25-5002-JR-PE-02, *ratio decidendi* décimo primero – respecto a conducta neutrales por emisión de informes legales, y que por tratarse de actuación probatoria es contrario de los alcances de la Casación N.º150-2010-La Libertad, emitida por la Corte Suprema, en el FJ.N.º7, que menciona que se circunscribe a que la conducta incriminada no esté prevista en el ordenamiento sustantivo, que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público [...]”, en consecuencia el presente pedido es rechazado, porque merece actuación probatoria para negar la participación del accionante, pues por el momento lo narrado en el marco imputativo penal constituye delito.



CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA

**TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

III. DECISIÓN

Por estas razones, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios, con las facultades de la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal, **RESUELVE:**

- 1. INFUNDADO** el pedido de **EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN**, formulado por la defensa técnica del investigado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, cómplice de la presunta comisión del delito de colusión, en agravio del Estado.
- 2. Notifíquese** a las partes en el modo y forma de ley.



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUST - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE

SEDE CARLOS ZAVALA - JR MANUEL CUADROS 182 - CERCADO LIMA
Secretario: TRINIDAD SANCHEZ John Eliz FAU 20159981216 soft
Fecha: 06/10/2021 12:36:05, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUST /

PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Expediente : 00004-2017-13-5202-JR-PE-01
Jueces superiores : Saavedra Balarezo/Magallanes Rodríguez/Enriquez Sumerinde
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputado : Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez
Delito : Colusión
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : John Eliz Trinidad Sánchez
Materia : Apelación de auto sobre de Excepción de Improcedencia de Acción

Resolución N° 10

Lima, dos mil veintiuno, julio veinte.-

VISTO: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez contra la Resolución N° 10 del 15 de marzo 2021, expedida por el señor Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. **OÍDOS:** Los argumentos de la defensa técnica del apelante y de los representantes del Ministerio Público y de la Procuraduría Pública Ad Hoc. Interviene como ponente la Jueza Superior **MAGALLANES RODRÍGUEZ.**

CONSIDERACIONES.

1. DE LA RESOLUCIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN

1.1. Es la Resolución N° 10, del 15 de marzo de 2021, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción, deducida por la defensa técnica del investigado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, en la investigación preparatoria seguida en su contra por la presunta comisión del delito de Colusión Agravada en agravio del Estado.

1.2. Los fundamentos de la decisión impugnada consisten, *resumidamente*, en lo siguiente:



1.2.1. El *A quo* sostiene que es incongruente alegar atipicidad del comportamiento del investigado basándose en una causa de justificación como la prevista en el artículo 20º, inciso 8 del Código Penal.

1.2.2. Señala que las conductas estereotipadas son conductas asiduas y generalmente disponibles, carentes de significado delictivo por ser absolutamente ajustadas a derecho, pero que excepcionalmente pueden estar vinculadas a actividades delictivas ajenas. Así, en el ámbito de la participación de conductas neutras, cita la *STC 1515/19, de fecha 13 de marzo, de la Sala Segunda*, que hace referencia a la distinción entre actos neutrales y conductas delictivas de cooperación, en el que las *Sentencias 942/2013, 487/2014 y 290/2018* establecen que: *“en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene 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 en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil 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”*.

1.2.3. El juez considera que no existe supuesto de atipicidad, pues corresponde que en el proceso se efectúe actividad probatoria que permita dilucidar si los cuatro informes emitidos por el investigado Monroy Gálvez, pese a lo informado por la Contraloría General de la República - materializaron el pacto colusorio con la empresa Odebrecht, que conformaba el concesionario al que se adjudicó los tramos del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil.

1.2.4. Agrega que, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha adoptado similar criterio en el Expediente N.º 3-2017-25, en cuyo fundamento décimo primero trata sobre conductas neutrales por emisión de informes legales.

1.2.5. En razón de ello, concluye que la excepción deducida debe ser rechazada, porque merece actuación probatoria para negar la participación del accionante; y lo narrado en el marco de la imputación penal sí constituye delito.



2. DELIMITACIÓN DE LA HIPÓTESIS RECURSIVA

2.1. Pretensión Impugnatoria: En el recurso de apelación se reclama la *revocación* de la decisión impugnada, con la consecuencia de *reformularla*, a fin se declare fundada la excepción de improcedencia de acción deducida a favor del investigado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez.

2.2. Fundamentos del recurso: Se sostiene en el recurso que el *a quo* ha incurrido en **error de derecho**, por incorrecta comprensión y aplicación del sentido jurídico de la institución *conducta neutral*; así como por incorrecta interpretación del artículo 20º, inciso 8, del Código Penal. Asimismo, señala que se ha incurrido en **vicio**, al haberse vulnerado el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en la patología de omisión de motivación y por motivación incongruente.

2.3. Agravios del recurso impugnatorio:

2.3.1. Sobre la errónea comprensión y aplicación del sentido jurídico de la “conducta neutral”:

2.3.1.1. Sostiene que la emisión de una opinión legal, ejercida en el marco estereotipado del rol profesional del abogado, carece de idoneidad para ser considerada una conducta de complicidad primaria del delito de colusión, pues no existe conexión alguna entre el ejercicio del rol profesional de abogado consultor y como tal emitir cuatro informes legales atribuidos a su patrocinado, con la subsunción típica de complicidad primaria del delito de colusión.

2.3.1.2. Señala que el juez de primera instancia ignora que la *lex artis* profesional del abogado delimita el estándar del ámbito de competencia profesional y que el estereotipo de neutralidad de la conducta del abogado emana de la Constitución Política (artículo 2.1.), del Código de Ética del Abogado (artículos 2, 3, 5, 6.1. y 12) y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 284 y 288, incisos 1, 2, 4 y 8).

2.3.1.3. El *a quo*, sin haber analizado los cuatro informes legales presentados por la defensa a fin que se valore la neutralidad de la conducta profesional del investigado Monroy Gálvez, de forma prejuiciosa ha adoptado el criterio jurisprudencial español de que no es posible disociar los aspectos objetivos de los elementos subjetivos referidos al conocimiento. No obstante, no es necesario analizar los elementos subjetivos referidos al conocimiento cuando la conducta en sí misma resplandece por su neutralidad, al tratarse de un obrar conforme a Derecho.



2.3.2. Respecto a la errónea comprensión, interpretación y aplicación del artículo 20º, inciso 8, del Código Penal:

2.3.2.1. El juez de primera instancia ha dado el sentido jurídico equivocado de una causa de justificación al obrar en el ejercicio de la profesión del abogado quien emite una opinión legal, cuando lo cierto es que la conducta profesional es *per se*, atípica. Se confunde al haber delimitado las categorías de tipicidad y antijuricidad, en razón que el artículo 20º inciso 8, del Código Penal, se da en un contexto estandarizado y normal de la interacción social, siendo en este sentido que se desarrolla la conducta profesional del abogado y no en una situación excepcional justificante, como lo requiere una causa de justificación.

2.3.3. En relación a la inexistencia de motivación sobre el argumento de que “un informe legal no es vinculante” y, a la motivación incongruente:

2.3.3.1. Indica que en la recurrida se ha omitido el análisis de los elementos de convicción que acompañan el medio técnico de defensa deducido, los que versan sobre la neutralidad de la conducta del investigado por la emisión de los cuatro informes legales. En ese sentido, apunta que no existe norma que otorgue fuerza vinculante a la opinión legal de un abogado particular frente al Estado, pues los informes no tienen la capacidad de obligar a los funcionarios públicos a actuar conforme a su contenido, toda vez que sirven únicamente como referencia sobre el asunto materia de consulta. Y el juez *a quo*, no ha emitido justificación al respecto.

2.3.3.2. Finalmente, agrega que el *A quo* rechazó la excepción deducida sin la debida motivación, sosteniendo que merece actuación probatoria para que se establezca si la conducta de Monroy Gálvez tiene relevancia penal, lo cual evidencia un adelanto de opinión y prejuizgamiento, al traer a colación la necesidad de entrar a un tema de fondo, pese a que en el presente incidente corresponde discutir la viabilidad del archivo del proceso mediante un debate de puro derecho y de una cuestión formal de subsunción típica; es decir ha dejado incontestadas las alegaciones de la defensa, ya que no existe motivación sobre las mismas.

2.4. De la tesis de oposición al recurso del representante del Ministerio Público

La señorita fiscal adjunta al superior, asistente a la audiencia de apelación, sostuvo que la decisión debe ser confirmada por los siguientes argumentos:

2.4.1. En relación a la *errónea comprensión y aplicación del sentido jurídico de la “conducta neutral”*, sostiene que lo que pretende la defensa técnica es que, en base a una particular



postura doctrinaria, el *a quo* establezca una regla general en un incidente en el que se debe analizar la conducta concreta atribuida al procesado. De esta manera, el hecho atribuido al investigado Monroy Gálvez está enmarcado en un contexto que gira en torno a los actos colusorios que se atribuyen al Comité y al Consejo Directivo de Pro Inversión, en el que el investigado no ejerció una función neutral, pues es un reconocido especialista en derecho procesal civil.

2.4.2. En tal sentido, indica que el precitado investigado sabía que su informe constituía una opinión sobre si era correcto o no, que la constructora Norberto Odebrecht sea contratada en la concesión, además que tenía conocimiento del informe de la Contraloría General de la República, que había alertado previamente que existían impedimentos para la contratación; no obstante, el procesado emitió el informe legal en horas, sin tomar en cuenta lo advertido por la contraloría.

2.4.3. Acerca del *error al haberse sostenido que dentro del aspecto objetivo de la conducta neutral también corresponde analizar el conocimiento del imputado*; la fiscal adjunta al superior señaló que la jurisprudencia evoluciona y que existen posiciones doctrinarias que sostienen tanto la postura de la defensa como la asumida por el juez de primera instancia; pero lo cierto es que en el incidente de improcedencia de acción, no puede analizarse si el informe legal fue válido e imparcial, y si su emisión constituye una conducta neutra, ya que ese aspecto no puede determinarse con la sola lectura de la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

2.4.4. Respecto a la *errónea comprensión, interpretación y aplicación del artículo 20º, inciso 8 del CP*, sostuvo que dicha norma no contiene una causa de atipicidad, sino una causa de justificación. Sin embargo, ante diversos criterios doctrinarios discrepantes acerca del contenido de dicho dispositivo legal, el hecho de que en la resolución venida en grado se haya adoptado una postura interpretativa tradicional no afecta los derechos a la debida motivación o al debido proceso.

2.4.5. Por último, sobre la *ausencia de motivación en relación a que "un informe legal no es vinculante"* y a la *motivación incongruente*, la representante del Ministerio Público reitera que la resolución venida en grado se encuentra debidamente motivada, por lo que debe ser confirmada.



2.5. De la tesis de oposición al recurso del representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc:

El señor representante de la procuraduría pública *ad hoc*, asistente a la audiencia de apelación, sostuvo que la decisión debe ser confirmada por los siguientes argumentos:

2.5.1. Sobre la *errónea comprensión y aplicación del sentido jurídico de la "conducta neutral" del abogado*, sostiene que para determinar si el aporte de un sujeto al hecho delictivo, es una conducta neutral, debe analizarse dicha aportación teniendo en cuenta el marco criminal en el que se desarrolla el sentido que el sujeto da al aporte aparentemente neutro. Por tanto, considera que no hay una errónea comprensión o aplicación del sentido de la "conducta neutral", puesto que el juez de primera instancia, al analizar el aporte del investigado, tomó en cuenta el contexto delictivo.

2.5.2. En lo referente a la *errónea comprensión, interpretación y aplicación del artículo 20º, inciso 8, del CP*; debe tenerse en cuenta que la imputación consiste en que el investigado no habría ejercido legítimamente el rol profesional de abogado, pues los informes legales se emitieron con irregularidades y en un contexto criminal, por lo que su actuar ya no se enmarcaría en una aparente conducta neutral. Por lo indicado, considera que lo pretendido por la defensa es que se declare la atipicidad de la conducta mediante la negación de la imputación que recae contra su patrocinado; mientras que lo correcto sería que la defensa técnica cuestione la tipicidad de la conducta a partir del marco de imputación fiscal, por lo que es necesaria la actividad probatoria para determinar si los informes legales permitieron la materialización del pacto colusorio con la empresa Odebrecht.

2.5.3. En relación a la *ausencia de motivación sobre el argumento de que "un informe legal no es vinculante"* y a la *motivación incongruente*, precisa que el *a quo* ha motivado debidamente la resolución venida en grado.

3. DEL PRINCIPIO DE LIMITACIÓN / CONGRUENCIA RECURSAL

3.1. Habiéndose establecido los fundamentos de la decisión impugnada y delimitado los agravios, que es lo que vincula el pronunciamiento de este Tribunal de Alzada, conforme lo determina el artículo 409º.1 del Código Procesal Penal; la impugnación confiere al Tribunal la



competencia para resolver el extremo o materia impugnada, norma reflejo del **principio de congruencia recursal**, esto significa no sólo verificar previamente el interés o legitimidad de quien impugna, sino analizar la consistencia o no de los agravios que se postula frente a las consideraciones judiciales. No resulta admisibles argumentaciones adicionales, no propuestas de inicio en la apelación, pues ello afecta el derecho de defensa de la contraparte, *salvo consideraciones sobre nulidad que puedan asimilarse de oficio*.

3.2. Precisamente y respecto del principio de congruencia recursal, la Corte Suprema de la República, ha establecido precedente vinculante en la **Casación 413-2014-Lambayeque**, en su fundamento 35, que las Salas de Apelaciones y los Tribunales Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto de los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y antes de su concesorio, y no los efectuados con posterioridad a ello. En el fundamento 42, ha interpretado lo siguiente: *“es obligación de la parte recurrente esgrimir los agravios expresados en su escrito de fundamentación del recurso de apelación en la respectiva audiencia, para los efectos que la parte contraria pueda examinarla, discutirla o rebatirla en pleno ejercicio de su derecho de defensa de esa manera no se le vulnerará sus derechos constitucionales y no se le dejará en indefensión”*.

3.3. En el mismo sentido, en la Casación N.º. 668-2018-Loreto, la Corte Suprema de la República ha interpretado que la modificación de la causa de pedir y de la petición vulnera el principio de unidad de alegación en materia impugnativa; pero, estando a que la norma procesal admite la posibilidad de desistimiento total o parcial del recurso de apelación, así como ratificarse en los motivos de la apelación, **es decir que puede reducirse el ámbito impugnativo, esto es, la causa de pedir, pero no ampliarla o alterarla sustancialmente**, conforme lo regula el artículo 424º, numeral 2, del CPP.

4. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE DEBATE RECURSAL (*problema jurídico*)

4.1. Conforme la hipótesis recursal de la defensa técnica del investigado Monroy Gálvez, debe examinarse la corrección de la decisión apelada, a fin de verificar si ésta contiene errores y vicios, que según el planteo recursal consistirían en:

a. Agravio 1: *Error in iudicando*, en la modalidad de ***error de derecho [iure]***:



Poder Judicial



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

i) Por **errónea interpretación** del art. 20 inc.8 del Código Penal.

ii) Por **aplicación indebida** del concepto jurídico de conducta neutral.

b. Agravio 2: Vicio:

i) **Omisión de motivación**; sobre los 4 informes legales emitidos por el investigado.

ii) **Incongruencia omisiva**; por dejar incontestadas las alegaciones de la defensa.

5. ARGUMENTOS NORMATIVOS GENERALES APLICABLES AL CASO

5.1. El Código Procesal Penal – en adelante CPP - en aras del fortalecimiento de las garantías procesales, incluye en su estructura normativa a los medios técnicos de defensa, los que se constituyen como mecanismos direccionados a cuestionar provisional o definitivamente la constitución o el desarrollo de la relación procesal. Dichos medios están divididos en dos grupos: en el primero, se encuentran aquellos que observan la acción penal y requieren la subsanación de algún requisito o la reconducción del procedimiento, conformado por las cuestiones previas y prejudiciales; y, en el segundo sector, se ubican los mecanismo que eliminan o descartan a la acción penal, esto es, las excepciones¹.

5.2. La excepción de improcedencia de la acción, tiene como objetivo atacar a la acción penal, sustentándose en la noción de carencia material de una pretensión punitiva válida, puesto que los hechos atribuidos al imputado no constituyen un injusto penal o no corresponde la aplicación de una pena, careciendo de relevancia penal. Para ello, el artículo 6º, inciso 1, literal b, del CPP, que establece que dicho mecanismo de defensa procede cuando el hecho **no constituye delito o no es justiciable penalmente**. Debe ponderarse que la excepción de improcedencia de acción, conforme lo señala el profesor César San Martín Castro: *“que un primer supuesto jurídico para amparar la excepción, es que el hecho denunciado no constituya delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad*

¹ Véase, fundamento jurídico 6.2., de la Casación N.º 581-2015-Piura, de fecha 5 de octubre de 2016.



absoluta), o que no se adecúe a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y preexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa)².

5.3. El análisis de los referidos supuestos, implica contrastar el contenido fáctico de la imputación fiscal, normalmente contenida en la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria o en el requerimiento acusatorio. Por eso, solo debe evaluarse lo expresado en las referidas disposiciones fiscales, no pudiendo negar, agregar, reducir o modificar algún pasaje de los hechos descritos por el Ministerio Público; y que las solicitudes probatorias están prohibidas. Se aceptan argumentos de justificación de las hipótesis planteadas y su sustento empírico si se encuentran en función de la propia exposición del acto de imputación fiscal, conforme se ha interpretado en la Casación 407-2015-Tacna³.

5.4. Por esta razón, al evaluar dicha excepción el juez, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente, debido a que 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 o como ámbito del examen de su correlación con la realidad–⁴.

5.5. Sobre la excepción de improcedencia de acción, la Corte Suprema ha establecido que esta se sustenta en una noción de carencia material de una pretensión punitiva válida, ya que los hechos atribuidos al imputado no constituyen un injusto penal o no corresponde la aplicación de una pena, es decir, carecen de relevancia jurídico-penal. Este medio técnico de defensa, vinculado a la viabilidad de la causa penal, atañe a un cuestionamiento acerca del juicio de subsunción normativa, de puro derecho. Esto significa que solo se debe tener en cuenta lo expresado en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria o en la acusación fiscal –no puede negarse, agregarse, reducirse o modificarse ningún pasaje del relato incriminatorio– y que las solicitudes probatorias están prohibidas. Se aceptan argumentos de justificación de las hipótesis planteadas y su sustento empírico si se

² Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante, Palestra Editores, Lima, página 739, citado donde se cita la decisión JUI Ejecutoria Suprema la de recurso de nulidad R.N. N° 2798-2003-TUMBES, de la Sala Penal Permanente

³ Véase, fundamento jurídico 4, de la Casación N.° 1307-2019/Nacional, de fecha 12 de febrero de 2020.

⁴ Véase fundamento jurídico 5, de la Casación N.° 407-2015-Tacna, de fecha 7 de julio de 2016.



encuentran en función de la propia exposición del acto de imputación fiscal⁵ la excepción de improcedencia de acción regulada en el literal b, artículo 6.1 del CPP constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal infructuoso o que carece de sentido jurídico penal. Con dicho instrumento procesal penal se discuten los siguientes segmentos: a) la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal –tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y subjetivos–, esto es, que la conducta incriminada no este prevista como delito en el ordenamiento sustantivo; b) que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público; o, c) que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste con toda evidencia de los términos de la imputación. Este medio técnico de defensa, en consecuencia, tiene por finalidad remediar las consecuencias de una impropia apertura del proceso penal⁶ sobre hechos denunciados que no constituyen delito o que, no obstante encuadrar en un tipo delictivo, no son justiciables penalmente. En ese contexto, su ejercicio tiene como finalidad atacar la potestad represiva y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga, el cual tiene como fundamentos las normas constitucional y penal material.

5.6. En esa línea, esta Sala Superior ha considerado –en decisiones precedentes⁷– que la mencionada excepción, procede cuando no se advierten elementos objetivos y subjetivos configuradores de la conducta ilícita penal, así como cuando, presentándose estos elementos, la acción no se sigue, debido a que, por ejemplo, se produce la inexistencia de una condición objetiva de punibilidad o se verifica la existencia de una excusa absolutoria. Es así como, al tratarse de un medio técnico de defensa, que se presenta y se resuelve antes del juicio oral, sólo cabe analizar la hipótesis fáctica formulada por el fiscal, independientemente de si ocurrieron o no, pues su real determinación, únicamente puede ser efectuada con el análisis de la prueba producida luego de materializarse el juzgamiento⁸.

⁵ Casación N.º 1307-2019/Nacional, de fecha doce de febrero de dos mil veinte, f. j. 4.

⁶ Asimismo, debe considerarse que en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 se ha señalado lo siguiente: "(...) en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnica para evitar un proceso en el que no se hayan verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo, en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la prescripción ordinaria, si es que antes de la formalización de la investigación preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

⁷ Véase, lo asumido en los Expedientes N.º 04-2015-40-5201-JR-PE-01, N.º 160-2014-279-5201-JR-PE-01, N.º 46-2017-23-5201-JR-PE-01 y N.º 00215-2015-16-5201-JR-PE-02.

⁸ Véase, fundamento jurídico, de la Casación N.º 702-2017/Ucayali, de fecha 6 de diciembre de 2018.



6. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.1. Agravio 1: *Error in iudicando*, en la modalidad de *error de derecho [iure]*:

6.1.1. Con carácter previo al análisis, es preciso señalar que, si bien se denuncia error de derecho en relación a dos supuestos normativos: art.20.8 CP y concepto de conducta neutral, tales supuestos derivan de un solo contenido normativo relativo a *imputación objetiva*; por lo que un análisis conjunto, resulta razonable, pues permitirá un examen integral y en contexto del caso.

6.1.2. Conforme los argumentos del recurso, la modalidad del error de derecho que se denuncia, es por *errónea interpretación* - del art. 20.8 CP y del concepto de conducta neutral -. Sobre esta modalidad del *error iure*, CARRION LUGO J.⁹, señala: "*Habrà interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla*". En igual sentido SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA M.¹⁰ refiere: "*El juez ha elegido la norma pertinente, pero se ha engañado sobre su significado y le da un sentido o alcance que no tiene (...)*".

6.1.2. Entonces, corresponde verificar si el *a quo* le ha dado un sentido y/o alcance distinto al art. 20.8 CP al aplicarlo al caso, lo propio respecto de los criterios de conducta neutral, para evaluar la conducta del investigado.

6.1.3. En ese contexto y tratándose de un medio de defensa - que ataca la acción penal - es preciso conocer la hipótesis fáctica de la fiscalía, contra el recurrente Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, que resumidamente ha sido descrita en la decisión apelada (fundamento 6 y 7):

"6.Según al marco imputativo penal, se le atribuye al procesado Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, ser cómplice primario del delito de colusión agravada, que se tipifica en el artículo 384 del Código Penal, vigente por la Ley N.º26713, por defraudar al Estado concertándose con los representantes de la empresa Odebrecht y asociadas, así como funcionarios públicos para favorecerla en el proceso de la concesión del proyecto Corredor Vial

⁹ CARRION LUGO J "*El Recurso de Casación en el Perú*". 2003. Volumen I. 2ª Edición. Editora Jurídica GRJLEY, Lima.-

¹⁰ SANCHEZ PALACIOS PAIVA M. "*Causales Sustantivas de Casación*". En Cuadernos jurisdiccionales. 1era. Edición Perú. 2000.



Interoceánica Perú – Brasil – IIRSA – Sur, tramo 2 y 3, ocasionando un perjuicio al Estado peruano.

7. En la imputación del ítem 6.28.2, indica que se emitió un informe legal de fecha 04 de agosto del 2005, que permitió que la consorciada Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari- Iñapari, firmen el contrato de concesión por el tramo 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Sur, Perú – Brasil, ocasionando un perjuicio al Estado; agrega que, con el referido informe así como la opinión a la que arribó el Comité de PROINVERSIÓN y el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, señaló que el oficio de la Contraloría era inocuo respecto a la irregularidad del concurso llevado a cabo por Proinversión, y que permitió levantar la suspensión de la firma del contrato que se había dado a consecuencia del Oficio N.°262-2005-CG/VC del 04 de agosto del 2005, a partir de eso se manifiesta que 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 ítem 6.28.10, se indica que los informes legales de fecha 23 de agosto, 08 y 12 de setiembre del 2005, imposibilitó un control posterior a las consorciadas Consorcio Urcos – Inambari y Consorcio Inambari – Iñapari, a las cuales se le adjudicó el tramo 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Sur- Perú – Brasil; en el que se agrega que, el Comité PROINVERSIÓN en los proyectos de infraestructura y servicios públicos, hizo suyo esa opinión legal y consideró que las consorciadas que se adjudicaron los tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú Brasil, no se encontraba impedida de contratar con el Estado y por el contrario debía proceder a la suscripción de los contratos, opinión discordante con lo señalado por la Contraloría General de la República, quienes hicieron de conocimiento que estas consorciados tenían procesos con el Estado y que por ello, no debían suscribir los contratos, en este sentido se señala que coadyuvó a la materialización del pacto colusorio.”

6.1.4. Luego, conforme aparece de la hipótesis criminal, ésta al ser contrastada con la descripción típica del delito de colusión agravada, se advierte una razonable correspondencia, tal es así que el impugnante no cuestiona la configuración típica ordinaria del delito de colusión agravada, sino que el apelante ataca el *factum* consistente en la emisión de cuatro [4] informes legales por el investigado Monroy Gálvez - que serían el fundamento de su supuesta participación delictiva en el pacto colusorio - desde la teoría de la *imputación objetiva*, tanto para la interpretación de la conducta neutral que reclama, como para la aplicación del art. 20.8 del C.P.

6.1.5. Luego, el razonamiento judicial para desestimar el señalado medio de defensa, es el siguiente:

“9. Llama la atención de este juzgado nacional, que el accionante invoque que los informes emitidos por su cliente constituyan un comportamiento atípico; y al mismo tiempo incongruentemente se ampare para este objetivo en lo establecido en el artículo 20, inciso 8 del Código Penal que corresponde a una causa de justificación (causa de exclusión de antijuricidad). Tal es así que, para poder entender que lo atípico dista de lo antijurídico en la teoría del delito, se cita a Muñoz Conde que sostiene que “la tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuricidad del mismo, sino, a lo sumo, un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (función indiciaria del tipo). (...) De lo dicho se desprende que tipo y antijuricidad son dos categorías distintas del delito”2. De ahí que se concluya que el



peticionante no hace una selección concreta y clara de su postulado, sino busca que esta sea satisfecha con diversas instituciones que le oferta el ordenamiento jurídico penal que hace confuso sus razones, pues está situación genera una profusión de instituciones jurídicas que hacen menos legible atender a una excepción de improcedencia acción, pues postula atipicidad con una causa de justificación dicho de modo concreto.

(...) 11. Los fundamentos que se han expuesto en el párrafo precedente, permiten disgregar el postulado que a través de una excepción de improcedencia de acción se constituya como una institución procesal que permita brindar una respuesta suficiente y razonada del enunciado – jurisprudencial antes invocado y de la problemática sobre actos aparentemente neutros (...) que al parecer de este juzgado nacional, no es posible excluir del presente proceso penal por atipicidad, pues justamente corresponde que en el marco del presente proceso penal deba efectuarse actividad probatoria que permita establecer, si los cuatro informes emitidos por el procesado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, estuvo situado en una marcada parcialidad o como bien lo diría el representante del Ministerio Público a través de ella 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, pese a lo señalado en su oportunidad por la Contraloría General de la República, quienes hicieron de conocimiento que estas consorciadas tenían procesos con el Estado y que por ello, no debían suscribir los contratos como se ha expuesto literalmente en la disposición que formaliza y continúa la investigación preparatoria – disposición N.º24 de fecha 22 de junio del 2020 (obra de folios 266-273)”.

6.1.3. El investigado apelante Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez en su recurso de apelación escrito cuestiona esencialmente **que:** *i)* la opinión plasmada en los informes legales tiene como único sentido jurídico el de haber sido llevada a cabo dentro del marco estereotipado de su rol profesional de abogado, constituyendo una conducta neutral, conducta estándar o conducta profesional y, por tanto, carece de idoneidad para ser considerada como una conducta de complicidad primera del delito de Colusión; *ii)* el Juez no tomó en cuenta las normas delineadoras del estereotipo profesional del abogado (Constitución, Código de Ética del Abogado y Ley Orgánica del Poder Judicial) que determinan la emisión de los informes legales como un obrar atípico; y *iii)* no es necesario analizar los elementos subjetivos referidos al conocimiento cuando la conducta en sí misma resplandece en su neutralidad, **porque en dicha condición expresa el sentido prístino de un obrar acorde a la legalidad, atípica e irrelevante penalmente.**

6.1.4. En efecto, las conductas neutrales, cotidianas o comportamientos estereotipados no representan ningún aporte a un hecho punible; conforme lo ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia dentro de la dogmática como **prohibición de regreso**, que constituye una institución o criterio delimitador de la **imputación objetiva**; que interpreta que no puede responsabilizarse a una persona por un ilícito que causó o favoreció mediante su comportamiento gestado como parte de su rol social, centrándose en la neutralidad de la



conducta propia de su profesión u oficio. Y el *a quo*, **no se ha alejado de esta noción**, el que la defensa técnica del apelante discrepe, no le confiere razón.

6.1.5. Luego, este Tribunal de Alzada comparte la conclusión del *a quo* en desestimar la excepción planteada; puesto que atendiendo específicamente a los hechos imputados antes descritos, no resulta posible determinar de manera concreta y en grado cognitivo de **convencimiento [pleno]** – *por el estado actual del proceso, el que se encuentra en 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.**

6.1.6. Se concluye de ese modo, porque la hipótesis inculpativa de la fiscalía tiene entre sus enunciados el que el precitado investigado emitió los cuatro [4] informes legales para **coadyuvar a la materialización del pacto colusorio**, con el que se defraudó al Estado. De este modo, el título de imputación [complicidad primaria] **exige cooperación imprescindible o útil del cómplice para la perpetración del delito.** Por lo que la evaluación de ese aporte, **no puede reducirse a sólo una mera verificación descriptiva del relato histórico.**

6.1.7. También es preciso señalar que, la defensa técnica del apelante, reiteradamente señala que la emisión de 4 informes legales no puede constituir una conducta con contenido penal, y por eso aplica la teoría de la imputación objetiva; no obstante, la **posición de la defensa técnica es incorrecta**, dado que el **factum inculpativo, no se reduce a la emisión de informes legales**, sino que, **con la emisión de los informes legales – se entiende que el contenido de esos informes - cooperó al pacto colusorio.**

6.1.8. Luego, si bien se trata de complicidad [primaria, según acusación fiscal], esta figura implica varios aspectos, no menos complejos., como es la eficacia de la conducta, verificar si se trata de conducta positiva, omisiva, siempre que subsista una posición y deber de garantía¹¹; y, otro aspecto a evaluar, es el aspecto subjetivo.

6.1.9. Conforme lo señalado, el caso presenta contenidos que no pueden ser analizados ni valorados, a priori y desde una perspectiva estrictamente fáctica, **ya que exigen juicios de valor, que no pueden efectuarse en vía incidental, ya que el peso objetivo de la intervención**

¹¹ JESCHECK, Hans. Tratado; p. 967; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal 52/9; p. 454; WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 169.



delictiva presenta dificultad probatoria, pues aun cuando se determine que el que realiza una prestación neutral se mantiene en el marco de lo socialmente adecuado, **esta situación no anula otros deberes existentes que pueden dar pie a una responsabilidad penal**. En ese sentido, si al sujeto que realiza una conducta socialmente aceptada, le asiste alguna posición de garantía o, mejor dicho, otra competencia por organización (introducción de un riesgo especial, por ejemplo) o institucional (confianza especial, por ejemplo) o deberes de solidaridad mínima (omisión del deber de socorro o de denuncia), entonces una responsabilidad penal podrá tener lugar en caso que esas competencias o deberes se infrinjan. El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón relevante¹².

Por lo que la respuesta definitiva al caso tiene que obtenerse del análisis integral y del contexto situacional; lo que sólo puede alcanzarse en el momento del juicio oral.

6.1.10. Por consiguiente, se verifica que sí existe una hipótesis de correspondencia entre la descripción fáctica de la Disposición de Formalización y Continuación de la investigación Preparatoria, con la hipótesis jurídica del delito de colusión agravada y, al título de intervención delictiva imputado (cómplice primario); y, la efectiva determinación de que el accionar del investigado constituye solamente una conducta neutral y no un aporte para la realización del hecho punible, **requiere la actuación de medios de prueba y, específicamente, de los citados informes**, lo que corresponde ser realizado únicamente **-de ser el caso-** en la respectiva etapa de Juzgamiento, mas no en el trámite de una excepción de improcedencia de **acción** en el que no puede analizarse prueba en lo absoluto y únicamente debe determinarse la resolución del caso sobre el análisis de los hechos propuestos por el titular de la acción penal y el tipo penal que es materia de autos¹³.

Razonamiento que también se expresó en la parte pertinente del segundo párrafo del **fundamento 11** de la resolución materia de revisión.

6.1.11. En consecuencia, **las alegaciones del apelante Monroy Gálvez devienen en inoperantes**.

¹² GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho penal. Parte general", 2012ª edición, Lima: Jurista., pp. 429-430

¹³ Casación N° 416-2020-NACIONAL de 24 de junio de 2020 [*Considerando octavo*].



6.1.12. En lo referente a que *el a quo interpretó erróneamente el concepto preceptivo del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal*". El Tribunal estima que el razonamiento judicial del K a quo, es correcto; con base a los siguientes fundamentos:

6.1.12.1. La norma en mención, prevé que:

"Art. 20.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

6.1.12.2. El investigado recurrente alega esencialmente que: *"(...) es dogmáticamente absurdo e insostenible mostrar la conducta neutral del abogado que emite un informe legal como una causa de justificación como ha sido hecho en el fundamento 9 de la resolución apelada (...)".*

6.1.12.3. La resolución impugnada en su *fundamento 9*, expresa que:

"9. Llama la atención de este juzgado nacional, que el accionante invoque que los informes emitidos por su cliente constituyan un comportamiento atípico; y al mismo tiempo incongruentemente se ampare para este objetivo en lo establecido en el artículo 20, inciso 8 del Código Penal que corresponde a una causa de justificación (causa de exclusión de antijuricidad). Tal es así que, para poder entender que lo atípico dista de lo antijurídico en la teoría del delito, se cita a Muñoz Conde que sostiene que "la tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuricidad del mismo, sino, a lo sumo, un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (función indiciaria del tipo). (...). De lo dicho se desprende que tipo y antijuricidad son dos categorías distintas del delito". De ahí que se concluya que el peticionante no hace una selección concreta y clara de su postulado, sino busca que esta sea satisfecha con diversas instituciones que le oferta el ordenamiento jurídico penal que hace confuso sus razones, pues está situación genera una profusión de instituciones jurídicas que hacen menos legible atender a una excepción de improcedencia acción, pues postula atipicidad con una causa de justificación dicho de modo concreto".

6.1.12.4. Luego, la Corte Suprema¹⁴ señala que *"(...) dentro del estudio de la tipicidad encontramos a la denominada teoría de la imputación objetiva como delimitadora del injusto del comportamiento, que a diferencia del dogma causal (teoría de la causalidad) expuso la siguiente tesis: "Toda conducta puede ser declarada típicamente relevante solo por su significado antinormativo y no por la modificación del mundo exterior causada por la conducta" ".* Entonces, la causa de eximente de responsabilidad del art. 20.8° del CP, no encuadraría en el ámbito de la

¹⁴ Recurso de Nulidad 1645-2018 – SANTA, de 09 de enero de 2019. Prohibición de Regreso. [fundamento 3.2.]



imputación objetiva; no obstante, a nivel doctrinal existe divergencia de posiciones sobre la naturaleza del articulado en mención [si constituye una causal de atipicidad o una causa de justificación] y que al aparecer el apelante adopta que se trataría de una causa de atipicidad lo que en general, es admitido como causa de justificación.

Para este Colegiado Superior, es correcta y comparte la interpretación asumida en la resolución apelada en cuanto a que el contenido preceptivo del inciso 8° del artículo 20° del Código Penal corresponde a una *causa de justificación*. Ello, considerando que:

A. El planteo de la defensa que ataca la tipicidad de la acción penal vía excepción en aplicación del ejercicio legítimo de la profesión, **incluso, desde la teoría de la imputación objetiva, constituye un juicio o análisis sucesivo al de tipicidad.** Precisamente, la imputación objetiva permite identificar cuando una conducta puede perder relevancia penal o no serle atribuida al agente activo y del mismo modo, saber cómo el resultado ocasionado puede dejar de serle atribuido a la conducta realizada por el agente activo, esto es la imputación objetiva se propone resolver **cómo la conducta** o comportamiento del autor adquiere relevancia penal y **cómo el resultado** ocasionado puede serle objetivamente atribuido a dicho comportamiento. Todo esto mediante el estudio de la **imputación objetiva a la conducta** y al **resultado**. A partir de estos dos esquemas, es posible diferenciar entre **imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva al resultado**, en las que se ubican distintas categorías.

B. La imputación objetiva desarrolla la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado; desde la perspectiva de la *imputación objetiva a la conducta* se contempla conceptos como: **1) el riesgo permitido, 2) el principio de confianza, 3) la prohibición de regreso y 4) la imputación a la víctima**¹⁵ que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica¹⁶. Pero los criterios señalados por la teoría de la imputación objetiva, no solo están referidos a determinar la tipicidad de una conducta o como esta adquiere relevancia penal; sino que, **también pueden operar luego de**

¹⁵ Casación N° 23-2016-ICA de 29 de enero de 2013 [Rubro IV. *Del ámbito de la casación*, parte pertinente de su numeral 4.44.].

¹⁶ Recurso de Nulidad N° 5315-2008-PUNO de 03 de mayo del 2010.



haberse confirmado la existencia de esta conducta típica; cuyas pautas están dirigidas a vincular el resultado ocasionado con la conducta típica, lo que puede encuadrarse en imputación objetiva del resultado, por lo que para eliminar la imputación objetiva en ese nivel, será necesario que exista otra explicación alterna o distinta a la conducta típica y que quebrante el nexo entre el resultado y la conducta; en este sentido, podemos identificar: **1) Relación de riesgos; 2) Nexos causales desviados; 3) Consecuencias tardías; 4) Fin de protección de la norma penal; 5) Cumplimiento de deberes de función o de profesión; 6) Obrar con el consentimiento del sujeto pasivo.** Todo lo que puede graficarse en el siguiente cuadro:

IMPUTACION OBJETIVA	
A LA CONDUCTA	AL RESULTADO
Riesgo permitido	Relación de riesgos
Disminución de riesgos	Nexos causales desviados
Principio de Confianza	Consecuencias tardías
Prohibición de regreso	Fin de protección de la norma penal
Ámbito de competencia de la víctima	Cumplimiento de deberes de función o de profesión
	Obrar con el consentimiento del sujeto pasivo

C. En el ejercicio de un oficio o cargo, se parte del criterio objetivo de imputación –disminución del riesgo–, el comportamiento está justificado [causa de justificación]: *“El ejercer un oficio o profesión, cuando se tiene el título, faculta a su titular ejecutar las tareas correspondientes a dicho oficio o profesión. El abogado, médico, periodista o ingeniero, con ocasión de ejercer sus profesiones, pueden afectar bienes realizando objetivamente los tipos penales destinados a tutelarlos. Si bien el tipo no se realiza a cabalidad por faltar el elemento subjetivo es suyo es un caso justificado a condición que: a) la profesión u oficio sean lícitos; b) que la actuación no rebase la lex artis y c) que el propósito de la intervención se refiera a uno de su profesión u oficio”¹⁷.*

D. Así, encontramos el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la República en la **Casación número 374-2015-LIMA¹⁸** que, respecto a la causa de exención de

¹⁷ VILLA STEIN, Javier. “Derecho penal. Parte General”, 2014, Lima: Ara, p. 428

¹⁸ Del 13 de noviembre del 2015 emitida por la Sala Penal Permanente.



responsabilidad por el ejercicio legítimo de una profesión u oficio, en su parte pertinente expresó:

“Décimo séptimo. A diferencia de la tipicidad, que es un análisis sobre si la conducta encaja en el tipo penal y es aceptada socialmente, en esta categoría se determina si individualmente el ordenamiento jurídico la autoriza, por ello el análisis se hace caso por caso y ponderando una serie de principios que determinaran si la conducta se permite o no. Décimo octavo. i) La antijuridicidad implica un doble análisis sobre la conducta del sujeto activo: a) Antijuridicidad formal, es decir, que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico. b) Antijuridicidad material, que la conducta lesione el bien jurídico, es en esta donde se analizará si está justificada. ii) Puede existir colisión de bienes jurídicos de tal forma que se debe sacrificar el interés menos valioso, por lo que, la lesión o puesta en peligro de este sólo será materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico. Criterio que prima al momento de evaluar las causas de justificación, conforme con la doctrina mayoritaria. Décimo noveno. Una de estas causas de exención de responsabilidad es el ejercicio legítimo de una profesión u oficio, regulado en el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, que tiene su fundamento en el derecho a la libertad del trabajo, por lo que, la conducta del sujeto activo que lesiona un bien jurídico al desarrollar una profesión u oficio, no será antijurídica si es que se realizó de acuerdo al ordenamiento jurídico, es decir, que el agente haya actuado respetando las normas constitucionales y dentro del marco legal, general o especial, pertinente, en atención al principio de interés preponderante”. [el resaltado y subrayado es agregado]

6.1.12.5. Estando a lo analizado, la conclusión del *a quo*, es correcta ya que la pretendida aplicación al caso del art. 20.8° CP, es inviable a través de un medio de defensa como la excepción de improcedencia de la acción, pues el análisis de dicha causal de justificación, exige un juicio de valor posterior al análisis de tipicidad; e incluso, también requiere de actividad probatoria específica, para verificar si el investigado Monroy Gálvez al emitir los cuatro informes legales, actuó dentro del margen permitido por el ordenamiento jurídico, es decir, respetando las normas tanto constitucionales, penales, extrapenales, estos es dentro del marco general y especial de la ley.

6.1.13. Consecuentemente, no se estima que el A quo hubiera interpretado erróneamente el concepto preceptivo del inciso 8° del artículo 20° del Código Penal. Por lo que, **no son de recibo las alegaciones del apelante en este extremo, debiendo ser desestimado este agravio.**

6.2. **Agravio 2: *Indebida motivación en la patología de omisión y de incongruencia omisiva***



6.2.1. Este extremo del reclamo impugnatorio, denuncia **vicios in cogitando**, los que son vicios del pensamiento lógico, independientemente del contenido - no es "lo que dice el juez", sino la "forma del razonamiento" - dado que, la defensa técnica del apelante hace alusión a un defecto en la motivación de la decisión recurrida (omisión de motivación e incongruencia omisiva), es decir se denuncia **defectuosa motivación**.

6.2.2. Entonces, desde esa perspectiva debe verificarse la **validez formal de la resolución impugnada a través de un control externo**, esto es **examinarse si la decisión apelada incurre en vicio de motivación**, que afecte su estructura de modo tal que la afectación producida por el vicio, resulte constitucionalmente relevante, esto es, que la irregularidad denunciada genere un perjuicio cierto e inminente frente a alguno de sus derechos fundamentales, el cual requiera ser restituido de manera urgente a razón de regularizar el debido procedimiento; y es que no se admite la nulidad por la nulidad, toda vez que las formas no han sido establecidas para satisfacer "*pruritos formales*"¹⁹.

6.2.4. Un aspecto que merece especial mención, es que se denuncia omisión de motivación, lo que no resulta compatible con una pretensión revocatoria sino más bien con una pretensión nulificante; puesto que ésta implica la reforma de un pronunciamiento pre existente, que, en el caso, no se habría dado, según denuncia el apelante.

6.2.5. En relación a la **omisión de motivación** respecto de los elementos de convicción que acompañó a la excepción: Conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en el **Expediente No. 00728-2008-PHC/TC**, esta patología consiste en:

"(...) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico".

6.2.5.1. En tal sentido, la **omisión de motivación**, se presenta en el caso que la resolución judicial **no hay explicación sustancial de la controversia**.

¹⁹ **COUTURE, E.** *Fundamentos de Derecho procesal civil*. 2002. 4ta. Edición., B de F, Montevideo. p. 316.



6.2.5.2. Luego, a fin de verificar el vicio denunciado, es preciso conocer del razonamiento judicial, cuya ratio es:

“(...) no es posible excluir del presente proceso penal por atipicidad, pues justamente corresponde que en el marco del presente proceso penal deba efectuarse actividad probatoria que permita establecer, si los cuatro informes emitidos por el procesado Juan Federico Doroteo Monroe Gálvez, estuvo situado en una marcada parcialidad o como bien lo diría el representante del Ministerio Público a través de ella se materializó el pacto colusorio al que se arribó con la empresa Odebrecht”.

6.2.5.3. Conforme se advierte de la transcripción, el señor juez de la instancia primera, concluye que **el caso requiere de actividad probatoria**, por tanto, **no podía evaluar los anexos que reclama el impugnante, pues ello constituiría asignarles un valor probatorio que no puede otorgarse en vía incidental.** Cabe reiterar que, en el trámite de una excepción de improcedencia de acción, no puede analizarse o valorarse elementos de convicción o medios de prueba, pues solo corresponde sustentar la resolución en el análisis de los fácticos propuestos por el Ministerio Público en relación al tipo penal que es materia de investigación, es decir que, se trata de verificar una **línea de correspondencia**, entre la hipótesis fáctica y el tipo penal. I

6.2.5.4. En este extremo, debe precisarse –por los mismos fundamentos- en esta segunda instancia de revisión tampoco corresponde efectuar juicio de valor al Informe N° 102-2021-RMA/CRM, presentado por la defensa técnica del apelante Monroy Gálvez mediante escrito del 27 de abril del 2021. En ese mismo sentido, es evidente que, independientemente de los efectos vinculantes o no que tuvieran los informes legales emitidos por el investigado, la valoración y determinación del aporte que podría haber prestado para la realización del hecho punible [dentro de los alcances de su calidad de cómplice primario imputada por la Fiscalía] corresponderá ser examinados -de ser el caso- en la respectiva etapa de Juzgamiento.

6.2.6. Por tanto, cuestionar este fundamento bajo los argumentos expuestos, evidencia la **falta de operatividad del agravio, el que se torna ineficaz para acreditar el vicio que se denuncia.**



Poder Judicial



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

6.2.7. Respecto del vicio consistente en motivación incongruente: Esta clase de patología de la motivación, conforme lo interpretado por el Tribunal Constitucional en el **Expediente No. 00728-2008-PHC/TC**, consiste en:

“(...) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)”.

6.2.8. La parte apelante sostiene que el razonamiento judicial que interpreta que en el caso es necesaria actividad probatoria, *evidencia un adelanto de opinión y prejuzgamiento*, al exponer razones de un tema de fondo, pese a que en el presente incidente corresponde discutir la viabilidad del archivo del proceso mediante un debate de puro derecho y de una cuestión formal de subsunción típica. En este extremo del recurso, este Tribunal de Alzada debe señalar:

6.2.8.1. En principio, no se verifica la patología de motivación incongruente en la decisión judicial que apela, dado que **no se ha dejado incontestadas pretensiones, o que el debate haya sido desviado fuera del planteo de la defensa**; denotando más bien el Tribunal que, el apelante hace referencia a que se decide por un tema de imposibilidad de valoración de prueba, cuando se trata un caso de puro derecho, por lo que – al parecer - se referiría a un análisis desde el punto de vista de la lógica, pues la motivación, para ser lógica, debe ser válida es decir coherente, lo que exige un conjunto de razonamientos armónicos entre sí, formulados sin violar los principios de identidad, **de contradicción** y del tercero excluido, para ello deben ser: ***congruentes, no contradictorias e inequívocas.***

6.2.8.2. Precisamente, un supuesto de justificación *incoherente* en las resoluciones se produce cuando éstas contengan contradicciones internas por errores manifiestos, conforme se señala en el fundamento quinto, de la Casación N.º 603-2015- Madre de Dios: *“(...) la inferencia probatoria debe ser compatible con las máximas de la experiencia, las leyes de la lógica y/o las reglas*



científicas pertinentes. Un caso de ilogicidad se da, por ejemplo, cuando la resolución contenga contradicciones internas por errores manifiestos (...)”.

6.2.8.3. Contrariamente a lo sostenido por el apelante, en la resolución recurrida no se advierte **incoherencia** en la resolución, pues se trata de que la defensa presenta una posición particular sobre un tema de imputación objetiva, y que el *a quo* no ha asimilado, porque ha adoptado distinta postura doctrinaria y jurisprudencial, que además es aceptada y compartida por este Tribunal.

6.2.8.4. Es así que, la conclusión judicial respecto que es necesario efectuar actividad probatoria para dilucidar la participación del investigado Monroy Gálvez, lo que no puede hacerse para decidir sobre una excepción de improcedencia de acción, **es correcta**, y no presenta vicios de logicidad ni incoherencia, dado que la interpretación efectuada por el *a quo* es razonable en términos de a doctrina y jurisprudencia; lo que de modo alguno constituye supuesto de parcialidad o adelanto de opinión sobre el caso, ya que el *a quo* aplica criterios generales establecidos por la Corte Suprema, para los casos de la excepción antes señalada.

6.2.8.5. En suma, el agravio propiciado por la defensa, también es **inoperante**, debiendo ser desestimado.

6.3. Conclusión: Conforme se ha verificado, de toda la argumentación expresada en la decisión impugnada, no se evidencia que se haya incurrido en un caso de infracción formal o sustancial, ya que se puede apreciar el nexo lógico entre lo debatido y lo decidido. Exponiéndose razones que justifican la decisión del juzgador, y esas razones resultan adecuadas para tal efecto y apropiados en la medida que en realidad son idóneas para adoptar dicha decisión”²⁰, pues *el proceso lógico valorativo*, se ha realizado sobre los *datos de hechos*²¹ y los *datos de demostración*²² del caso a resolver. El recurso, propone posiciones particulares, que no son asentidas por este Tribunal; por **lo que debe declararse la infundabilidad del mismo**.

²⁰ STC 1939-2011-PA/TC, fj. 26

²¹ Los **datos de hechos**, son unidades mínimas de información, con sentido completo, que describen una situación temporal y especialmente delimitada.

²² Los **datos de demostración**, son elementos que corroboran la ocurrencia de un dato de hecho de manera directa e inmediata.



Poder Judicial



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en aplicación del artículo 409° del CPP,

DECIDEN:

1. DECLARAR **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado

Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez.

2. En consecuencia: **CONFIRMAMOS** la Resolución N° 10 del 15 de marzo 2021 emitida por el señor Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del precitado investigado. Lo anterior, en la investigación preparatoria que se le sigue en su contra por la presunta comisión el delito de Colusión agravada en agravio del Estado; *con lo demás que contiene.*

3. **DISPONEMOS** la devolución del cuaderno al juzgado de procedencia. *Regístrese y notifíquese.*

SS.

SAAVEDRA BALAREZO

MAGALLANES RODRÍGUEZ

ENRIQUEZ SUMERINDE

SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A

Expediente : 00004-2015-40-5201-JR-PE-01
Jueces Superiores Especialista : Salinas Siccha / Guillermo Piscocoya / Burga Zamora
Ministerio Público : Ruiz Riquero, José Humberto
Imputado : Pomar Calderón, Víctor Emanuel
Delito : Colusión agravada
Materia : Apelación de auto - Excepción de improcedencia de acción

Sumilla: El análisis de una conducta, a la luz de los criterios de imputación objetiva, no podría realizarse sin la mínima aportación de hechos y discusión de elementos probatorios, prohibidos por la propia naturaleza de la excepción de improcedencia de acción.

Resolución N° 02

Lima, treinta y uno de julio
de dos mil diecisiete

AUTOS y OÍDOS.- En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por el imputado **Víctor Emanuel Pomar Calderón**, contra la resolución N° 08, de fecha veintisiete de junio de dos mil diecisiete, emitida por el Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **infundada la excepción de improcedencia de acción que ha deducido**, en el marco del proceso penal que se sigue en contra del citado imputado por la presunta comisión, en calidad de cómplice, del delito contra la administración pública –Colusión agravada–, en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior SALINAS SICCHA; y,
ATENDIENDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. El presente incidente tiene su origen en el escrito presentado por la defensa técnica del imputado Víctor Emanuel Pomar Calderón, con fecha trece de marzo de dos mil diecisiete, por el cual deduce excepción de improcedencia de acción respecto al delito de colusión. Esta excepción fue materia de pronunciamiento por el Juez del Segundo Juzgado Nacional de



Investigación Preparatoria Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, quien por resolución N° 08, de fecha veintisiete de junio de dos mil diecisiete, resolvió declarar infundada la excepción deducida.

1.2. La defensa del imputado Víctor Emanuel Pomar Calderón interpone recurso de apelación, el cual es concedido y luego fundamentado dentro del plazo de ley, elevándose el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, la que por resolución N° 02 señaló como fecha de audiencia el día veintiséis de julio de dos mil diecisiete. Que, luego del debate y deliberación, se procede a emitir la presente resolución.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1. La resolución que es materia de apelación, de fecha veintisiete de junio de 2017¹, se sustenta fundamentalmente en dos argumentos. En principio, analiza el argumento del imputado, en el sentido que las conductas atribuidas a Pomar Calderón se habrían realizado luego de haberse otorgado la buena pro a favor del consorcio ganador; por lo que estas conductas serían atípicas, dado que el aporte del cómplice solo se puede dar antes o durante la ejecución del delito y no luego de su consumación.

2.2. En relación a este argumento del excepcionante, el Juez de Investigación Preparatoria señala que no es atendible, pues, conforme se aprecia de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, los hechos imputados habrían tenido lugar en la etapa de ejecución de los contratos, y no en su etapa de selección – como pretende sostener la defensa –. Por lo que, concluye el *A quo*, de acuerdo a los hechos objeto de investigación, no se puede sostener que las conductas atribuidas al imputado se hayan realizado en un momento postconsumativo.

2.3. Luego, analiza lo planteado por la defensa, en el sentido que el imputado Pomar Calderón se habría limitado a cumplir con el rol que le competía, pues, en su calidad de director ejecutivo del SIMA tenía la obligación de firmar los contratos de servicios en los procesos de adjudicación directa para terceros, cuyos montos a contratar fueran superiores a un millón de soles (S/1'000,000.00). Es por ello que, el veinte de noviembre de dos mil doce, habría suscrito los contratos cuestionados en cumplimiento de sus funciones.

¹ Ver fojas 189-195 del presente cuaderno.

2.4. En relación a este argumento del excepcionante, el Juez de Investigación Preparatoria sostiene que si bien se le atribuye la conducta de haber suscrito los dos contratos de servicios cuestionados, lo cierto es que no solo se le atribuyen tales conductas, sino además que al momento de celebrar dichos contratos no habría observado que los mismos no cumplían con los requisitos que exigía el convenio suscrito entre el SIMA –cuya representación ostentaba– y el Gobierno Regional de Junín, en el cual señalaba que la primera de ellas no podía subcontratar sin autorización previa del mencionado ente regional. En ese sentido, tal sería la conducta que se reputa como un acto de complicidad, dado que con su conducta habría coadyuvado a que los funcionarios encargados de la supervisión se coludieran con el representante de los consorcios ganadores, defraudando los intereses del Estado.

2.5. Con base en tales consideraciones, el Juez de Investigación Preparatoria concluye que los argumentos esgrimidos no resultan amparables, por lo que resuelve declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el imputado Víctor Emanuel Pomar Calderón.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. En su recurso de apelación fundamentado con fecha seis de julio de dos mil diecisiete², y oralizado en la audiencia del veintiséis de julio del mismo año, el impugnante sustenta su recurso, fundamentalmente, en los siguientes argumentos: en primer lugar sostiene que el razonamiento planteado en la resolución recurrida carece de sustento, pues la intervención de Pomar Calderón habría sido posterior a la consumación del supuesto acuerdo colusorio que se habría dado entre el SIMA y la empresa ANTALSIS, debido a que el imputado suscribió los contratos de servicios N° SP-2012-096 y N° SP-2012-097 con Juan Carlos Rivera Ydrogo (representante de los Consorcios Puentes y Eternidad), aproximadamente un mes después de que se había otorgado la buena pro a los consorcios para que realicen obras civiles complementarias en la construcción de los puentes Comuneros y La Eternidad.

3.2. En ese orden de ideas, agregó que la única participación que se imputa a Víctor Emanuel Pomar Calderón es la suscripción de los contratos de servicios N° SP-2012-096 y N° SP-2012-097 con Juan Carlos Rivera Ydrogo, lo que venía solamente a formalizar un proceso de adjudicación que estuvo a

² Ver escrito de fojas 203-216 del presente cuaderno.



cargo de otras personas y en el que el imputado no tuvo participación alguna. Incluso, agrega que este proceso de adjudicación se llevó a cabo cuando el imputado aún no ostentaba el cargo de director ejecutivo del SIMA, lo que demostraría lo alejado que este se encontraba de los supuestos actos colusorios.

3.3. Así también, el impugnante sostiene que el imputado suscribió los contratos referidos a los puentes Comuneros y La Eternidad debido a que dicha firma era una de sus obligaciones derivadas de las directivas del SIMA; por lo que habría realizado dicha conducta en cumplimiento de sus funciones, es decir, dentro de su rol como director ejecutivo, por lo que la conducta que se le atribuye sería atípica. Concretamente precisó que el punto 15) del Anexo A de la Directiva de Gestión –Gestión Logística para Operaciones con Terceros– DES-26-00, establece que los contratos para adjudicaciones mayores a un millón de soles deben ser suscritos por el director ejecutivo de SIMA-PERÚ S. A., esto es, por Víctor Pomar Calderón, quien, de no haberlo hecho, habría incurrido en responsabilidad funcional.

3.4. Por otro lado, el impugnante sostuvo que toda la imputación fiscal se basa en que el imputado suscribió un contrato entre el SIMA y el consorcio, sin autorización expresa del Gobierno Regional de Junín, lo que contraviene los convenios celebrados entre esta entidad y el SIMA, que establecen que la subcontratación de las obras asumidas por el SIMA requiere de la previa autorización del gobierno regional. Sobre este cuestionamiento, el impugnante sostuvo que el cargo de director ejecutivo, al ser un cargo gerencial, no obligaba al imputado a controlar o auditar los procedimientos de adjudicación que formalizaba con su firma; pues, el principio de confianza y la división del trabajo que este implica, le permitía confiar en que las personas que tomaron parte en el proceso de adjudicación (Comité Especial, Área de Logística, Área Legal, etc.), realizaron el control respectivo en cumplimiento de sus funciones. Concluye el impugnante, afirmando que exigir dicho control al imputado, en su calidad de director ejecutivo, importaría convertir a dicho cargo en uno completamente ineficiente. Sobre este aspecto puntualizó, además, que en el supuesto negado de que el imputado hubiera actuado de manera imprudente en la suscripción de los contratos, su conducta igualmente sería atípica, pues el delito de colusión únicamente admite su comisión dolosa.



3.5. Finalmente, ejerciendo el derecho de réplica, el impugnante sostuvo que la supuesta irregularidad en que se habría incurrido en la suscripción del contrato, no es tal, dado que un criterio ya establecido en el SIMA es que la autorización del gobierno regional correspondiente, únicamente se requiere cuando la obra subcontratada deja de ser vigilada y controlada por el SIMA; no obstante, en los supuestos en que el SIMA no deja sus facultades de supervisión ni vigilancia, como habría sucedido en este caso, el SIMA subcontrata sin dar cuenta al gobierno regional, tal como habría sucedido en una serie de procesos distintos a los que son materia de imputación. Con base en los argumentos precedentes, el impugnante solicita la revocatoria de la recurrida, y en consecuencia, se declare fundada la excepción de improcedencia de acción que ha deducido.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Al concederse el uso de la palabra a la representante del Ministerio Público, esta señaló que para resolver la presente incidencia es importante conocer el contexto global del caso, dado que la imputación contra Pomar Calderón no es un hecho aislado, sino que forma parte de una investigación formalizada con fecha veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis, seguida contra cincuenta y un personas, quienes se encontrarían vinculadas a la comisión de los delitos de colusión, cohecho y asociación ilícita para delinquir.

4.2. En ese contexto, señaló que la imputación contra Víctor Pomar Calderón consiste en que en su condición de director ejecutivo y representante legal de la empresa Servicios Industriales –SIMA PERÚ S. A.–, habría coadyuvado en el 2012 a que David Zurita Puente y Rubén Hugo García Abregú, como inspectores de las obras del Puente Comuneros y Puente Eternidad, respectivamente; y Juan Carlos Rivera Ydrogo, representante del Consorcio Puentes (Antálsis SL y Antálsis Perú S. A. C.), se concierten en la etapa de ejecución de las obras "*Mejoramiento de la Av. Eternidad y Construcción del Puente La Eternidad, Provincia de Chupaca, Departamento de Junín*", y "*Construcción de Estribos y Pilonos del Puente Comuneros*". Agregó, sobre este aspecto, que las empresas estarían vinculadas al investigado Martín Belaunde Lossio; además que, en todos los contratos estatales en que habrían intervenido sus empresas, se ha evidenciado la comisión de actos de corrupción.



4.3. Agregó, además, que la imputación contra Pomar Calderón se sostiene en que este habría inobservado lo que establecen los convenios celebrados entre el SIMA y el Gobierno Regional de Junín, en el sentido de que la subcontratación que podría realizar el SIMA, estaba supeditada a la autorización previa del gobierno regional, lo que no se dio en el presente caso, pues el imputado suscribió el contrato sin previa autorización del gobierno regional. A decir de la Fiscalía, este hecho demostraría la conducta dolosa en que ha incurrido el imputado, pues no se puede asumir, como lo propone el impugnante, que Pomar Calderón haya firmado sin reparos los documentos que se le presentaban.

4.4. Por otro lado, defendió los argumentos planteados en la recurrida, en el sentido que la imputación fiscal contra el investigado se enmarca en la etapa de ejecución contractual y no en la etapa de otorgamiento de la buena pro, como pretende sostener la defensa. Finalmente, refirió que el impugnante insiste en efectuar un juicio de responsabilidad, lo que no corresponde efectuar a través de un medio técnico de defensa, como el que es materia de debate. Por tales consideraciones, solicitó se confirme la recurrida.

V. ARGUMENTOS DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA

5.1. En su oportunidad, la representante de la Procuraduría Pública suscribió los argumentos vertidos por la Fiscalía e insistió en tener en cuenta que la presente investigación se sigue contra cincuenta y un imputados, presuntos integrantes de una organización para delinquir.

5.2. En relación a lo planteado por la defensa técnica del imputado Pomar Calderón, señaló que contrario a lo que este sostiene, en el presente caso, el imputado ha incumplido su rol; pues, de acuerdo a las funciones inherentes a su cargo no debió suscribir el contrato entre el SIMA y el consorcio representado por Juan Carlos Rivera Ydrogo. Con la firma de este contrato contravino lo previsto en el Convenio Marco suscrito entre el SIMA y el Gobierno Regional de Junín, lo que permitió el favorecimiento al señor Rivera Ydrogo, causando perjuicio al Estado. Con base en los argumentos precedentes, la representante de la Procuraduría concluyó su alocución, solicitando se confirme la resolución impugnada.

VI. DEFENSA MATERIAL DEL IMPUTADO

6.1. Antes de concluir el debate se dio el uso de la palabra al imputado, quien explicó el procedimiento seguido por el SIMA en los procesos de

contratación con otros organismos del Estado, así como la organización del SIMA. Puntualmente señaló que los contratos que son objeto de discusión fueron celebrados por el SIMA, suscribiendo él como director ejecutivo; sin embargo, la ejecución de los mismos estaba encargada a la dependencia SIMA-Chimbote. Agregó que las coordinaciones sobre los contratos en cuestión se llevaron a cabo en ese nivel, es decir, en SIMA-Chimbote, y no en la dirección ejecutiva que estaba a su cargo. Concluyó su alocución indicando que las obras adjudicadas fueron concluidas, por lo que no existe perjuicio para el Estado.

VII. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

7.1. Como se observa del recurso interpuesto y lo debatido en audiencia por los sujetos procesales, la controversia jurídica que se somete a consideración de este Colegiado, gira en torno a la procedencia o no, de un medio técnico de defensa, concretamente, una excepción de improcedencia de acción. El análisis adecuado de esta cuestión pasa por reconocer las características y límites de este mecanismo de defensa; por lo que resulta pertinente, y aún más, necesario, exponer brevemente las notas esenciales de esta importante excepción prevista en el ordenamiento procesal penal peruano.

7.2. La excepción de improcedencia de acción, como los demás medios técnicos de defensa, tiene por objeto atacar la acción penal, o con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge a partir de su ejercicio. Para tal fin, el artículo 6°, apartado 1, literal b, del Código Procesal Penal, establece su procedencia en los siguientes supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito y ii) el hecho no es justiciable penalmente. El análisis de ambos supuestos implica contraponer el *contenido fáctico* de la imputación fiscal, normalmente contenida en la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria, a la *descripción normativa* que la ley penal material realiza de una conducta punible –tipo penal–. La falta de coincidencia entre la imputación fáctica y el tipo penal determina la fundabilidad de la excepción de improcedencia de acción, caso contrario, el proceso deberá seguir con su tramitación regular. Como se aprecia, este ejercicio no es más que un proceso de subsunción normativa.

7.3. Lo dicho permite aproximarnos a una de las notas esenciales de la excepción de improcedencia de acción, la cual, a su vez, constituye uno de los límites más importantes a su aplicación. Nos referimos al hecho de 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”³. En suma, “el análisis se realiza desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos”⁴.

7.4. En tal virtud, corresponde precisar la imputación fiscal que será sometida a análisis, la cual consiste en que el imputado Víctor Pomar Calderón, en su condición de director ejecutivo y representante legal de la empresa Servicios Industriales –SIMA PERÚ S. A.–, habría coadyuvado a que David Zurita Puente y Rubén Hugo García Abregú, como inspectores de las obras del Puente Comuneros y Puente Eternidad, respectivamente; y Juan Carlos Rivera Ydrogo, representante del Consorcio Puentes (Antálsis SL y Antálsis Perú S. A. C.), se concierten en la etapa de ejecución de las obras "Mejoramiento de la Av. Eternidad y Construcción del Puente La Eternidad, Provincia de Chupaca, Departamento de Junín", y "Construcción de Estribos y Pilonos del Puente Comuneros". Su aporte al delito se habría efectuado a través de la suscripción de los contratos de servicios N° SP-2012-096 y N° SP-2012-097, con el Consorcio Puentes, a pesar que dicho consorcio no había sido autorizado por el Gobierno Regional de Junín para subcontratar con el SIMA, contraviniendo lo establecido en el Convenio Marco, que exigía previa autorización de la citada entidad regional.

7.5. Esta imputación fiscal es atacada por el impugnante, quien en audiencia de apelación señaló que la recurrida le causa agravio, en la medida en que desestimó sus argumentos consistentes en lo siguiente: **primero:** que la intervención de Pomar Calderón habría sido posterior a la consumación del supuesto acuerdo colusorio que se habría dado entre el SIMA y la empresa ANTALSIS. Por tanto, su participación se habría dado en un acto postconsumativo, y no siendo admisible la complicidad luego de la consumación del delito, su conducta sería atípica. **Segundo:** que Pomar Calderón suscribió los contratos referidos a los puentes Comuneros y La Eternidad, debido a que era una de sus obligaciones derivadas de las directivas del SIMA; por lo que habría realizado dicha conducta en cumplimiento de su rol como director ejecutivo, y además, con base en la confianza que le autorizan los criterios de imputación objetiva; y por tanto,

³ Casación N° 407-2015/Tacna. Fundamento jurídico quinto.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima, INPECCP, 2015, p. 284.

la conducta que se le atribuye sería atípica. En audiencia de apelación, insistió y amplió ambos argumentos no amparados en primera instancia.

7.6. En tal sentido, corresponde a este Colegiado analizar los agravios planteados. En primer lugar, es necesario dejar establecido que, de acuerdo al propio texto del tipo penal 384 del CP, el delito de colusión puede verificarse *en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública*; es decir, pueden realizarse actos colusorios tanto en la generación de la necesidad (inicio), como en la liquidación del contrato (final), pasando por las etapas de evaluación, adjudicación, ejecución, etc. En tal virtud, se descarta de plano todo argumento orientado a discutir la tipicidad de una conducta –de presunta colusión–, basado en la etapa contractual en que los hechos se enmarcan. La única exigencia prevista en la ley es que, en cualquiera de estas etapas, el autor, siempre funcionario o servidor público, intervenga por razón de su cargo y se concierte con los interesados para defraudar al Estado, sea que se cause o no un efectivo perjuicio patrimonial al ente estatal. Por tanto, es correcta la imputación fiscal cuando atribuye un acto de colusión que se habría efectuado en la etapa de ejecución de las obras de los puentes “Comuneros” y “Eternidad”.

7.7. Por otro lado, incurre en error el impugnante cuando pretende identificar el otorgamiento de la buena pro con la consumación del delito de colusión, afirmando que si se verifica un acto posterior al otorgamiento de la buena pro sería atípico para el delito de colusión. Lo cierto es que la dogmática de este delito enseña que su consumación no se identifica con alguno de los actos o etapas del proceso contractual, sino que, dependiendo de si es una colusión simple o agravada, será del caso verificar el acto de *concertación ilegal* con fines defraudatorios o la efectiva *defraudación patrimonial* al Estado⁵, respectivamente. La verificación de estos elementos típicos nos permitirán conocer el momento consumativo del delito de colusión.

7.8. Por tanto, la imputación formulada por el Ministerio Público contra Pomar Calderón no se ubica, como lo sostiene el impugnante, en un momento postconsumativo. En consecuencia, no se puede descartar la

⁵ Sobre este aspecto, recientemente la casación N° 661-2016/Piura, de fecha once de julio de dos mil diecisiete, estableció como precedente vinculante lo siguiente: “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada” (fundamento jurídico décimo quinto).



delictuosidad de la conducta de Pomar Calderón. Mucho más, si dado el título de imputación –cómplice– que se atribuye al imputado, este no tendría por qué haber participado del acto de concertación, como parece exigir su defensa técnica. En suma, este primer agravio no puede ser amparado.

7.9. Respecto del segundo agravio planteado, consistente en que el imputado Pomar Calderón habría suscrito los contratos cuestionados en cumplimiento de sus funciones o dentro de su rol, y por tanto, su conducta también sería atípica, se tiene que las representantes del Ministerio Público y la Procuraduría señalaron que tales argumentos corresponden al análisis de responsabilidad penal, por lo que no son admisibles en el debate de una excepción de improcedencia de acción. Al respecto, el Colegiado precisa que los criterios de imputación objetiva constituyen una suerte de *filtros normativos* a la luz de los cuales debe analizarse una conducta para ser atribuida al agente. En efecto, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de tipicidad si no se verifica que "la conducta sometida a análisis a) ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado y b) este riesgo se ha realizado en el resultado"⁶. Lo dicho pone de manifiesto que "el primer cometido de la imputación objetiva al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica"⁷.

7.10. En ese orden de ideas, al menos técnica y sistemáticamente resulta válido discutir criterios de imputación objetiva, en este caso, prohibición de regreso y principio de confianza, a través de una excepción de improcedencia de acción, que como hemos dicho consiste en analizar la adecuación *típica* de la imputación fáctica formulada por el Ministerio Público. Sin embargo, no puede desconocerse que el análisis de estos criterios exige una determinación sumamente precisa de los hechos, al punto de que el juzgador tenga la posibilidad de identificar en qué nivel se ubica la delgada línea que divide lo imputable al tipo objetivo, de lo no imputable, ya sea porque el sujeto actuó dentro del riesgo permitido, en cumplimiento de su rol o basado en la confianza permitida. De ahí que para analizar si son o no aplicables los criterios que excluyen la imputación objetiva de la tipicidad, se deben tener

⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", en: *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*, BOLAÑOS GONZÁLES, Mireya (compiladora), Mérida, Universidad de los Andes, 2005, p. 90.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*, T. I, Luzón Peña/García Conlledo/ Vicente Remesal (traductores), Madrid, Civitas, 1997, p. 363.



ya los hechos razonablemente acreditados. Si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlos. De modo que, en el presente caso, a criterio del Colegiado, los hechos no están debidamente acreditados, pues la investigación preparatoria es aún incipiente, la misma que se inició contra cincuenta y un personas, por la presunta comisión de los delitos de colusión, cohecho y asociación para delinquir, mediante Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria de fecha veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.

7.11. Y esto es así debido a que la aplicación de criterios de imputación objetiva, como los invocados por el impugnante, supone analizar categorías como el concreto rol que le correspondía al imputado Víctor Emanuel Pomar Calderón, o en otro supuesto, la confianza que le estaba permitida en su calidad de director ejecutivo del SIMA. Este complejo análisis no puede realizarse sin la mínima aportación de hechos y discusión de elementos probatorios, prohibidos por la propia naturaleza de la excepción de improcedencia de acción.

7.12. Tal afirmación tuvo su correlato en la audiencia, cuando respecto de un mismo hecho, el rol del imputado Pomar Calderón, se esgrimieron dos afirmaciones contrarias: la defensa señalando que este habría cumplido su rol de director ejecutivo del SIMA; y el Ministerio Público y la Procuraduría, afirmando lo contrario, esto es, que no habría cumplido su rol de acuerdo a los deberes del cargo que ostentaba y que no habían requerido la autorización correspondiente. Dicho debate llevó a la defensa técnica del imputado a señalar que, de acuerdo a un criterio ya establecido por el SIMA en otras obras, la previa autorización del gobierno regional únicamente se requería cuando el SIMA también abandonaba sus deberes de vigilancia, lo que no había sucedido en el presente caso y, por tanto, no era necesaria dicha autorización. Tales circunstancias corroboran el razonamiento de fondo planteado por este Colegiado, en el sentido de que la discusión de estos hechos, por cierto no aportados en la audiencia de apelación, no corresponden al debate de una excepción de improcedencia de acción.

7.13. Estando a las consideraciones anotadas, cabe concluir que el segundo argumento de apelación tampoco puede ampararse. Por lo que, es del caso confirmar la resolución venida en grado que resuelve desestimar la



excepción de improcedencia de acción que ha planteado la defensa técnica del imputado Víctor Emanuel Pomar Calderón.

VIII. DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 419 del Código Procesal Penal, **RESUELVEN:**

I. CONFIRMAR la resolución N° 08, de fecha veintisiete de junio de dos mil diecisiete, emitida por el Segundo Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **infundada la excepción de improcedencia de acción que ha deducido** la defensa técnica del imputado **Víctor Emanuel Pomar Calderón**, en el marco del proceso penal que se sigue en su contra por la presunta comisión, en calidad de cómplice, del delito contra la administración pública – Colusión agravada –, en agravio del Estado.

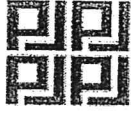
Notifíquese a los sujetos procesales y devuélvase.

S.S.

SALINAS SICCHA

GUILLERMO PISCOYA

BURGA ZAMORA



AUTO DE APELACIÓN DE EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

RESOLUCIÓN N° 10

Lima, veintidós de enero de dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS.- Es materia del grado el recurso de apelación¹ interpuesto por la defensa técnica de **ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE** contra la Resolución Judicial N° 03 de fecha trece de noviembre de dos mil diecisiete², que declaró **INFUNDADA** la excepción de improcedencia de acción planteada en su favor, en mérito del proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de Colusión, en agravio del Estado;

Y CONSIDERANDO.-

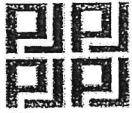
PRIMERO: CUESTIONES DE HECHO.-

1.1. POSICIÓN DE LAS PARTES PROCESALES.-

1.1.1. En la audiencia de vista, la **defensa técnica de Alejandro Toledo Manrique** fundamentó su recurso con los siguientes argumentos: **a)** Existe una errónea interpretación de los fundamentos referidos al delito de Colusión; **b)** De los cargos imputados, su patrocinado no se puede constituir en sujeto activo; **c)** Los hechos imputados no calzan en el tipo penal de Colusión; **d)** En ningún momento se mencionó que la conducta se hubiere realizado en un proceso de selección, por lo que el razonamiento al respecto es erróneo; **e)** Un Presidente de la República, como tal, cumple funciones específicas referidas a actos de gobierno, por lo que no satisface la cualificación

¹ De fojas 94 y siguientes.

² De fojas 79 y 80, cuya transcripción yace a fojas 81 y siguientes.



funcional requerida; **f)** En el tipo penal vigente en la época de los hechos, no aparece el proceso de selección; **g)** Se cuestiona la tipicidad del delito imputado; *razones por las que ha solicitado la revocatoria de la resolución venida en grado y que, reformándola, se declare fundada su solicitud de improcedencia de acción.*

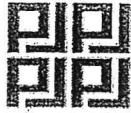
1.1.2. En contradicción, la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio** señaló lo siguiente:

a) El art. 384° del CP sí comprende el proceso de selección en las contrataciones públicas; **b)** El investigado no cumplía sus funciones cuando se concertó con Barata, ni cuando utilizó las cuentas de las empresas de Maiman para lavar activos: los hechos deben evaluarse en conjunto; **c)** En una excepción de improcedencia de acción no se puede buscar la no responsabilidad penal del investigado; **d)** El procesado intervino ya desde la etapa preparatoria de la contratación; **e)** Los integrantes de un comité de selección no puede ser los únicos posibles autores del delito de Colusión; **f)** La conducta es típica y antijurídica, lo demás es tema de fondo; **g)** ; *motivos por los cuales el representante del Ministerio Público, al término de su exposición, solicitó la confirmación de la impugnada.*

1.1.3. En su oportunidad, la **Procuraduría Pública Ad Hoc a cargo de la defensa jurídica del Estado** se adhirió a los argumentos esgrimidos por el representante del Ministerio Público, señalando además que el investigado sí cumple con la cualificación requerida para el sujeto activo; *razones por las que solicitó la confirmación de la apelada.*

1.2. OBJETO DE DISCUSIÓN.-

1.2.1. De lo expresado por las partes en la audiencia de vista, se tiene la discusión acerca de la subsunción o no de los hechos



atribuidos al investigado Alejandro Toledo en el tipo penal de colusión, conforme señala la imputación fiscal.

SEGUNDO: CUESTIONES DE DERECHO.-

2.1. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN:

2.1.1. La revisión del presente medio de defensa es limitada, toda vez que no busca cuestionar la realidad histórica de la imputación realizada, menos aún la seriedad del material probatorio de cargo; solo se debe partir de la hipótesis fáctica contenida en las disposiciones correspondientes del Ministerio Público, sin alterarla, reducirla o negarla³; y una vez definida, se procederá a realizar el pertinente juicio de subsunción. Asimismo, la jurisprudencia nacional señala:

*"No cabe, por consiguiente, que se acepte como base de análisis típico, en pureza, de la adecuación típica, hechos distintos, circunstancias añadidas o eliminadas, o datos fácticos parcialmente excluidos o recortados, o que se realice una valoración de los actos de investigación y/o de prueba acopiados para rechazar o modificar algún hecho o circunstancia objeto de imputación o de acusación –según, claro está, el estadio del procedimiento penal-"*⁴

*"... 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."*⁵

En este sentido, con dicho instrumento jurídico-procesal tampoco se examina la imprecisión, vaguedad o posible ambigüedad de la narrativa histórica propuesta por el órgano persecutor de la acción penal.

2.1.2. La excepción de improcedencia de acción es un medio de defensa que tiene por finalidad discutir la relevancia penal del

³ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCR/CENALES, Lima, 2015, p. 284.

⁴ Párrafo segundo del Fundamento de Derecho Primero, contenido en la Sentencia de Casación N° 348-2015-HUÁNUCO.

⁵ Considerando quinto fundamento de derecho, contenido en la casación N°407-2015/TACNA.



hecho imputado, previo a cualquier actividad probatoria. El artículo 6.1.b) del CPP señala la posibilidad de interponerla si el hecho imputado:

- a) No constituye delito:** Se ubica en el injusto penal –tipicidad y antijuridicidad–; verificándose si se presenta una cuestión de derecho material que niega la adecuación típica del hecho imputado –atipicidad absoluta o relativa–, o la presencia de elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida –causa de justificación–.
- b) No es justiciable penalmente:** Se sitúa en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad, o la presencia de una excusa absolutoria o cualquier otra circunstancia que excluya o suprima la necesidad de la pena.

2.1.3. La naturaleza de este medio de defensa impide la valoración de los actos de investigación y/o de prueba acopiados para rechazar o modificar algún hecho o circunstancia objeto de imputación o de acusación, de acuerdo con el estado del proceso⁶.

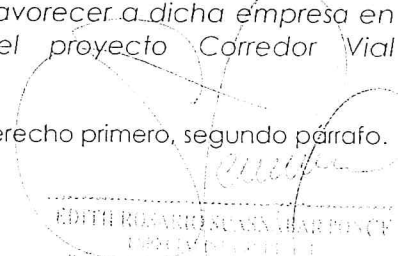
TERCERO: EXAMEN DEL RECURSO INTERPUESTO.-

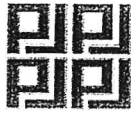
3.1. IMPUTACIÓN FISCAL OBJETO DE REVISIÓN.-

3.1.1. El Ministerio Público presenta como relato histórico de la imputación formulada contra Alejandro Toledo Manrique:

"45. [...] Se imputa a Alejandro Toledo Manrique que, en su condición de Presidente de la República, defraudó al Estado peruano concertándose con Jorge Henrique Simões Barata, representante de la empresa brasileña Odebrecht, para favorecer a dicha empresa en el concurso para la concesión del proyecto Corredor Vial

⁶ Cfr. Casación N° 348-2015/Huánuco, fundamento de derecho primero, segundo párrafo.





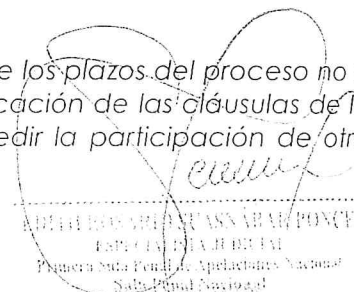
Interoceánico Sur, Perú – Brasil, Tramos 2 y 3, hecho ocurrido entre los años 2004 y 2005.

46. Del relato fáctico se desprende que Alejandro Toledo Manrique interviene directamente en los siguientes actos funcionales relacionados con la entrega en concesión del Corredor Vial Interoceánico Perú, Brasil, Tramos 2 y 3:

- o En abril de 2004 promulgó la Ley N° 28214, que declaró de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente la construcción y asfaltado del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil, tramos 2 y 3.
- o En noviembre de 2004 acordó con el Presidente de Brasil la construcción inmediata de la Carretera Interoceánica que integraría los territorios de Perú y Brasil.
- o Suscribió la Resolución Suprema N° 044-2004-EF, de 10/05/2004, por la cual se designó a Sergio Bravo Orellana (Presidente) y a Alberto Pasco-Font Quevedo (Miembro permanente) como integrantes del Comité de Proinversión en Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos, que llevó a cabo el proceso para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil.
- o Suscribió la Resolución Suprema N° 156-2004-EF, de 21/12/2004, que ratificó el acuerdo del Consejo Directivo de Proinversión, de fecha 3/12/2004, que encargó la conducción del proceso de selección para la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil, al comité de Proinversión en Proyectos e Infraestructura, así como la entrega al sector privado de las obras y el mantenimiento involucrados en el referido Proyecto, bajo los mecanismos y procedimientos establecidos en el Decreto Supremo 059-96-PCM y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 060-96-PCM.
- o Participó en la Sesión N° 87 del Consejo Directivo de Proinversión, de fecha 20/12/2004, en la que se aprobó el Plan de Promoción de la Inversión Privada para la entrega en concesión del Proyecto tantas veces mencionado.
- o Suscribió el Decreto Supremo N° 022-2005-EF, de 09/2/2005, mediante el cual fueron exceptuados los tramos incluidos en concesión del tantas veces mencionado proyecto, de la aplicación de normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) referidas a la fase de preinversión.

47. El pacto criminal consistió en que Odebrecht entregaría a Toledo Manrique, en cuentas del grupo empresarial de Josef Maiman, en principio, la suma de US\$ 35 millones de dólares, solo si Odebrecht ganaba el proceso de selección para la adjudicación de la concesión.

48. Toledo Manrique se encargaría de que los plazos del proceso no se posterguen, así como de lograr la modificación de las cláusulas de las bases de licitación para dificultar o impedir la participación de otras empresas.





49. Odebrecht habría reducido el pago ilícito a Toledo Manrique a US\$ 20 millones de dólares aproximadamente, en vista que solo se cumplió con el primero de los ofrecimientos.

50. En efecto, a la luz de los hechos, un indicio fuerte que da cuenta que en general los plazos del proceso no fueron postergados, es que el acto mismo la suscripción de los contratos en Palacio de Gobierno, el 4 de agosto de 2005, fue mantenido a pesar de existir cuestionamientos por parte de la Contraloría General de la República, que fueron desestimados de manera apresurada.

51. conforme consta detallado en la Disposición N° 06 de 3/2/2017, los pagos ilícitos pactados se materializaron en cuentas de empresas offshore vinculadas con Josef Maiman Rapaport, testaferro de Toledo Manrique, de cuyo monto total se ha logrado identificar hasta el momento un poco más de US\$ 9 millones de dólares".

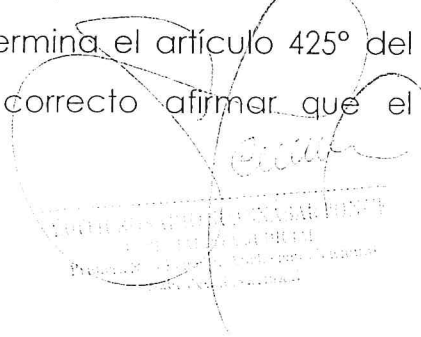
3.1.2. Imputación que conforme ha referido el Ministerio Público se subsume en el artículo 384° del CP modificado por el art. 2° de la Ley N° 26713, vigente en la fecha de la presunta concertación.

3.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.-

3.2.1. El recurrente en el medio técnico de defensa ha planteado centralmente dos cuestionamientos: **i)** Que, el investigado Alejandro Toledo no es sujeto activo del delito de colusión, en tanto no cumple la cualificación requerida; **ii)** Los hechos mencionados no calzan en el tipo penal, en tanto su conducta solo constituyen actos de gobierno que realizó en función de las políticas de Estado de entonces.

3.2.2. Sobre el primero de los cuestionamientos, esta Sala Superior considera que el Presidente de la República -elegido democráticamente- por mandato constitucional se erige como el Funcionario Público de la más alta jerarquía de la nación⁷, y según nuestro ordenamiento sustantivo penal, es considerado funcionario público, como así lo determina el artículo 425° del Código Penal, en tal sentido, es correcto afirmar que el

⁷ Artículo 39° de la Constitución Política del Estado.





investigado Alejandro Toledo Manrique, en su condición de Presidente de la República si es un sujeto cualificado -funcionario Público-, en fecha que según el Ministerio Público se habrían cometido el ilícito penal de Colusión.

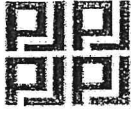
3.2.3. En cuanto a la segunda argumentación realizada por la defensa, debe precisarse que la imputación fiscal ha indicado los actos o conductas que presuntamente constituyen el delito de Colusión, satisfaciendo *formalmente* los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad de la conducta del imputado, en tal sentido, el relato fáctico cumple con atribuir la comisión de un injusto penal al investigado Alejandro Toledo.

3.2.4. Con relación a la posible realización de actos de gobierno por **parte del imputado**, tenemos que considerar que el análisis de la misma amerita un examen de fondo que en este momento no corresponde realizar, en tanto, que la fiscalía sostiene su imputación precisamente en ello y desde la opción probatoria como los 'actos de gobierno' permitirán demostrar la imputación penal sostenida contra al investigado.

3.3. Por lo tanto, en el caso concreto, el análisis de la subsunción de los hechos ilícitos al tipo penal invocado, desde la óptica formal si cumple con la exigencias requeridas por el supuesto fáctico del tipo penal de colusión, en tal sentido, recurso de apelación debe desestimarse, debiendo confirmarse la resolución de primera instancia.

Por estas consideraciones, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, **RESUELVE:**

- I. **CONFIRMAR** la Resolución Judicial N° 03 de fecha trece de noviembre de dos mil diecisiete, que declaró **INFUNDADA** la excepción de improcedencia de acción planteada a



favor de Alejandro Toledo Manrique, en mérito del proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito de Colusión, en agravio del Estado;

II. NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.

Ss.

CONDORI FERNÁNDEZ

TORRE MUÑOZ

CARCAUSTO CALLA.

EDITH ROSARIO SUASNABAR PONCE
ESPECIALISTA JUDICIAL
Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional
Sala Penal Nacional

Sumilla. Excepción de improcedencia de acción infundada

La concurrencia de los elementos del tipo objetivo del delito de obstrucción de la justicia, previsto en el artículo 409-A del CP: "amenaza" y "testigo" (como objeto de la acción) aparecen enunciados en la imputación penal contenida en la DFCIP y en las disposiciones modificatorias; y al no ser factible evaluar, en sede de excepción de improcedencia de acción, actos de investigación que permitan determinar si las conductas imputadas configurarían la amenaza postulada y la calidad de los testigos sobre quienes se desplegó esa conducta, corresponde confirmar la resolución apelada.

**AUTO DE APELACIÓN DE EXCEPCIÓN DE
IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN**

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

Lima, veintisiete de enero del año dos mil veinte

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS. Es materia de grado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del investigado **Arsenio Oré Guardia** -folios 128 a 143- contra la Resolución Número 04-2019, de fecha once de octubre de dos mil diecinueve -folios 120 a 125-, emitida por el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, mediante la cual declaró infundada la excepción de improcedencia de acción promovida por dicha parte, en la investigación que se le sigue por la presunta comisión del delito de obstrucción de la justicia, en agravio del Estado peruano.

I. ANTECEDENTES

A. La defensa técnica del investigado **Arsenio Oré Guardia** interpuso excepción de improcedencia de acción "ante la

imputación que le hace el Ministerio Público como responsable del delito de obstrucción de la justicia (artículo 409-A del Código Penal)” y pretende con este medio de defensa el sobreseimiento del proceso penal seguido en su contra -folios 01 a 18-. Como argumentos centrales sostiene que el medio comisivo -amenaza- invocado por el Ministerio Público para imputar el delito de obstrucción de la justicia no concurre; considera también que el tipo penal no ampara a los testigos impropios y señala que las labores de los abogados vinculados con el estudio jurídico dirigido por el excepcionante han mantenido un comportamiento en el marco de las labores de asesoramiento jurídico que corresponde al ejercicio de su profesión, en atención al artículo 20 inciso 8 del Código Penal.

- B. En fecha once de octubre de dos mil diecinueve, el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional emitió la Resolución Número cuatro guión dos mil diecinueve -folios 120 a 125- declarando infundada la excepción de improcedencia de acción planteada, resolución que fue recurrida por el excepcionante -folios 128 a 143- y concedida la apelación mediante Resolución Número cinco, de fecha cinco de noviembre de dos mil diecinueve-folios 144 a 147-, se dispuso su elevación a esta instancia.
- C. Mediante Resolución Número ocho, de fecha veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve, se declaró bien concedido el recurso y se convocó a audiencia de vista de causa para el día veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve, la cual se realizó con la concurrencia de las partes legitimadas, por lo que conforme a su estado corresponde emitir resolución absolviendo el grado. Interviene como juez superior ponente el señor **Quispe Auca**.

II. FUNDAMENTOS

Primero. Fundamentos normativos

1.1. Derecho a la pluralidad de instancias

El derecho enunciado se encuentra reconocido en el artículo 139.6 de la Constitución Política del Perú y, según su máximo intérprete - el Tribunal Constitucional-, es un derecho fundamental que tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas,

participantes de un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal¹.

1.2. Principio de legalidad y excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción constituye un medio de defensa puesto al alcance del imputado para poner fin al proceso que se haya instaurado en su contra atribuyéndole hechos que no configuren delito o no sean justiciables penalmente. Consideramos que este medio técnico de defensa encuentra sustento en el principio de legalidad que impide procesar o condenar a cualquier persona por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previsto de manera expresa o inequívoca, como infracción punible².

1.2.1. Según el profesor César San Martín Castro –citando a Jescheck y Weigend–, la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances según el art. 6.1b NCPP: (i) el hecho denunciado no constituye delito, y (ii) el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Lo que se discute es la subsunción normativa. En consecuencia, el punto (i) comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad; el punto (ii) se ubica en la punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absoluta, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena³.

1.2.2. De acuerdo con los términos en que viene propuesta la excepción de improcedencia de acción que es materia de recurso, se alega que el hecho postulado no configura del delito de obstrucción de la justicia; a este respecto se tiene pronunciamiento jurisprudencial: “cuando el hecho no constituye delito”, se subdivide en dos proposiciones: i) la conducta imputada al sujeto activo por el pretensor penal no se encuentra prevista o descrita como delito en

¹ Fundamento N.º 09 de la sentencia del expediente N.º 4235-2010-PHC/TC LIMA.

² Constitución Política del Estado artículo 2º inciso 24, literal d) “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley”.

³ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO. *Derecho Procesal Penal – lecciones*. CENALES, Lima, noviembre del 2015, p. 284.

la ley penal (atipicidad absoluta), y ii) el comportamiento humano imputado no se subsume en el tipo penal propuesto en la disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, pero es posible subsumirla en otro tipo o tipos penales (atipicidad relativa) o, “[...] el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido, se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo: sujetos -activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto - jurídico o material-, estamos ante un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta [...]”⁴

1.2.3. En tal sentido, la excepción de improcedencia de acción -en etapa de investigación preparatoria-, obliga a confrontar la imputación fáctica contenida en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria con la descripción típica del delito -o delitos- que hayan sido invocados por el titular de la persecución penal, y en su caso descartar que ese hecho pueda configurar un ilícito penal, para que pueda ser fundada la excepción, la ley establece que será amparable este medio de defensa “cuando el hecho denunciado no constituye delito”; o para el otro supuesto, verificar que para el hecho imputado, concurre una causa que excluya la punibilidad. En ambos casos, el análisis tendrá como punto de partida la atribución fáctica.

1.2.4. No está permitida la valoración de elementos de investigación para resolver este medio de defensa, esta regla ha generado pronunciamientos jurisprudenciales uniformes. En la Casación N.º 407-2015 Tacna, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha dejado sentado el siguiente criterio jurisprudencial: “[...] i) para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos por el Fiscal y el Juez para evaluar dicha excepción solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. La excepción de improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad. ii) El juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinado en una

⁴ Caso Edita Guerrero. Excepción de Improcedencia de Acción. Casación N.º 581-2015/Piura, Fundamento 8.4.

excepción de improcedencia de acción". Complementariamente a este lineamiento jurisprudencial el autor William Arana Morales señala: "Asimismo, la mejor distribución y delimitación de roles de los sujetos del proceso penal permite distinguir al Juez de la investigación preparatoria (Juez de garantía), que se encargará de resolver la excepción, y el Juez del juicio oral y del fallo, que resuelve las cuestiones de fondo del proceso. De ahí que, sea posible apreciar con claridad el presupuesto procesal de la evidencia de los presupuestos sustantivos de la Excepción de improcedencia de acción, ya que de lo contrario, si se tratara de cuestiones de fondo que requieran de la investigación y de la actuación de la prueba, estas no serían de competencia del Juez de la Investigación Preparatoria, sino del Juez encargado del juicio oral y del fallo."⁵

Segundo. Hechos constitutivos de delito atribuidos por el Ministerio Público contra el investigado Arsenio Oré Guardia

De la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria -Disposición N.º 84, de fecha 19 de octubre de 2018-, se desprenden los siguientes hechos:

Se habría constituido una organización criminal, en el interior del Partido Político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular), que tendría entre sus fines obtener el poder político, recibiendo aportes ilícitos provenientes de actos de corrupción del grupo empresarial brasileño Odebrecht; obtenido el poder, retribuirlos mediante el otorgamiento de obras sobrevaluadas (ejecutivo), beneficios normativos (legislativo).

La organización criminal estaría estructurada bajo el liderazgo de Keiko Sofía Fujimori Higuchi, contado con el concurso de Vicente Ignacio Silva Checa para la adopción de sus decisiones, quien estaría vinculado con el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres y mantendría una presencia oculta en el partido; fue identificado por el testigo protegido 2017-55-3 quien mencionó su presencia en las decisiones que debían adoptarse en la organización. De igual modo, Pier Paolo Figari Mendoza y Ana Rosa Herz Garfías de Vega, quienes si bien contaban con designación formal en el estatuto del partido eran los encargados de asesorar, orientar y ejecutar las decisiones adoptadas por la lideresa de la organización, lo que implicaba que contaban con un poder de mando sobre los demás integrantes del partido.

⁵ARANA MORALES, WILLIAM E. en el Comentario: *De la Excepción de Naturaleza de Acción a la Excepción de Improcedencia de Acción en el Proceso Penal Peruano*. Publicado en el Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición 2014. Perú. Pág. 153.

Adriana Bertilda Tarazona Martínez de Cortés ejercía el cargo de Tesorera alterna, se encargaba del manejo económico en el Partido Fuerza 2011, pues además de fundadora, también fue asesora principal del despacho de Keiko Fujimori en el Parlamento. A ellos se sumaron, en las actividades de la organización, Luis Alberto Mejía Lecca y Carmela Paucará Paxi, quienes han desempeñado las funciones de apoyo a los anteriormente nombrados (encargado de ejecutar acciones de encubrimiento de los hechos criminales de la organización) y Carmela Paucará Paxi ocupaba el cargo de secretaria de confianza de Keiko Fujimori, responsable de llevarle a cabo las agendas de citas y entrevistas que debía sostener, las cuales eran eliminadas para no dejar rastros sobre las mismas.

Así se tiene que en el contexto de las elecciones generales realizadas en el Perú entre los años 2010 y 2011, los representantes del Partido Fuerza 2011, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka (Secretario General Nacional) y Augusto Mario Bedoya Camere (Secretario Nacional de Economía), solicitaron dinero a la empresa Odebrecht, recibiendo la suma de un millón de dólares, cuyo origen ilícito tenían conocimiento, por sus antecedentes en el Perú y otros países. Asimismo, a través de la Confiep solicitaron y recibieron dinero de la empresa Odebrecht para ingresarlos de forma indebida en su campaña electoral del año 2011. Logrado el activo ilícito tuvieron que recurrir a diversas personas para que lo introduzcan en el flujo económico legal, bajo la apariencia de aportes de campaña, hechos que también se habrían evidenciado en el año 2016, esta vez destacando la presencia relevante de la familia Yoshiyama, en el financiamiento de la campaña presidencial de Keiko Fujimori; a partir de lo cual, se sostiene la permanencia de esta organización al interior del partido político y su persistencia en la finalidad de obtener el poder político para beneficios propios, ligados a actos de corrupción.

Imputación específica contra Arsenio Oré Guardia por el delito de obstrucción de la justicia:

En la Disposición de ampliación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria -Disposición N.º 93, de fecha 11 de diciembre de 2018:

Arsenio Oré Guardia, como abogado y conductor del Estudio Oré Guardia, con conocimiento y voluntad, mediante el uso de la amenaza impidió u obstaculizó se presten los testimonios de las personas que aparecían como aportantes en las investigaciones seguidas por el delito de lavado de activos por las campañas electorales de Fuerza 2011 (ahora Fuerza Popular), así como indujo a que se presente un falso testimonio de haber realizado un aporte de dinero.

En la Disposición de ampliación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria -Disposición N.º 125, de fecha 07 de diciembre de 2019:

“2.12. Resulta entonces relevante penalmente la conducta desplegada por Arsenio Oré Guardia, quien ideaba, estructuraba y ejecutaba las acciones para realizar y obstruir las acciones de la Fiscalía, conjuntamente con Vicente Ignacio Silva Checa, que era miembro del núcleo duro de la organización criminal, que a través de los abogados que forman parte del staff de abogados, que han sido contratados o han mantenido vínculo con Arsenio Oré Guardia y que le han servido a este último para ejecutar la conducta imputada; se ha determinado que dichos abogados son: Edward García Navarro, Luis Ernesto Lazo Mendoza, Lorena Mariana Gamero Calero, Danae Alessandra Calderón Castro y Giulliana Aracelli Loza Ávalos.

2.13. Es del caso mencionar, que con relación a Arsenio Oré Guardia, si bien tras el análisis del tipo penal del delito de obstrucción de la justicia (artículo 409-A CP) se ha apuntado que en el imputado en concreto, no necesariamente se advierte que este haya usado como medio la fuerza física pero sí la amenaza, lo que tampoco obsta que los abogados de los que se ha servido para obstruir si hayan utilizado algún otro medio con tal finalidad.

2.14. Asimismo, se debe tener en cuenta que la conducta desplegada por este la realizó por intermedio de Edward García Navarro, así como de otros abogados contratados o subcontratados vinculados al estudio Oré Guardia como son Luis Ernesto Lazo Mendoza, Lorena Mariana Gamero Calero, Danae Alessandra Calderón Castro y Giulliana Aracelli Loza Ávalos.”

Tercero. Pronunciamiento de la Sala de Apelaciones respecto de los agravios de la parte apelante

Agravio i: incorrecta aplicación de la causal de atipicidad relativa que sustenta la excepción de improcedencia de acción, a favor del investigado, pues se realiza una errónea apreciación del análisis de los testimonios que han sido recogidos textualmente como parte fáctica de la imputación fiscal contenida en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

Agravio ii: afectación del principio de legalidad material, al validar una imputación penal por delito de obstrucción a la justicia, aún cuando la conducta atribuida es irrelevante penalmente, en la medida que no se presenta el medio típico exigido -amenaza o inducción por intermedio de terceros- para la configuración del delito previsto en el artículo 409-A del Código Penal.

Agravio iii: se afecta el principio de legalidad material al validar una imputación penal por delito de obstrucción de la justicia, pese a que la conducta no transgredió los límites permitidos que le imponen su rol de abogado.

3.1. Posición de la parte excepcionante

La defensa técnica sostiene que el juez de instancia incurre en error de interpretación pues no ha requerido discutir la veracidad de los testimonios, la referencia a los mismos resulta del hecho de haber sido citados en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (en adelante DFCIP) número 93, en los que se transcriben extractos de las declaraciones de los supuestos aportantes que habrían sido objeto de amenaza para que declaren en un sentido determinado.

Considera que la discusión se contextualiza en determinar, si los hechos se subsumen dentro del tipo penal descrito en el artículo 409-A del Código Penal (en adelante CP), obstrucción de la justicia en la modalidad de amenaza a testigos. Sostiene que los comportamientos efectuados para el asesoramiento a testigos (indicaciones) no constituirían el medio "amenaza" que requiere el tipo penal, la doctrina y la jurisprudencia convienen que la amenaza debe ser grave o afectar bienes jurídicos personalísimos; en la Disposición 125 la Fiscalía varía la hipótesis fáctica, aquí señala que la amenaza no la hizo directamente el investigado Oré Guardia, sino a través de los abogados de su estudio jurídico o que están vinculados con el mismo; también describiría dos formas de obstrucción: violencia, amenaza y soborno y otra por inducción sin amenaza para que los testigos declaren en un sentido determinado (pero se mantiene la amenaza). De igual manera, la Disposición 142, de fecha 03 de diciembre 2019 (otra ampliación), reafirma la tesis que su defendido, no amenazó directamente, sino que ideó, estructuró y ejecutó a través de sus abogados, si el excepcionante no utilizó directamente la amenaza, eso no impide que los abogados la hayan utilizado con otros medios para poder convencer, inducir o dirigir de alguna manera las declaraciones de los testigos; no obstante, considera que el tipo penal señala como objeto de la acción al testigo propio, en tanto que el testigo impropio no podría alcanzar esa calidad, en razón de que éstos -testigos impropios- no están obligados a declarar contra sí mismos. El Tribunal Constitucional español (142-2009) consideró que el imputado en un proceso penal no estaría sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar o no decir la verdad, incluso podría mentir; en el presente caso, los testigos

declararon haber ido al Estudio Oré Guardia a recibir instrucciones o recibir asesoramiento sobre cómo debía declarar.

Con relación al rol de los abogados, la defensa técnica sostiene que el artículo 409-A (incorporado al CP en el 2007) de acuerdo con la exposición de motivos, fue dado en el marco de las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la convención de Palermo de lucha contra la criminalidad organizada transnacional; por tal motivo no tendría alcances sobre abogados que asesoran mal, en este caso no hay acto de amenaza, la finalidad o *ratio legis* del artículo 409 estaría destinada al asesoramiento de abogados al caso de organizaciones criminales que utilizan la violencia y amenaza o sobornos como mecanismo de amedrentamiento a los testigos; lo que no ocurre con el excepcionante que no ha sido considerado como parte de una organización criminal; además en el presente caso estamos ante un proceso penal no ante un tribunal de ética.

3.2. Posición del Ministerio Público

Refiere que la descripción detallada de los hechos no constituiría atipicidad absoluta ni relativa, pues no sería posible analizar temas probatorios, esto es, declaraciones testimoniales conforme a la Casación N.º 407-2015 Tacna y la Casación N.º 581-2015 Piura, ello no correspondería realizarse en esta etapa, menos vía excepción.

Con relación a las amenazas, si bien no habrían sido de muerte o inminentes en contra de los testigos, el Recurso de Nulidad N.º 1915-2017 Lima Sur (fundamento 2.5) indica que la amenaza consistiría en que la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con el que se le amenaza (por ejemplo se les va a demandar), en tal sentido debería partirse desde el hecho de que personas acudían a ellos a recibir instrucciones por parte de los abogados. La Casación N.º 496-2017 Lambayeque indica que para la configuración de una amenaza típica (en el delito de robo) no se requiere que de manera expresa o taxativa el agente haga saber a la víctima que le dará muerte si pone resistencia, basta que le mencione el riesgo de cualquier modo. Las observaciones de la defensa del investigado tienen que ver con falta de precisiones en la imputación, lo que no es materia de una excepción de improcedencia de acción.

El Código de Ética del Abogado establece que son deberes del abogado actuar con sujeción a los principios de lealtad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe, así como el honor y dignidad propios de la

profesión, conforme al artículo 109 del Código Procesal Civil (de aplicación extensiva) y artículo 109 del CPP (deberes del abogado). Sobre el argumento que el tipo penal fue dado para luchar contra la forma cómo operan las organizaciones criminales, considera que en el presente caso se debe tener en cuenta el contexto en que se dieron los hechos, los testigos recibieron la visita de un abogado o de los abogados del estudio de Oré Guardia que los acompañarían para prestar sus declaraciones, testigos a los que no defendían, y a los que se dio instrucciones sobre cómo deberían declarar, de haber realizado aportes porque de lo contrario algo les podría ocurrir.

3.3. Fundamentos de la resolución apelada

En el numeral 3 de la resolución apelada, el juez de instancia considera que para apreciar la existencia de amenaza cierta e inminente, tendría que ingresar en la valoración de los elementos de convicción, lo que considera vedado tratándose de una excepción de improcedencia de acción.

Asimismo, a partir de la confrontación de los hechos descritos por el Ministerio Público, con la conducta sancionada por el artículo 409-A del CP, sin realizar juicio de responsabilidad, considera correcta la imputación fiscal cuando atribuye obstrucción a la justicia, no advirtiendo atipicidad del hecho incriminado.

El juez de instancia no comparte la tesis de la defensa según la cual los abogados no son auxiliares del juez y que en el ejercicio de la abogacía pueden asesorar para no decir la verdad sin tener que ser procesados por ello; para respaldar su posición invoca el Código de Ética del Abogado, según el cual están obligados a actuar con veracidad, y en el artículo 288 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial también se establece como obligación del abogado actuar como servidor de la justicia y como colaborador de los magistrados, patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, etc., así como defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional, así también cita el artículo 109 del Código Procesal Civil de aplicación extensiva.

3.4. Análisis de la Sala de apelaciones

3.4.1. De la revisión de la DFCIP N.º 93 y modificatorias introducidas por las Disposiciones Fiscales N.ºs 125 y 142, se desprende que el Ministerio Público construye la imputación penal por el delito de obstrucción de la justicia previsto en el artículo 409-A del CP, en contra del excepcionante Arsenio Ore Guardia a partir de la incorporación de extractos de las declaraciones de varias personas que habrían figurado como aportantes del partido político Fuerza 2011 (ahora Fuerza Popular), transcripciones que si bien forman parte de la Disposición Fiscal, son diferentes de la imputación fiscal, pues al margen de transcribirlas, en base a las mismas se enuncia la atribución del hecho delictual, lo cual permite diferenciar el acto de investigación citado y la imputación penal en la forma cómo ha sido anotado en el ordinal segundo, en la que se sindicaba el uso de amenaza y se deja abierta la posibilidad que los abogados (vinculados al estudio) hayan utilizado algún otro medio con la misma finalidad.

3.4.2. Al margen de la observación que realiza la defensa a las variaciones de la imputación penal en contra de la parte excepcionante, la tesis que sostiene con relación a la excepción de improcedencia de acción promovida, se ha mantenido constante con relación a la concurrencia del medio "amenaza" para influir en el sentido de la declaración de los testigos, así como en la idoneidad de los testigos a quienes se habría dirigido la conducta típica, que en el presente caso serían testigos impropios, quienes no podrían ser objeto de la acción del delito previsto en el artículo 409-A del Código Penal, el cual solo alcanzaría -según la interpretación que propone la defensa- a testigos que no tengan esa calidad.

3.4.3. La amenaza como medio de la comisión de delito

Según el profesor Felipe Villavicencio Terreros, dentro de los elementos del tipo objetivo, se tiene la conducta cuya descripción suele ser concisa y está estructurada en base a un proceso de abstracción de las conductas de la vida real, dentro de este componente (tipo objetivo), se tienen los medios delictivos idóneos de los cuales se vale el sujeto activo del delito para ejecutar la conducta delictiva y en caso de que la descripción típica haya especificado esos medios, la tipicidad dependerá del uso de esos medios y no de otros; siendo denominados delitos de medios determinados⁶.

⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 1ra. Ed. Marzo 2006, Primera Reimpresión: Julio 2006. Pgs. 308, 313.

El tipo penal contenido en el artículo 409-A del CP, constituye un delito de medios determinados, pues para su consumación el legislador ha previsto hasta cuatro verbos rectores: **uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido**. Sobre la **amenaza**, para el delito del mismo nombre en la legislación argentina Fontán Balestra nos dice: “amenazar es anunciar a otro, con el propósito de infundirle miedo, un mal futuro dependiente de la voluntad del que lo anuncia, si el mal futuro no depende de la voluntad del autor, no puede hablarse de amenaza”⁷. En la Casación N.º 496-2017 Lambayeque, sobre la amenaza para el delito de robo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República tiene desarrollado ese concepto:

“Para la configuración de la “amenaza inminente” (amenaza típica) en el delito de robo no constituye una condición necesaria que el agente delictivo, de modo expreso o taxativo, haga saber verbalmente al sujeto pasivo de la acción o víctima que va a ser agredida o que le dará muerte si opone resistencia. Es condición suficiente que se le haga saber de cualquier modo ese riesgo. Para ello, el contexto situacional o secuencial de los hechos acaecidos puede aclarar que, desde la perspectiva de la víctima, se comunicó o existió un anuncio de peligro inminente para su vida o integridad física.”

Si bien en el presente caso no estamos ante un supuesto de robo, los alcances del concepto pueden extrapolarse al delito que es objeto de excepción, pues el tipo penal dentro de los medios requeridos para configurar el tipo penal considera a la amenaza, la misma que puede ser entendida como el anuncio de un mal grave susceptible de ser realizado por voluntad el agente y que puede ocasionar al destinatario un mal inminente, y que de acuerdo con las circunstancias sea capaz de alterar la voluntad del agente.

3.4.4. El testigo impropio como objeto de la comisión del delito

El profesor Felipe Villavicencio, nos dice que el objeto de la acción es el elemento perteneciente al mundo exterior sobre el que recae materialmente la acción típica. En él se van a concretar la vulneración de los intereses jurídicos que pretende tutelar el legislador en cada tipo penal, precisando que la persona humana puede ser considerada como el objeto personal sobre el que puede recaer la acción típica⁸. El artículo 409-A del CP no enuncia expresamente al sujeto pasivo de la acción, pero se sobreentiende que puede ser un testigo⁹ y no diferencia entre

⁷ FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª ed. Buenos Aires: editorial Abeledo Perrot. 2002. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma p. 337.

⁸ Ob. cit. P 315, 316

⁹ “Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia

testigo propio y testigo impropio. La parte excepcionante invocando jurisprudencia española¹⁰, ha señalado que los testigos impropios no estarían obligados a declarar la verdad, por lo que no podrían ser objeto de la acción del delito previsto en el artículo 409-A del CP; sin embargo, en el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116 - Nuevos Alcances de la conclusión anticipada, respecto de estos testigos que pueden recibir la denominación de impropios, distinguiendo la sujeción o conclusión del proceso, ha considerado que merecen el tratamiento de cualquier testigo en caso estén desvinculados del proceso, así aparece en el segundo párrafo del fundamento jurídico 15:

“Ahora bien, en función a ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte –han sido excluidos del ulterior juicio-; además están protegidos por la cláusula del ne bis in idem, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en igual situación estarán desde luego coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

3.4.5. Necesidad de valorar de elementos de convicción para establecer si la “amenaza” como medio de comisión del delito, así como diferenciar si estamos ante testigos propios o impropios

Delimitadas las posiciones de las partes en función a las posturas que han asumido, constituye elemento gravitante para pronunciarnos sobre los agravios, deslindar la concurrencia de la “amenaza” exigida por el delito de obstrucción de la justicia previsto en el artículo 409-A del CP, para ello se debe verificar si el comportamiento atribuido a los

El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

¹⁰ La Sentencia 142/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009) que ha sido invocada está publicada en la siguiente dirección electrónica: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6561>, la misma que alude a la potestad de los investigados de no declarar la verdad, lo hace en resguardo del derecho a la no auto incriminación.

abogados del estudio jurídico Oré Guardia tiene entidad suficiente para ser considerada como tal, si ha sido inminente, susceptible de ser realizada y que haya sido idónea para orientar las declaraciones en un sentido determinado; si la defensa niega que la conducta de los abogados pueda configurar la amenaza exigida por el tipo penal, el Ministerio Público sostiene que sí la configura; en cuyo caso el deslinde de ambas posiciones solo puede efectuarse ingresando al análisis y valoración de las declaraciones de los testigos y los elementos probatorios periféricos que permitan apreciar contextualmente los hechos, tarea que no está permitida realizar a plenitud con motivo del medio técnico de defensa. El juez para evaluar esta excepción solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente, no está permitida la valoración probatoria.

Con relación al objeto de la acción, la defensa sostiene que los testigos que habrían sido objeto de influencia –según la tesis fiscal- tendrían la calidad de testigos impropios, pues al haber declarado administrativamente que realizaron aportes a la campaña, sin haberlos efectuado los habría hecho incurrir, mínimo en un delito de falsedad genérica, por tanto los abogados que los aconsejaron en un sentido determinado habrían actuado dentro del rol de abogados que les correspondía, y aquellos no estaban obligados a brindar una declaración de la cual resultare algún tipo de responsabilidad en su contra. Al igual que en el caso de la amenaza, la propia diferenciación entre testigos propios e impropios implica valoración de los elementos de prueba que permitan realizar esa distinción; asimismo, la verificación de que hay cuatro grupos de testigos como sostiene la defensa: aquellos que simplemente fueron acompañados por un abogado o por persona vinculada al estudio jurídico del excepcionante, otro grupo al que se le habría indicado que hicieron aportes cuando no lo hicieron, otro al que se habría direccionado su voluntad para que declaren que si habían aportado y un cuarto grupo al que se anunció que serían demandados o que les iría mal, solo puede realizarse a partir del análisis de actos de investigación; así también la verificación de la calidad de abogado que ejercieron los abogados que mantuvieron algún tipo de relación con los testigos, y si estos (abogados) se limitaron a actuar dentro del rol de abogado o lo desbordaron, constituyen variables importantes para la resolución del caso, sobre los cuales este Colegiado no puede formarse convicción sin realizar análisis probatorio, que para el caso materia de resolución está proscrito.

La concurrencia de los elementos del tipo objetivo del delito de obstrucción de la justicia previsto en el artículo 409-A del CP: “amenaza” y “testigo” (como objeto de la acción) aparecen enunciados en la imputación penal contenida en la DFCIP y en las disposiciones modificatorias; y al no ser factible evaluar, en sede de excepción de improcedencia de acción, actos de investigación que permitan determinar si las conductas imputadas configurarían la amenaza postulada y la calidad de los testigos sobre quienes se desplegó esa conducta, corresponde declarar infundados los agravios postulados y confirmar la resolución apelada.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos los magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado, **RESUELVEN**:

1. **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del investigado **Arsenio Oré Guardia**.
2. **CONFIRMAR** la Resolución N.º 04-2019, de fecha once de octubre de dos mil diecinueve, expedida por el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción planteada por la defensa técnica del investigado **Arsenio Oré Guardia**, por la presunta comisión del delito de obstrucción de la justicia, en agravio del Estado peruano.
3. **DEVOLVER** al juzgado de origen para los fines consiguientes. **REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE**.

SS.

SAHUANAY CALSÍN

QUISPE AUCCA

MEDINA SALAS



**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

Expediente : 00025-2017-42-5201-JR-PE-01
Jueces superiores : Salinas Siccha / Guillermo Piscoya / Enriquez Sumerinde
Ministerio Público : Tercera Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos
de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio
Imputados : Elvira López Melgarejo de Costa y otros
Delitos : Lavado de activos y otros
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Zea Salas
Materia : Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción

Resolución N.º 3

Lima, veintisiete de junio
de dos mil diecinueve

AUTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la investigada Elvira López Melgarejo de Costa, contra la Resolución N.º 7, de fecha veintisiete de mayo de dos mil diecinueve, emitida por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que resuelve declarar infundada la solicitud de improcedencia de acción deducida por la citada defensa, en el proceso seguido en contra de López Melgarejo de Costa, por la presunta comisión de los delitos de lavado de activos y otros en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior **SALINAS SICCHA**, y **CONSIDERANDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 El veintidós de abril de dos mil diecinueve, la defensa de la investigada Elvira López Melgarejo de Costa dedujo excepción de improcedencia de acción. En atención al pedido, la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió, en audiencia, la Resolución N.º 7, de fecha veintisiete de mayo de dos mil diecinueve, mediante la cual declaró infundada la referida solicitud.

1.2 La defensa de la investigada interpuso recurso de apelación y presentó el escrito respectivo con fecha treinta de mayo del año en curso. Concedido el mismo y elevados los actuados a esta Sala Superior, se corrió traslado y se realizó el respectivo debate en audiencia el veinte de junio de este año. Habiendo deliberado el tribunal colegiado, se emite la siguiente resolución.



II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1 La *a quo* precisa que la defensa ha deducido excepción de improcedencia de acción desde la óptica de que el hecho no constituye delito. Respecto a la alegación de que "cualquiera" –utilizando los términos de la defensa– podía confiar en la procedencia del dinero debido a que el investigado Costa Alva había ganado un proceso laboral, refiere que, en efecto, el Ministerio Público no cuestiona la sentencia, sino el desprendimiento del dinero por parte del Estado en vía de ejecución de sentencia. Asimismo, en cuanto a las alegaciones de la defensa sobre las fechas de los presuntos actos de lavado de activos, señala que el supuesto hecho generador está constituido por los actos de corrupción que al parecer contribuyeron a la realización de una audiencia de esclarecimiento de hechos controvertidos en ejecución de sentencia.

2.2 Sostiene que pretender que el acuerdo colusorio tenga una identidad con la transferencia –como presunto pago irregular a favor de aquel funcionario que se dejó corromper–, significaría desconocer los presuntos acuerdos de corrupción donde precisamente los pagos se realizan después de la generación del dinero. Refiere que, en el presente caso, existe una concatenación entre el pago a favor de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Empresa Nacional de Puertos SA (ACJENAPU), del veintiséis de mayo de dos mil diecisiete; el pago por honorarios a favor del investigado Costa Alva, del seis de junio de dos mil diecisiete; y los presuntos actos de ocultamiento por parte de la investigada que ocurren un día después, el siete de junio de dos mil diecisiete, al haberse cobrado dos cheques de S/ 500 000.00 cada uno. Con posterioridad, se dieron los presuntos actos de conversión, esto es, el nueve y doce de junio de dos mil diecisiete, pues se realizaron las inversiones en fondos mutuos y depósitos a plazo. En ese sentido, concluye que los argumentos de la defensa, referidos a que habría operado el principio de confianza, son erróneos.

2.3 En cuanto a la condición de abogado del investigado Costa Alva, de la ACJENAPU, como argumento postulado por la defensa para la aplicación del citado principio, señala que no corresponde analizar aspectos de otros procesados y que, en todo caso, no es materia de cuestionamiento en la investigación. Además, respecto a la alegación de que los fondos mutuos realizados en el BCP, el doce de junio de dos mil diecisiete, se trataría de una cuenta única y exclusiva de Hernán Manuel Costa Alva, lo cual no se podría precisar, porque no estamos frente a actividad probatoria alguna que lo sustente.

2.4 Agrega que el principio de confianza no puede entenderse en un marco absoluto, por lo que el Ministerio Público no podría atribuir una conducta a una persona



únicamente por los vínculos de cercanía o por haber sido cónyuge del principal procesado, sino que debe advertir la existencia de elementos objetivos. En ese sentido, afirma que, en el presente caso, se han evidenciado situaciones concretas tales como la recepción de dinero y la generación de inversiones por montos que llegan aproximadamente a un millón de soles. A su vez, sostiene que se ha cumplido con precisar la conducta atribuida a la investigada, la cual no ha sido cuestionada en ninguno de sus elementos objetivos ni subjetivos.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 La defensa solicita que se revoque la resolución recurrida y, en consecuencia, se declare fundada la excepción de improcedencia de acción deducida. Sostiene que se vulnera el derecho de su patrocinada a obtener una resolución fundada en derecho y se quebranta el principio de legalidad penal, pues se habría interpretado de manera incorrecta el criterio objetivo del principio de confianza, subsumiendo las acciones imputadas a Elvira López Melgarejo de Costa consistentes en "recibir" e "invertir" en las figuras de "ocultamiento" y "conversión", propias del delito de lavado de activos.

3.2 Señala que cuando su patrocinada López Melgarejo recibió el dinero y realizó las inversiones, no existían circunstancias objetivas, concretas y concluyentes que evidencien la presunta actividad criminal previa o, en términos del principio de confianza, el comportamiento incorrecto de su esposo, pues estas se habrían generado con posterioridad. Asimismo, refiere que la hipótesis fiscal sobre la transferencia de Hernán Costa Alva a Noziglia Chávarri como presunto acto de corrupción, no operaría como una circunstancia objetiva y concreta para quebrar el contexto de confianza existente entre su patrocinada y su esposo, el seis y nueve de junio de dos mil diecisiete, debido a que dicho acto corruptor es posterior, esto es, del doce de junio de dos mil diecisiete.

3.3 Precisa que solicitó la aplicación del principio de confianza basándose en la concurrencia de circunstancias objetivas y concretas que evidencien la licitud de la fuente de la que provino el dinero y no en la condición de esposa de su patrocinada, toda vez que existen circunstancias con las que se verifica que invirtió el dinero entregado por su esposo, quien lo habría recibido por concepto de honorarios al haber ganado previamente un proceso. En ese sentido, indica que la *a quo* desconoce la naturaleza de la excepción de improcedencia de acción, debido a que lo que buscaba, como defensa, era identificar el contexto en el que se realizó la acción imputada a la investigada.



3.4 Sobre la titularidad de la cuenta, de la cual Costa Alva efectuó la transferencia a Noziglia Chávarri, refiere que en ningún momento señaló que era necesario acreditar la referida titularidad, sino que el Ministerio Público en su Disposición N.º 21 habría reconocido que se trataba de una cuenta mancomunada, por lo que no se podía tener acceso a esa información, con lo cual se conservaría el principio de confianza respecto de su patrocinada. En esa línea sostiene que debe considerarse que la inversión realizada por López Melgarejo de Costa es un acto lícito y permitido por ley, y no se trata de un acto de ocultamiento.

3.5 En audiencia de apelación, la defensa agregó que el elemento objetivo del tipo penal que se cuestiona es la acción típica (recepción e inversión), de modo que si bien el legislador no ha recogido de manera taxativa el principio de confianza, para su aplicación, se debe considerar que se encuentra dentro del principio de legalidad. Resalta que no se puede desconfiar de un tercero, salvo que concurran condiciones objetivas y concretas que evidencien el actuar incorrecto.

3.6 Antes de concluir el debate se dio el uso de la palabra a la investigada, quien señaló que ha visto trabajar a su esposo en forma permanente y con mucha dedicación, y que las ganancias que este obtenía han sido cuantiosas. Precisa que su esposo le entregaba una parte del dinero obtenido, como una fuente de respaldo familiar. Este dinero lo ha invertido en fondos mutuos, pues es un acto legal que genera ganancias de acuerdo a las opciones del banco.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 El fiscal superior señala que no se puede debatir sobre la incidencia del delito fuente. Sostiene que, en el presente caso, se ha observado un elemento indiciario importante, un incremento patrimonial anómalo, pues no es una operación común que en un solo día se realicen dos depósitos de quinientos mil soles cada uno. Asimismo, según la sentencia plenaria de lavado de activos, este incremento patrimonial anómalo es un requisito para la configuración del delito de lavado de activos; otro elemento es la existencia de una operación inusual o sospechosa que, en el presente caso, consistió en que después de que la investigada recibió una cantidad considerable de dinero, los días nueve y doce de junio de dos mil diecisiete, comienza a disgregar el dinero realizando operaciones bancarias (Interbank y BCP).

4.2 Precisa que la investigada López Melgarejo se encuentra con medida de comparecencia con restricciones y que, durante la investigación, hizo uso de su



derecho a guardar silencio, por lo que no se cuenta con mayor explicación sobre las inversiones en cuestión.

4.3 Por otro lado, señala que, a nivel doctrinario, el Código Penal no estipula que el principio de confianza sea eximente o causal de atipicidad. Indica que el principio de confianza es una teoría imperfecta, construida por Jakobs, con la cual se pretende la vigencia de la norma; sin embargo, esta va contra la dogmática del Código Penal, el cual tutela bienes jurídicos y no fuentes normativas. Resalta que la teoría de la imputación objetiva es imperfecta y que, a lo mucho, se podría acercar al conocimiento o al deber de presunción del origen del dinero, los cuales se encuentran sobre los presupuestos de trascendencia interna, elementos subjetivos del tipo penal, por lo que sostiene que se aprecia una incongruencia, toda vez que la defensa técnica lo ha invocado como elemento objetivo. Por las consideraciones expuestas, el representante del Ministerio Público solicita se declare infundado el recurso de apelación y, en consecuencia, se confirme la resolución recurrida.

V. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

Conforme al contenido del recurso impugnatorio y el debate realizado en audiencia, corresponde determinar si, tal como se sostiene en la recurrida, en el presente caso, no es procedente la aplicación del criterio de exclusión de la imputación objetiva como lo es el principio de confianza, o en su caso, si resulta procedente como lo precisa la defensa de la recurrente.

VI. FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

PRIMERO: Habiendo definido el punto en cuestionamiento, el Colegiado Superior solo se pronunciará respecto de este extremo¹. En el artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política se recogen los derechos y garantías de la función jurisdiccional como la observancia del debido proceso y la motivación escrita de las resoluciones judiciales. Estas garantías constituyen una exigencia que integra el contenido constitucionalmente protegido de la tutela jurisdiccional efectiva, la que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita estén debidamente fundamentadas en razones de hecho y de derecho. No debe obviarse que el derecho a la motivación de las resoluciones “[...] constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las

¹ La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, también conocido como “*tantum appellatum quantum devolutum*”, sobre el que reposa el principio de congruencia, y que significa que el órgano revisor, al resolver la impugnación, debe resolver conforme a las pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso.



personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional².

SEGUNDO: En efecto, el derecho a la debida motivación de las resoluciones implica que los jueces, al emitir sus decisiones, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevaron a tomar tal decisión. Esas razones pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso³. De modo que al haberse indicado que la recurrida afectaría esta garantía de la función jurisdiccional, corresponde determinarlo.

TERCERO: Por otro lado, bien se sabe que la excepción de improcedencia de acción tiene por objeto atacar la acción penal o, con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge a partir de su ejercicio. Para tal fin, el artículo 6, inciso 1, literal b, del Código Procesal Penal (CPP), establece su procedencia en los siguientes supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito o ii) cuando el hecho no es justiciable penalmente. El análisis de ambos supuestos implica contraponer el *contenido fáctico* de la imputación fiscal, comprendida en la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria, a la *descripción normativa* que la ley penal material realiza de una conducta punible (tipo penal). La falta de coincidencia entre la imputación fáctica y el tipo penal determina la fundabilidad de la excepción de improcedencia de acción, caso contrario, el proceso penal deberá continuar. Como se aprecia, este ejercicio no es más que un proceso de subsunción normativa.

CUARTO: En tal sentido, 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, los jueces, al evaluar dicho medio técnico de defensa, solo debemos tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente⁴. En suma, el análisis debe realizarse desde los hechos objeto de imputación, sin alterarlos, reducirlos o negarlos⁵.

QUINTO: De ahí que se acepte pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia que en un incidente de excepción de improcedencia de acción, no se evalúen medios probatorios para determinar si efectivamente el investigado participó o no en los

² Cfr. Exp. N.° 05601-2006-PA/TC, fundamento 3, y reiterado en el Exp. N.° 02462-2011-PH/TC.

³ Exp. N.° 1480-2006-AA/TC (caso *Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador*), del veintisiete de marzo de 2006, fundamento 2.

⁴ Casación N.° 407-2015/Tacna, fundamento jurídico quinto.

⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima, INPECCP, 2015, p. 284.



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

hechos punibles atribuidos. Tampoco se analiza si es o no responsable penal respecto de los hechos que se le imputan⁶. Estos últimos aspectos son objetivos del juicio oral, conforme este tribunal lo ha señalado en decisiones precedentes⁷.

SEXTO: En ese contexto, pasemos a analizar el medio técnico de defensa propuesto por el abogado defensor de la recurrente. Según la disposición de formalización de la investigación preparatoria,⁸ se atribuye a la investigada Elvira López Melgarejo de Costa⁹, en su condición de autora del delito de lavado de activos en sus modalidades de ocultamiento y conversión de patrimonio maculado. Así se tiene que de acuerdo a la disposición fiscal, en relación a los **actos de ocultamiento**, tipificado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106, "recibir, ocultar", con la agravante del artículo 4.2, se le incrimina el haber recibido en **dos cuentas de ahorros**, sumas de dinero (activo ilícito) provenientes, a su vez, de la transferencia efectuada por su esposo y también investigado Hernán Manuel Costa Alva, conforme al siguiente detalle: a) CAMN N.° 193-37403695-0-08 del BCP (cobro de cheque de gerencia N.° 01868650-BN), por la suma de S/ 500 000.00, con fecha siete de junio de dos mil diecisiete; y b) CAMN N.° 045-3102001224 del Interbank (cobro de cheque de gerencia N.° 01868651-BN), por la suma de S/ 500 000.00, con fecha siete de junio de dos mil diecisiete.

Asimismo, respecto a los **actos de conversión**, tipificado en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 1106 con la agravante del artículo 4.2, se le atribuye haber efectuado inversiones en entidades bancarias, conforme se procede a detallar: a) **depósito a plazo por S/ 110 000.00** en el BBVA (cuenta N.° 045-3102095902), con fecha nueve de junio de dos mil diecisiete; b) fondos mutuos por S/ 150 000.00, en Interbank (F013829), con fecha nueve de junio de dos mil diecisiete; c) fondos mutuos por S/ 250 000.00 en Interbank (G013829), con fecha nueve de junio de dos mil diecisiete; y d) fondos mutuos por S/ 500 000.00, en el BCP (N.° 123758), con fecha doce de junio de dos mil diecisiete.

En cuanto a la agravante del artículo 4.2 del Decreto Legislativo N.° 1106, se le atribuye a la investigada haber cometido el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

⁶ Véase el considerando sexto de la Sentencia Casatoria N.° 407-2015-Tacna.

⁷ Resolución N.° 2, del 31 de julio de 2017 en el Expediente N.° 4-2015-40-5201-JR-PE-01; Resolución N.° 3, del 1 de setiembre de 2017 en el Expediente N.° 160-2014-279-5201-JR-PE-01; Resolución N.° 4, del 26 de marzo de 2018 en el Expediente N.° 11-2017-21-5201-JR-PE-02; Resolución N.° 3, del 13 de junio de 2018 en el Expediente N.° 129-2016-6-5201-JR-PE-01; Resolución N.° 3, del 14 de agosto de 2018 en el Expediente N.° 46-2017-23-5201-JR-PE-01; y Resolución N.° 3, del 5 de diciembre de 2018 en el Expediente N.° 4-2015-51-5201-JR-PE-02.

⁸ Disposición N.° 21, del cinco de agosto de dos mil dieciocho.

⁹ En las páginas 59-60 de la referida disposición.



SÉPTIMO: Descritos así los hechos incriminados a la investigada Elvira López Melgarejo, debemos concluir que se subsumen en los tipos penales de lavado de activos previstos en el Decreto Legislativo N.º 1106, invocados por el titular de la acción penal. Ahora bien, respecto de estos hechos, la defensa, aceptando que su patrocinada recibió de su coinvestigado Costa Alva los montos dinerarios que se describen en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, considera que tal conducta no sería típica de lavado de activos, toda vez que no concurriría el elemento objetivo de la tipicidad como es la imputación objetiva, pues, en el presente caso, sería de aplicación el criterio que lo excluye como es el principio de confianza. En suma, la defensa considera que la conducta desarrollada por su patrocinada es atípica y, por tanto, no constituye delito.

OCTAVO: En esa línea, el Colegiado, a diferencia de lo sostenido por el fiscal en la audiencia¹⁰, considera que, efectivamente, desde la dogmática penal resulta válido discutir criterios de exclusión de imputación objetiva a través de una excepción de improcedencia de acción. Sin embargo, el análisis de estos criterios exige una determinación sumamente precisa de los hechos, al punto de que el juez, en su momento, tenga la posibilidad de identificar el elemento objetivo de la tipicidad de los hechos investigados como lo es la imputación objetiva o descartarla por la concurrencia de alguno de los criterios conocidos como el riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso o autopuesta en peligro de la propia víctima.

NOVENO: Y la determinación precisa de los hechos pasa por la circunstancia procesal de que hayan sido sometidos al procedimiento de investigación y que este procedimiento haya concluido, ya sea debido a que se cumplieron los objetivos buscados por la investigación del delito o por el hecho de que el plazo razonable de la investigación venció. Solo de esa forma podemos concluir que los hechos han sido debidamente acreditados o descartados. Luego, en el supuesto que hayan sido acreditados, recién podemos pasar a verificar si se presenta algún criterio que excluya el elemento objetivo de la tipicidad denominado imputación objetiva. De modo que si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlo. En consecuencia, en el presente caso, a criterio de esta Sala Superior, los hechos no están debidamente investigados, pues la investigación preparatoria que se sigue a la investigada Elvira López Melgarejo, aún no ha concluido.

¹⁰ Señaló, entre otros argumentos, que a nivel doctrinario, el Código Penal no estipula que el principio de confianza sea eximente o causal de atipicidad. Que el principio de confianza es una teoría imperfecta, construida por Jakobs, con la cual se pretende la vigencia de la norma; sin embargo, esta va contra la dogmática del Código Penal. Considera, a su vez, que la teoría de la imputación objetiva es imperfecta...



No está de más precisar que se inició por disposición fiscal de formalización y continuación de investigación preparatoria el cinco de agosto de dos mil dieciocho, contra doce personas, y por la presunta comisión de los delitos de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho activo genérico y lavado de activos agravado.

DÉCIMO: Incluso la defensa de la recurrente tiene claro este aspecto, pues sustenta su pretensión, alegando, entre otros argumentos, que cuando su patrocinada recibió el dinero no existían circunstancias objetivas que denoten un comportamiento incorrecto de su esposo y que evidencie la presunta actividad criminal previa para que desconfiara del mismo. Asimismo, afirma que la transferencia de dinero de Costa Alva a Noziglia Chávarri como presunto acto de corrupción no operaría como una circunstancia objetiva para quebrar el contexto de confianza existente entre su patrocinada y su esposo Costa Alva, debido a que fue realizada después de que la recurrente recibió el dinero. De la misma manera, refiere que la realización de una audiencia de esclarecimiento de los hechos controvertidos en ejecución de una sentencia no puede ser el presunto hecho generador de actos de corrupción, como sostiene la *a quo*, pues la investigada es una persona que no conoce de derecho y no se le puede exigir que desconfíe del origen del dinero con base en dicha diligencia.

En conclusión, para determinar si la investigada actúa bajo el criterio de confianza que se invoca es necesario se concluya la investigación, para luego poder verificar si cuando recibió el patrimonio objeto del delito de lavado de activos existían o no "circunstancias objetivas que denoten un comportamiento incorrecto de su esposo" o "que evidencie la presunta actividad criminal previa para que desconfiara del mismo". Antes de tener los resultados de la investigación preparatoria no podemos verificarlo, pues solo tenemos presunciones tanto de la Fiscalía que sostiene (presume) que sí existían tales circunstancias objetivas y de la defensa que sostiene (presume) que no existían.

DÉCIMO PRIMERO: En la resolución recurrida también se argumenta que es errónea la aplicación del principio de confianza postulado por la defensa y que, en todo caso, se requiere analizar actividad probatoria, concluyendo por declarar infundado el medio técnico de defensa, dando razones plausibles para tal efecto. En suma, también la recurrida está motivada dentro de los parámetros que establece el debido proceso y, por tanto, debe confirmarse.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada



Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de
Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 419 del Código Procesal Penal, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.º 8, de fecha veintisiete de mayo de dos mil diecinueve, emitida por la jueza del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el extremo que resolvió declarar **INFUNDADA** la solicitud de excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica de la investigada Elvira López Melgarejo de Costa en el marco del proceso penal que se sigue en su contra por la presunta comisión del delito de lavado de activos en agravio del Estado. **Notifíquese y devuélvase.**—

Sres.:


SALINAS SICCHA


GUILLERMO PISCOYA


ENRÍQUEZ SUMERINDE




KAROL ASTRITH ZERA SALAS
ESPECIALISTA JUDICIAL DE CAUSAS
Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada



**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS**

Expediente : 00003-2017-25-5002-JR-PE-02
Jueces superiores : Salinas Siccha / **Angulo Morales** / Gálvez Condori
Ministerio Público : Fiscalía Superior Coordinadora del Equipo Especial
Imputados : Jorge Elías Danos Ordoñez y otra
Delito : Colusión agravada
Agraviado : El Estado
Especialista judicial : Ximena Gálvez Pérez
Materia : Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción

Resolución N.º 7

Lima, dos de febrero
de dos mil veinte

VISTOS y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la **representante del Ministerio Público** contra la Resolución N.º 8, de fecha cinco de octubre de dos mil veinte, emitida por el juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **fundada** la excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados Jorge Elías Danós Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios en la investigación preparatoria que se les sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior **ANGULO MORALES**, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 Con fecha veintisiete de julio de dos mil veinte, la defensa técnica de Jorge Elías Danós Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios dedujo excepción de improcedencia de acción en el proceso penal instaurado en contra de los citados investigados por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado.

1.2 El juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante Resolución N.º 8, de fecha cinco de octubre de dos mil veinte, declaró fundado el aludido medio técnico de defensa y dispuso el sobreseimiento parcial de la causa seguida en contra de Danós Ordoñez y Reyna Palacios.



1.3 Con fecha veintiuno de octubre del mismo año, la representante del Ministerio Público impugnó la decisión adoptada en primera instancia; concedido el recurso, se elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior. Es así que, mediante Resolución N.º 3, se señaló como fecha de audiencia el ocho de enero de dos mil veintiuno, la misma que fue reprogramada, mediante Resolución N.º 4, para el día trece del mismo mes y año. En ese acto procesal se escucharon los argumentos de la representante del Ministerio Público y de las defensas técnicas de los imputados Danós Ordoñez y Reyna Palacios. Luego de la correspondiente deliberación, se procede a emitir la presente resolución en los siguientes términos:

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 El *a quo* señala que la defensa cuestiona el juicio de subsunción normativa desde dos perspectivas: **i)** negando que los investigados Danós Ordoñez y Reyna Palacios puedan ser considerados funcionarios o servidores públicos; y **ii)** afirmando que el proceder que se les atribuye no ha generado un riesgo penalmente relevante pues se trata de una conducta estereotipada.

2.2 En lo referido al primer punto, el *a quo* sostiene el artículo 425.3 del Código Penal prescribe que puede ser funcionario o servidor público todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene un vínculo laboral o contractual con entidades u organismos del Estado. Al respecto, evidencia que los investigados fueron contratados por Proinversión, estableciéndose un vínculo contractual; no obstante, dicha afirmación no es suficiente pues se requiere, además, la participación en el ejercicio de funciones públicas. En ese sentido, el juez precisa que los imputados no participaron en función pública alguna, sino que sus conductas se limitaron a cumplir con su obligación contractual. Lo anterior no denota una integración de los investigados a la entidad estatal ni supone una relación de subordinación. Por lo tanto, el *a quo* considera que Danós Ordoñez y Reyna Palacios no pueden ser considerados funcionarios ni servidores públicos.

2.3 En cuanto al segundo argumento, el *a quo* refiere que, en efecto, la conducta de los investigados se encuentra dentro de lo permitido, es decir, no han creado un riesgo penalmente relevante. Agrega que la acción de elaborar un informe legal para el cual fueron contratados se encuentra enmarcado dentro del ejercicio de su profesión como abogados. Sostiene que, si bien el Ministerio Público ha manifestado que se debe tener en cuenta el contexto en que se emitió dicho informe, se debe destacar que las conductas realizadas por otros no pueden servir como fundamento para calificar como penalmente relevantes las conductas de los investigados. Asimismo, señala que el



hecho de que la opinión de los investigados haya sido coincidente con la del abogado Miguel Ronceros no es suficiente para sostener que se haya superado el límite de lo permitido. Por tanto, al encontrarse la conducta de Danós Ordoñez y Reyna Palacios dentro del rol que les correspondía, y debido a que no se ha superado el riesgo penalmente relevante, no puede ser considerada como típica.

2.4 Por tales fundamentos, el juez concluye que la conducta atribuida a los investigados requirentes no puede ser subsumida en el tipo penal de colusión agravada, no solo porque no pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos, sino que, además, la conducta que realizaron es una conducta estereotipada que no supera el riesgo penalmente relevante.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 El Ministerio Público alega que la resolución recurrida le causa agravio no solo porque como órgano constitucionalmente autónomo le corresponde la defensa de la legalidad y la correcta administración de justicia, sino que, además, le genera un daño irreparable al dar por sobreesída la causa y anular la persecución penal.

3.2 Sostiene que el *a quo* realiza una interpretación restringida del artículo 425.3 del Código Penal y no ha considerado la interpretación amplia del concepto de servidor público, posición que sido reconocida por nuestra jurisprudencia. Considera que los investigados fueron contratados con el fin de brindar una opinión legal en el desarrollo de la concesión de un proyecto público (bien común), por la cual recibieron una contraprestación, por lo tanto, ostentan la calidad de servidores públicos en tanto contribuyen y participan en la función estatal, existiendo una relación de subordinación con los funcionarios públicos a cargo de dicho proyecto. Agrega que la opinión legal dada por Danós Ordoñez y Reyna Palacios fue vinculante para los miembros del comité que tenía a cargo la adjudicación del proyecto Gasoducto Sur Peruano.

3.3 Refiere que el juez realiza un análisis sesgado de la conducta atribuida a los investigados, pues no valora el hecho de que el informe jurídico emitido por estos contribuyó a los fines delictivos de favorecer a la empresa Odebrecht con la adjudicación del proyecto Gasoducto Sur Peruano, desplegando una conducta que no puede ser considerada estereotipada, sino delictiva. Agrega que no toda conducta neutral o estereotipada es exonerativa de responsabilidad, sino que esta deja de serlo cuando se despliega en un contexto marcadamente delictivo.



3.4 Por tales fundamentos, solicita que se revoque la resolución recurrida y, reformándola, se declare infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa de los investigados Jorge Elías Danós Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios.

IV. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DEL INVESTIGADO DANÓS ORDOÑEZ

4.1 Expone la defensa técnica del investigado Danós Ordoñez, que su patrocinado, fue convocado para emitir una opinión legal respecto de una situación problemática que se habría producido en el marco del procedimiento para establecer a quien se le otorgaba la buena pro para la concesión del Gasoducto Sur Peruano. Sostiene que dicha situación problemática la ocasionó el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, pues comunicó que el porcentaje de los miembros del consorcio iba a ser modificado cuando el plazo para hacerlo ya había expirado. Así, Proinversión se da cuenta que esto podría generar la necesidad de descalificar a dicho postor, por lo que solicitan informes legales para asegurarse que iban a tomar la mejor decisión, para lo cual consultan a sus asesores permanentes del Estudio Delmar Ugarte y también al Estudio Echeopar si correspondía o no descalificar al Consorcio Gasoducto Peruano del Sur.

4.2 Señala que la información a la que se refiere la fiscalía, sobre el supuesto contexto que impediría considerar la conducta de su defendido como estereotipada, corresponde a hechos realizados por terceras personas. Así, explica que el hecho de que se haya realizado una reunión entre los miembros de Proinversión o el hecho de que se pagó un soborno a un abogado de otro estudio jurídico no tienen nada que ver con su patrocinado. Afirma que la conducta de los investigados sí es estereotipada, pues emitieron una opinión legal sobre una situación problemática que se suscitó. Considera que ello no los convierte en funcionarios públicos ni tampoco aleja el carácter estereotipado de su proceder.

4.3 Manifiesta que el consorcio descalificado interpuso una demanda de amparo, la misma que fue declarada infundada por la Segunda Sala Civil de la Corte de Lima, que señala expresamente que la descalificación fue legal. Posteriormente interpuso un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional y que fue declarado improcedente. Precisa que ha quedado firme la decisión de la Sala Civil que establece que la descalificación fue razonable. Agrega que no es posible atribuir a los investigados la emisión de un informe sesgado cuando también los jueces de la referida sala han establecido que el Consorcio Gasoducto Peruano del Sur había hecho lo necesario para ser descalificado.



4.4 Indica que los investigados no han sido asesores permanentes del Comité de Pro Seguridad Energética y que no han sido incorporados a la estructura de Proinversión. Precisa que solo se les contrató para que emitan opinión legal sobre un tema puntual, como consultores externos, por lo que su informe no era vinculante. En base a dichos argumentos solicita que se confirme la resolución impugnada.

V. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DE LA INVESTIGADA REYNA PALACIOS

5.1 La defensa de Reyna Palacios refiere que cuando dedujeron la excepción de improcedencia de acción hicieron referencia a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, en la que se fijan los conceptos de funcionario público. En esa jurisprudencia se aclara que las características que permiten afirmar el concepto de función pública, que es similar a servidor público, son básicamente los siguientes: i) existencia de una vocación de permanencia; ii) existencia de un instrumento normativo que recoge las atribuciones y deberes del funcionario; iii) capacidad efectiva de hacer uso de los recursos públicos; y iv) no basta con la existencia de un mero vínculo, se requiere la concurrencia de los dos supuestos a los que se refiere el juez *a quo*.

5.2 Refiere que en el presente caso se tiene un contrato con Estudio Echeopar, del cual formaban parte los investigados, a efectos de que se emita una opinión legal, la misma que ha sido incluso ratificada por el perito oficial presentado por el Ministerio Público en el curso de la investigación. Agrega que dicha opinión legal dio lugar a la interposición de una acción de amparo, la misma que fue desestimada en segunda instancia. Refiere que dicha decisión ha quedado firme en mérito a la resolución dictada por el Tribunal Constitucional, por lo tanto, existe una decisión firme que convalida la decisión tomada por el comité de Proinversión y, en buena cuenta, el tenor del informe emitido por su patrocinada y su coencausado.

5.3 También sostiene que el informe no fue vinculante para Proinversión, toda vez que es un informe legal que contiene una opinión jurídica. Alude que ese informe no tenía la capacidad de dirigir la decisión del comité, más aún cuando se ha demostrado que Proinversión había tomado la decisión de descalificar al consorcio y que simplemente había suspendido dicho trámite hasta la emisión del informe. Por tales fundamentos, solicita que se confirme la resolución recurrida.



VI. FUNDAMENTOS DEL COLEGIADO

DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

PRIMERO: De entrada, queremos destacar que en un Estado constitucional de derecho que contempla un proceso penal de corte garantista, resulta imprescindible y necesaria la existencia de determinados recursos que puedan hacer posible el correcto desempeño del derecho a la defensa en sus dos vertientes (técnica y material). Por ello, con la finalidad de fortalecer las garantías procesales, nuestro Código Procesal Penal (CPP) contempla medios técnicos de defensa, los cuales se *“constituyen como el derecho de impugnar provisional o definitivamente el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se basa directamente en una norma de derecho y no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella”*¹. A la vez, los medios técnicos de defensa, entre ellos, la excepción de improcedencia de acción, tienen por objeto atacar la acción penal o, con más precisión, la relación jurídico-procesal que surge con su ejercicio.

SEGUNDO: Sobre la excepción de improcedencia de acción, la Corte Suprema ha establecido que esta se sustenta en una noción de carencia material de una pretensión punitiva válida, ya que los hechos atribuidos al imputado no constituyen un injusto penal o no corresponde la aplicación de una pena, es decir, carecen de relevancia jurídico-penal. Este medio técnico de defensa, vinculado a la viabilidad de la causa penal, atañe a un cuestionamiento acerca del juicio de subsunción normativa, de puro derecho. Esto significa que solo se debe tener en cuenta lo expresado en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria o en la acusación fiscal –no puede negarse, agregarse, reducirse o modificarse ningún pasaje del relato inculpativo– y que las solicitudes probatorias están prohibidas. Se aceptan argumentos de justificación de las hipótesis planteadas y su sustento empírico si se encuentran en función de la propia exposición del acto de imputación fiscal².

TERCERO: Es ineludible destacar, para el presente caso, que la excepción de improcedencia de acción regulada en el literal b, artículo 6.1 del CPP constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal infructuoso o que carece de sentido jurídico penal. Con dicho instrumento procesal penal se discuten los siguientes segmentos: **a)** la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal –tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y

¹ Casación N.º 581-2015-Piura, de fecha cinco de octubre de dos mil dieciséis, f. j. 6.1.

² Casación N.º 1307-2019/Nacional, de fecha doce de febrero de dos mil veinte, f. j. 4.



subjetivos—, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento sustantivo; **b)** que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público; o **c)** que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste con toda evidencia de los términos de la imputación. Este medio técnico de defensa, en consecuencia, tiene por finalidad remediar las consecuencias de una impropia apertura del proceso penal³ sobre hechos denunciados que no constituyen delito o que, no obstante encuadrar en un tipo delictivo, no son justiciables penalmente. En ese contexto, su ejercicio tiene como finalidad atacar la potestad represiva y evitar la prosecución del supuesto delito que se investiga, el cual tiene como fundamentos las normas constitucional y penal material.

CUARTO: En esa perspectiva, tomando en cuenta el estado del proceso, resulta 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 realidad—⁴.

QUINTO: Del mismo modo, esta Sala Superior, como ya lo ha señalado en reiterados pronunciamientos⁵, considera que la excepción de improcedencia de acción procede cuando resulta evidente que no se advierten los elementos objetivos y subjetivos que configuran una conducta ilícita penal, así como cuando, a pesar de presentarse estos elementos, la acción penal no se sigue, debido a que, por ejemplo, se produce la inexistencia de una condición objetiva de punibilidad o se verifica la existencia de una

³ Asimismo, debe considerarse que en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 se ha señalado lo siguiente: “(...) en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnica para evitar un proceso en el que no se hayan verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo, en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la prescripción ordinaria, si es que antes de la formalización de la investigación preparatoria se cumplió el plazo correspondiente”.

⁴ Casación N.º 407-2015-Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, fundamento cinco, de la Sala Penal Transitoria.

⁵ Expedientes N.º 04-2015-40-5201-JR-PE-01, N.º 160-2014-279-5201-JR-PE-01, N.º 46-2017-23-5201-JR-PE-01 y N.º 00215-2015-16-5201-JR-PE-02.



excusa absolutoria. Al tratarse de un medio técnico de defensa, que se presenta y resuelve antes del juicio oral, solo se analizan los hechos ilícitos imputados tal como aparecen planteados por el titular de la acción penal, **independientemente de si ocurrieron o no**, pues su real determinación solo puede efectuarse con el análisis de la prueba producida luego de materializarse el juzgamiento.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

➤ DE LA IMPUTACIÓN CONTRA LOS INVESTIGADOS

SEXTO: De la Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, Disposición N.º 78, de fecha veintisiete de febrero de dos mil veinte, se desprende que el titular del ejercicio público de la acción penal atribuye a **Jorge Elías Danós Ordoñez** a título de autor la presunta comisión del delito de colusión agravada, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, toda vez que, aprovechando su condición de abogado del Estudio Jurídico Eche copar y Asesor Legal del Comité de Pro Seguridad 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. Así, se señala que intervino directamente en la elaboración del informe legal del 29 de junio del 2014; a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Pro Seguridad Energética de Proinversión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor de Odebrecht.

Con relación a su condición de servidor público, considera la fiscalía que el investigado Jorge Elías Danós Ordoñez se integró al proyecto "Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano" como abogado del Estudio Eche copar, firma contratada por Proinversión mediante la modalidad de contratación directa el 27 de junio del 2014; insertándose a la estructura de Proinversión como asesor para los efectos de emitir "opinión legal sobre la Incidencia en la calificación del Postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, respecto a la Carta presentada por el citado consorcio en la que modifica los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio (...)", siendo que desde ese momento sus funciones debieron estar orientadas a velar por los intereses del Estado, lo que no ocurrió al momento de elaborar el Informe Legal de fecha 29 de junio de 2014, el cual ocasionó perjuicio patrimonial al Estado.



SÉPTIMO: Por su parte, la tesis imputativa del Ministerio Público, le atribuye a **Ana Sofía Reyna Palacios** ser autora de la presunta comisión del delito de colusión agravada, previsto y sancionado en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, toda vez que, aprovechando su condición de abogada del Estudio Jurídico Echeopar y Asesora Legal del Comité de Pro Seguridad 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. Así, se señala que intervino directamente en la elaboración del informe legal del 29 de junio del 2014; a efectos de respaldar la posición de los miembros del Comité de Pro Seguridad Energética de Proinversión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, consorcio opositor de Odebrecht.

Respecto de su condición de servidora pública, señala que la investigada Ana Sofía Reyna Palacios se integró al proyecto "Mejoras a la Seguridad Energética y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano" como abogada del Estudio Echeopar, firma contratada por Proinversión mediante la modalidad de contratación directa el 27 de junio del 2014; insertándose a la estructura de Proinversión como asesor para los efectos de emitir "opinión legal sobre la incidencia en la calificación del postor Consorcio Gasoducto Peruano del Sur, respecto a la Carta presentada por el citado consorcio en la que modifica los porcentajes de participación de los integrantes del consorcio (...)", siendo que desde ese momento sus funciones debieron estar orientadas a velar por los intereses del Estado, lo que no ocurrió al momento en que elaboró el Informe Legal de fecha 29 de junio de 2014, el cual ocasionó perjuicio patrimonial al Estado.

➤ **PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR LA RECURRENTE**

OCTAVO: Como *primer agravio*, la representante del Ministerio Público sostiene que el *a quo* ha realizado una interpretación restringida del artículo 425.3 del CPP y no ha considerado que la interpretación amplia está reconocida en nuestra jurisprudencia. Agrega que los investigados ostentan la calidad de servidores públicos toda vez que contribuyeron y participaron en la función estatal, por lo que existiría una relación de subordinación. Además, refiere que la opinión legal dada por Danós Ordoñez y Reyna Palacios fue vinculante para los miembros del comité a cargo de la adjudicación de la obra. Por su parte, las defensas técnicas de los referidos investigados concuerdan en que estos no ostentaban la calidad de servidores públicos, pues solo se les contrató



para emitir una opinión legal sobre determinado suceso, que no fue de carácter permanente, por lo que nunca formaron parte de la estructura del organismo estatal Proinversión y, en consecuencia, el informe legal no era vinculante para los miembros del comité.

NOVENO: Al respecto, como se sabe, el tipo penal de colusión agravada es un delito especial, pues exige que el autor tenga una cualidad especial, esto es, que sea un funcionario o servidor público. El Código Penal no define estos dos conceptos, aunque si nos entrega una noción amplia de qué sujetos son considerados funcionarios o servidores públicos (artículo 425). Lo concreto es que en la formalización de investigación preparatoria, aparece que a los investigados se les considera como sujetos públicos debido a que, como ellos mismos reconocen, fueron contratados por la institución estatal para emitir un informe. No obstante, 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. Estos aspectos, por su propia naturaleza, no se pueden efectuar en un incidente de improcedencia de acción⁶. 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 concordamos con lo resuelto por el *a quo* en este extremo.

DÉCIMO: Como *segundo agravio*, la recurrente señala que el juez realizó un análisis sesgado de la conducta atribuida a los investigados, pues no valoró que el informe jurídico que emitieron favoreció a los fines delictivos de favorecer a la empresa Odebrecht. Agrega que no toda conducta neutral o estereotipada es exonerativa de responsabilidad, sino que esta deja de serlo cuando se despliega en un contexto marcadamente delictivo. Por su parte, las defensas de los imputados señalan que sus patrocinados solo emitieron un informe legal de una situación problemática que se suscitó en el marco del proceso de concesión. Asimismo, manifiestan que la opinión plasmada en el informe ha sido declarada razonable por la Segunda Sala Civil de la Corte de Lima y que, en buena cuenta, eso convalida el tenor del informe emitido.

⁶ Criterio adoptado por esta Sala Superior en el Expediente N.º 7-2020-26-5002-JR-PE-01.



DÉCIMO PRIMERO: Sobre el particular, es necesario reiterar que **en un incidente de excepción de improcedencia de acción no son admitidas las cuestiones probatorias**, por lo tanto, la legalidad o no del informe emitido por los investigados Danós Ordoñez y Reyna Palacios, así como la imparcialidad de su actuar, están sujetos a la respectiva actividad probatoria que las verifique o descarte. Estas alegaciones, por tanto, no tienen la aptitud para determinar si los hechos contenidos en la imputación fiscal pertinente constituyen o no delito, que es objeto de un incidente de excepción de improcedencia de acción. En suma, solo se debe tener en cuenta lo relatado en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pues como se sabe, este medio técnico de defensa cuestiona el juicio de subsunción normativa, de puro derecho. De modo que mal ha hecho el juez de primera instancia analizar tales detalles en la recurrida.

DÉCIMO SEGUNDO: Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, es necesario pronunciarse respecto del argumento de la defensa técnica referido a la conducta estereotipada de Danós Ordoñez y Reyna Palacios, pues el hecho de que exista un comportamiento de riesgo jurídicamente desaprobado, el carácter penal del mismo y la determinación de si su creación puede imputarse a los investigados forman parte de la descripción fáctica que contiene el acto de imputación fiscal (juicio de subsunción normativa)⁷. En efecto, es criterio adoptado por esta Sala Superior que resulta válido discutir criterios de imputación objetiva –en este caso, prohibición de regreso– a través de una excepción de improcedencia de acción. Sin embargo, **para analizar estos criterios se exige una determinación sumamente precisa de los hechos, al punto que el juzgador tenga la posibilidad de identificar en qué nivel se ubica la delgada línea que divide lo imputable al tipo objetivo, de lo no imputable, ya sea porque el sujeto actuó dentro del riesgo permitido.** De ahí que para analizar si son o no aplicables los criterios que excluyen la imputación objetiva de la tipicidad, se deben tener ya los hechos razonablemente acreditados. Si los hechos aún no se encuentran bien definidos por el titular de la acción penal, no es posible determinarlos⁸. Y ello es así debido a que -volvemos a repetir- **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.** En suma, el Colegiado no comparte el criterio asumido en la recurrida.

⁷ Casación N. ° 1307-2019/Nacional, de fecha doce de febrero de dos mil veinte, f. j. 8.

⁸ Criterio adoptado por esta Sala Superior en el Expediente N.° 4-2015-40, de fecha treinta y uno de julio de dos mil diecisiete, f. j. 7.10.



DÉCIMO TERCERO: En ese sentido, de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se colige que a los investigados Danós Ordoñez y Reyna Palacios se les atribuye *haber 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*. En ese sentido, del acto de imputación fiscal se advierte que, si bien es verdad que los investigados realizaron el informe legal en atención a su profesión como abogados, también lo es que el titular de la acción penal atribuye clara y expresamente que los investigados formaron parte del pacto colusorio y dirigieron su actuar conforme a lo acordado ilícitamente por Humala Tasso, Heredia Alarcón y los representantes de la empresa Odebrecht. De lo anterior se infiere que su conducta constituiría un aporte a la comisión del hecho delictivo, máxime si no es posible afirmar, en el estadio en que se encuentra la presente causa penal, que la conducta de Danós Ordoñez y Reyna Palacios ha sido neutral o estereotipada, esto es, que no ha sobrepasado los límites del riesgo permitido; sino, por el contrario, la imputación fáctica se subsume en el tipo penal de colusión agravada atribuido por la representante del Ministerio Público. Por lo tanto, el agravio de la parte recurrente es atendible.

DÉCIMO QUINTO: Con base a tales fundamentos, el recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público debe ser atendido. En consecuencia, la resolución venida en grado debe revocarse y, reformándola, debe declararse infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica de los investigados Danós Ordoñez y Reyna Palacios.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en aplicación de lo prescrito en los artículos 409 y 419 del CPP, y demás normas procesales, **RESUELVEN:**

REVOCAR la Resolución N.º 8, de fecha cinco de octubre de dos mil veinte, emitida por el juez a cargo del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y, **REFORMÁNDOLA**, declaran **INFUNDADA** la excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados Jorge Elías Danós Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios, debiendo el proceso continuar



conforme a su estado. Lo anterior en el marco de la investigación preparatoria que se les sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada en agravio del Estado.

Notifíquese y devuélvase.

Sres.:

SALINAS SICCHA

ANGULO MORALES

GÁLVEZ CONDORI

EXPEDIENTE : 00299-2017-95-5001-JR-PE-04
JUEZ : ZÚÑIGA URDAY, VICTOR RAÚL
ESPECIALISTA : RAMIREZ CERVAN, NERI ISABEL

AUTO DE EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

RESOLUCIÓN NRO CUATRO.

Lima, treinta de octubre
del dos mil veinte.-

I. PARTE EXPOSITIVA.-

VISTOS : Habiéndose realizado la audiencia conforme ha quedado registrado en audio, siguiéndose los pasos establecidos por nuestro ordenamiento procesal adjetivo, escuchándose los argumentos emitidos por las partes asistentes; el día de la fecha se emite resolución, toda vez que este Despacho se encontraba recusado y al no ser un pedido de tramitación urgente no podía emitirse resolución; y,

II. PARTE CONSIDERATIVA.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- PEDIDO DE EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN:

La Defensa Técnica del investigado José Chlimper Ackerman deduce excepción de improcedencia de acción, sustentándola, en atención a que:

- 1.1. La defensa técnica hace mención antes de ingresar a los argumento de atipicidad, respecto a dos ideas centrales: a) Que en la presente causa la Ley Penal Aplicable a delitos de Lavado de Activos que es la Ley 27665 modificada por el Decreto Legislativo 986 del 2007; b) Que va trabajar bajo las disposiciones N°125 y N°145, la primera que lo incorpora como investigado por el delito de lavado de activos agravado y la segunda que efectúa ciertas precisiones, incorpora un factum de la imputación y también incorpora nuevos ilícitos penales que no es materia de la presente excepción.
- 1.2. La defensa técnica solicita se declare fundada la excepción de improcedencia de acción por **atipicidad absoluta en relación** al delito de lavado de activos tanto en su versión base como en su versión forma agravada bajo los siguientes fundamentos:
- 1.3. Primer Argumento: La atipicidad por la no configuración del objeto sobre el que recae la acción, que tiene que ser de naturaleza delictiva de naturaleza ilícita así ha sido recogida también el acuerdo plenario N° 3-2010. También señala que a su defendido se le incorpora por aportes de campañas absolutamente de naturaleza ilícita, en el marco de empresarios peruanos que se ha enfatizado en la absoluta licitud de los fondos aportados, sobre estos fondos de aporte de campaña en las cuales se describe que su defendido habría tenido intervención, no se configura el primer elemento del tipo penal que requiere que el objeto

que haya recaído la acción sea de naturaleza delictiva o ilícita, precisando que el Ministerio Público únicamente le otorga la condición de este elemento típico del objeto sobre el que recae la acción naturaleza delictivo a los dineros o activos provenientes únicamente de la denominada caja dos de la empresa ODEBRECHT, advirtiendo de la imputación de su patrocinado que le es absolutamente ajeno de dichos supuestos aportes de campaña provenientes de la caja dos.

1.4. Segundo Argumento: La no configuración típica del nexo de causalidad con el delito previo, remitiéndose a la disposición N°145, en la que se hace mención al supuesto nexo causal de naturaleza ilícita en la que se incorpora a su defendido señalando que textualmente dice lo siguiente: página 35 estos activos que fueron entregados a la organización criminal en las persona de Keiko Fujimori, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka, en el año 2010 y 2011 y Keiko Fujimori y José Climper Ackerman en el año 2016, en un total de cuatro millones cien mil dólares americanos, de forma secreta, de no registrado en la contabilidad del Partido Fuerza Popular en efectivo, ya en la imputación fáctica que postula el Ministerio Público en la disposición 145 en la que incorpora nuevos factum de imputación, incorpora nuevos hechos y hay un título en el que se señala precisión de la imputación formulada contra el investigado Jose Climper Ackerman así de manera expresa ya se lo sitúa, en consecuencia como segundo argumento de atipicidad señala la no configuración típica del nexo de causalidad por el delito previo todo es que se le incorpora en un factum de imputación de aportes de campañas de empresarios peruanos declarados por el representante del Ministerio Público como de absoluta licitud.

1.5. Tercer argumento, La no configuración de los verbos típicos ocultar o transportar como modalidades de lavado de activos ya que el supuesto aporte de campaña de la empresa ODEBRECHT ya habría sido lavada previamente según la hipótesis fiscal y me remito a la página 43 de la disposición preparatoria N°145 del 06 de diciembre del 2019, que vamos a presencia de la perspectiva de la tipicidad; dos elementos que según la tesis fiscal o la hipótesis fiscal; el supuesto lavado de activos se debe producido antes y absolutamente desvinculado de la intervención que se le atribuye al señor Jose Climper Ackerman y otro elemento, el ente persecutor a reconocido cual ha sido los supuestos dos medios comisivos para que se efectúe este lavado de activos del aporte de campaña de la empresa ODEBRECHT, ascendente a un millón de dólares, ya el ente persecutor ha precisado la imputación y a dicho lo siguiente: el supuesto aporte ascendente a un millón de dólares entregados por Simoes Barata se lavo de la siguiente forma, los primeros quinientos mil dólares americanos habrían sido lavados (...) con el nombre de ingresos por actividades proselitistas del año 2010, en los cocteles como también en la gran rifa esto es de medio millón de dólares de aportes de la empresa ODEBRECHT fueron lavados según la tesis fiscal en el año 2010 esto es, absolutamente destroncado del factum que se le atribuye a mi defendido y además el ente persecutor precisó cual es el supuesto medio comisivo para haber verificado este lavado de activos; los otros quinientos mil dólares que dice como fueron lavados en el año 2011 habrían sido lavados con el nombre de aportaciones

individuales y como ingresos procedentes por ejemplo el exterior y por familiares de Yoshiyama Tanaka y Bedoya Camere en ese rubro, donde describen la imputación es más, efectúan primero una suma de cuatrocientos noventa y dos mil dólares quinientos ochenta mil dólares americanos esto es sumado todas estas sumas ascienden a un millón y medio de dólares americanos esto es según la tesis fiscal el supuesto acto de lavado que se habría verificado en el 2010 y parte del 2011, siendo que según la tesis fiscal los actos de lavado de activos ya fueron consumados conforme hemos descrito con estas dos supuestas modalidades que habrían abarcado la totalidad del aporte de campaña de la empresa Odebrecht ya se ha extinguido toda forma de lavado, toda forma de reciclaje y en consecuencia ante la consumación de este supuesto ilícito ya desde el 2010 no es sostenible el elemento típico que puedan consistir en los verbos típicos ocultar o transportar el supuesto aporte de campaña de la empresa Odebrecht ya que según la tesis fiscal esto ya se habría focalizado se habría lavado desde el 2010 y con respectivos medios comisivos.

- 1.6. Cuarto argumento : La Ley Penal aplicable del 2007 conceptualiza el delito de lavado de activos como un delito de resultado a diferencia de las leyes posteriores por ejemplo el decreto legislativo 1106, que tiene una vocación más de un delito de peligro en esa ley penal aplicable, que es la que nos concierne a nosotros, el legislador ha exigido que se produzca un resultado típico un resultado concreto tangible que tenga un factum y es el siguiente; dificulta la identificación de su origen, su incautación de comiso, este es el resultado típico que exige el tipo penal según la ley aplicable, conforme lo ha aplicado el ente persecutor en dicha lógica debemos dar cuenta de lo siguiente a mi defendido la imputación que se le formula haber efectuado dos pagos supuestos pagos a medio de comunicación uno a RPP y dos a otro medio de comunicación.
- 1.7. Quinto Argumento: La entrada en vigencia de la ley de financiamiento legal de partidos políticos constituyen un indicador de atipicidad anterior dado que anterior a su entrada en vigencia los aportes de campaña no tenían ninguna relevancia penal, esto es, cuando se criminaliza y penalizan comportamientos esta penalización o esta prohibición rigen para futuro y no retroactivamente eso es señor magistrado como usted ya lo ha conocido en esta audiencia pública el ente persecutor ha hecho referencia a diferentes autores algunos españoles que dan cuenta de la financiación de los partidos políticos y que nos aportan estos autores, concretamente el autor citado por el doctor Domingo Pérez en su libro financiamiento de partidos políticos, da cuenta del fracaso de forzar tipificaciones por otras modalidades que no sean la figura del financiamiento de partidos políticos en esa lógica este autor citado ante su despacho esgrimido por el ente persecutor no obstante que es español, da cuenta que para abarcar estos hechos de aportes de campaña se ha exigido una ley penal autónoma, una ley penal que los regule en este sentido dado que esta ley recién ha entrado en vigencia con posterioridad a los hechos demuestra pues que los hechos anteriores son atípicos y en consecuencia esta entrada en vigencia es un indicador que con anterioridad a la misma no podía merecer ningún reproche penal y menos aún por la figura del lavado de activos.

- 1.8. Sexto argumento: El representante del Ministerio Público en la disposición fiscal de formalización 145 cita como soporte dogmático, como soporte doctrinario, para hacer las precisiones de lavado de activos al doctor Isidoro Blanco Cordero, esto de manera expresa está citado como sustento dogmático y doctrinario en esta disposición de la formalización de la investigación concretamente en la página 57 y que es lo que dice este autor, que la absoluta atipicidad del delito de lavado, dice lo siguiente y así lo ha citado en el ítem 3.1.90., el lavado de activos exige que los activos tengan un origen ilícito el propósito inmediato del lavado de activos consiste en aparentar la procedencia legal de los bienes o activos de origen ilícito esto es como elemento transversal este autor que ha sido esgrimido por el ente persecutor da cuenta que necesariamente tiene que tratarse de bienes activos o dineros de naturaleza delictiva o de naturaleza ilícita y conforme hemos expuesto, esta exigencia típica no se configura en el caso subexamine y otro autor citado también ante su despacho con posterioridad es el autor Rafael Galvez Bravo, cuando hace la diferencia entre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.
- 1.9. Elementos subjetivos del delito de lavado de activos concretamente son dos los elementos que no se configura en el caso concreto y uno de los siguientes argumentos de atipicidad es la configuración del delito del elemento dolo, que establece el acuerdo 3-2010, sobre este elemento del tipo penal en su fase subjetiva el dolo comprende la conciencia y voluntad de hacer actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tendencia que como resultado dificulten la identificación de los bienes, su incautación o decomiso, y la página 35 de la disposición 145, que da cuenta que ha intervenido en la recepción de fondos de empresarios peruanos (...) pago por concepto de publicidad electoral, precisando la defensa que no existe ningún elemento de dolo que pueda consistir en la conciencia y voluntad de dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes. Finalmente la no configuración del elemento subjetivo, se requiere que el sujeto tenga el propósito inmediato de evitar la identificación el origen o la incautación de los bienes provenientes del delito previo. *(Quedando grabado en audio y video la totalidad de debatido en audiencia)*

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

- 1.10. El representante del Ministerio Público precisa lo siguiente: respecto de la posición de la defensa, lo que no menciona la defensa es que estamos investigando una organización criminal y su representado sería parte de esa organización criminal, al señor se le está imputando el delito de lavado de activos previsto y sancionado en el artículo 2 del decreto legislativo N°986, artículo 3, b) y también por el delito de la administración de justicia, falsa declaración, eso es ya a posterior al pedido de improcedencia de acción, la defensa esta solo por el tema del lavado de activos.
- 1.11. El inciso b) del artículo 3 tiene en su forma agravada que el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal, el artículo 2 sobre actos de tenencia, transporte (...) haciendo esa precisión, si escucháramos los argumentos del abogado

como si el señor Climper fuera el único investigado en este caso, tendría cierta lógica, pero si estos argumentos se confrontan con el hecho del que forma parte de una organización criminal entonces allí si no tendría tanta coherencia, (...)

- 1.12. Existe la disposición 84 donde se desarrolla la parte de los actos previos, o los actos ilícitos a los cuales el abogado dice de que faltan y se refieren a los aportes que ha hecho la empresa Odebrecht de la caja dos, el millón doscientos mil dólares, estos serían los actos previos ilícitos que estarían vinculados al dinero que el señor Climper habría llevado para pagar al grupo RPP, (...)
- 1.13. La disposición 84 se formaliza la investigación contra la señora Keiko Fujimori por organización criminal por la cual se desarrolla el tema de los actos ilícitos respecto al millón doscientos mil dólares que habría aportado Odebrecht a través de su caja dos a la campaña Fuerza Popular, entonces esta disposición 125 complementa la disposición 84, disposición 145 complementa la disposición 84 y forma parte de un todo no se pueden disgregar y pensar que únicamente existe la 125 y sobre ese universo gira todos los hechos materia de investigación, incluye la disposición 84 inclusive se hace referencia la disposición 84 cuando se amplían las otras disposiciones; partiendo desde esa base que este señor forma parte de una organización criminal tiene coherencia que el habría transportado el dinero de origen ilícito aportado por posiblemente por Odebrecht porque téngase en cuenta que todavía estamos en investigación preparatoria, todavía no estamos a nivel de sentencia para poder hacer una afirmación definitiva, estamos todavía investigando para fines de esclarecimiento, entonces el señor habría llevado sus doscientos diez mil dólares los cuales los lleva sin bancarizar los entrega sin referir el origen de ese dinero y son recibidos por el señor del grupo RPP;
- 1.14. La referencia que hace de que el grupo RPP no está investigado eso no es materia de esta audiencia, entonces sobre ese tema la fiscalía no se va pronunciar,
- 1.15. Respecto a que la fiscalía ya definió que solo el millón doscientos mil dólares es de origen ilícito y todo el resto de dinero tiene origen lícito y de afirmar de que por el hecho de que supuestamente Odebrecht entregó el millón doscientos mil ya se configuró el delito de lavado y ya quedo concretado este delito eso no lo considera la fiscalía así porque lo que da pase es que Fuerza Popular recibe el millón doscientos mil dólares y ese dinero que ingresa a través de falsos aportante a las cuentas de Fuerza Popular tiene que utilizarse y entonces si se sigue produciendo la cadena de que ese dinero tiene fuente ilícita que se ha tratado de ocultar mediante falsos aportante tiene un fin y ese fin sería pagar publicidad y transporte de ese dinero de fuente ilícita lo está transportando el señor Climper al grupo RPP, y al colocarlo dentro de la contabilidad de RPP allí recién este dinero quedaría digamos validado porque RPP tiene que generar factura, tiene que ingresarlo a su contabilidad, una contabilidad real y ya queda dentro del sistema monetario peruano antes no, prueba de ello es que Fuerza Popular todos sus informes que presenta a la ONPE, han sido cuestionados y no coinciden con su verdadera contabilidad,

- 1.16. Respecto a que no habría existido dolo eso es materia de prueba y no de esta diligencia, pero si es importante que el juzgado tenga en cuenta que el señor Climper fue citado para declarar ante la fiscalía a fin que esclarezca justamente sobre este pago que habría hecho al grupo RPP y el señor se abstuvo de declarar el 26 de noviembre de 2019, el señor se le cita para que esclarezca el tema del aporte que habría hecho a RPP el señor se abstiene a declarar ejerciendo su derecho pero no facilitando el esclarecimiento de los hechos, entonces él no ha explicado de manera oficial cual fue el origen de los doscientos diez mil dólares, no ha dado ninguna referencia lo cual impide a la fiscalía en todo caso también obtener elementos de descargo, el señor Climper decidió en no declarar, eventualmente la fiscalía hace los esfuerzos para poder también obtener más datos y eventualmente ya en nivel en un futuro pronunciamiento decidir si se le persigue, si se le acusa o no se le acusa;
- 1.17. Excluirlo en este estado de la investigación sería muy prematuro porque faltan todavía muchos meses, para que esta investigación preparatoria pueda rendir frutos de investigación,
- 1.18. El Ministerio Público menciona que no es verdad de que el hecho de que ya según la defensa, el millón doscientos mil dólares habría sido lavado al momento que ingreso a las cuentas de Fuerza Popular eso reitero no resultaría cierto porque ese dinero tiene que seguir teniendo un movimiento y parte de ese movimiento habría sido el que ha hecho el señor Climper al llevar el dinero en efectivo para pago de publicidad de Fuerza Popular.

REPLICA PLANTEADA POR LA DEFENSA TECNICA

- 1.19. La defensa técnica precisa que el ente persecutor reconoce que los argumentos de la defensa, los argumentos de atipicidad serian atendible, tendría cierta lógica si me defendido fuese el único investigado, esto es, tendríamos nuestro argumentos tendrían, asidero de la perspectiva de atipicidad si es que el señor Climper Ackerman fuese el único investigado, esta premisa la señala el ente persecutor, señala lo siguiente tendría cierta lógica si fuese el único, como dice el ente persecutor como es parte de una organización criminal, entonces no cabe que se ampare nuestra excepción esto es se remite otro delito que tiene elementos típicos con figurantes totalmente diferentes.
- 1.20. La disposición 145, se le incorpora por delito de asociación ilícita nuevamente por organización criminal y esto es, ya sea como organización criminal solitaria o asociación ilícita (...) se está persiguiendo de manera múltiple tanto en su versión agravante de lavado de activos como en su versión del delito autónomo y es por eso que se ha presentado la excepción de no persecución múltiple justamente porque a mi defendido comienza siendo investigado por organización criminal como agravante luego en la disposición 145 se le incorpora contradictoriamente ilegalmente por asociación ilícita como delito autónomo se le incorpora como delito autónomo por organización criminal y es por eso que hemos planteado esta excepción de no persecución múltiple que en su oportunidad va ser objeto de sustentación y de discusión.

- 1.21. Lo que le ha referido el ente persecutor no resulte exacto dado que en la 145 se ha establecido que la organización criminal es de manera autónoma es mas en el ítem punto dos se dice formalizar investigación por organización ilícita y en el ítem 1.3 también por organización criminal siendo ello así, no se puede esgrimir como argumento para decir que no debe prosperar la excepción de improcedencia de acción que mi defendido viene siendo objeto de investigación por organización criminal porque este delito de organización criminal que como le reitero y ha sido objeto de esta excepción como primer afrente tienes elementos diferentes esto es quiere decir que todo el que comete lavado de activos tiene que estar dentro de la organización o al revés esto es se pretende a la defensa efectuar una carga que tener todavía desvirtuar desde el punto de vista típico de la organización criminal para luego recién abordar vía excepción de improcedencia de acción de lavado de activos.
- 1.22. No existe ningún exigencia de procedibilidad que me diga que primero refute el delito de organización criminal y luego recién tienes la opción del delito de lavado de activos eso es una carga ilegal que se está tratando de incorporar a la defensa y una segunda replica la imputación cuando se le incorpora a mi defendido la disposición 125 en que consiste la imputación, habría incurrido en lavado de activos por haber efectuado un pago de doscientos diez mil dólares en efectivo al señor Delgado del grupo RPP (...)(*Quedando grabado en audio y video la totalidad de debatido en audiencia*).

REPLICA PLANTEADA POR EL MINISTERIO PUBLICO

- 1.23. Para aclarar el tema sobre la afirmación que hace el abogado que la fiscalía está reconociendo que su patrocinado si estuviera solo y esa lógica no tuviera responsabilidad podría ser exonerado no es así le doy el beneficio de la duda que el abogado ha querido argumentar, entiendo argumento lógico para tratar de fundamentar su pedido le digo que tiene cierta lógica, no digo que sea una lógica absoluta, ni una lógica válida, para el abogado puede tener cierta lógica para la fiscalía simplemente el señor parte de una organización criminal y en el fondo lo que según el abogado se tendría que definir acá es si solo se toma como en cuenta la disposición 125 en la cual según el abogado su patrocinado estaría destroncado de los actos ilícitos que habría dicho Odebrecht al momento de dar estos aportes de la caja o si la judicatura toma en cuenta desde la primera disposición 84 y todas las disposiciones en las cuales se han ido ampliando las formalización, ampliado hechos y se tiene una visión integral de todas estas disposiciones al momento, el señor ha sido incluido en esta investigación hasta la 125 que se le da la imputaciones,
- 1.24. La defensa da entender también estar tergiversando cuando dice que yo estaría afirmando que el grupo RPP estaría vinculado también en el delito de lavado de activos, no es así lo que estoy diciendo es que en todo caso ahí finalmente si la empresa RPP, desconoce el origen ilícito de estos fondos los recibe de buena fe, genera facturas lo entre en su contabilidad ahí finalmente se estaría terminando este dinero de introducirse dentro del

sistema, no significa que el grupo RPP es parte de la organización o ellos han participado en este delito, eso es lo que quede claro

- 1.25. Respecto a su derecho del señor de guardar silencio la fiscalía dijo que era su derecho a guardar silencio, lo que no facilita guardar silencio es en la investigación, entonces nos genera a la fiscalía a buscar otros actos de investigación para lograr poder llegar a lo más que se aproxime a lo que sea la verdad jurídica, no se está en ningún momento desconociendo su derecho a guardar silencio,
- 1.26. Respecto a sobre sus argumentos que en la disposición 145 se le consideraría doblemente por organización criminal eso no es materia de esta diligencia; que los cuestionamiento que pueda tener en la disposición 145 los tendrá que hacer valer mediante el recurso correspondiente y no argumentarlos ahora porque lo único que está cuestionando él es la disposición que se le incluye al señor por lavado de activos que sería la disposición 125 y sobre los argumentos de que diga su momento de los autores citados por la fiscalía todo caso tiene que entenderse también en el contexto que fueron utilizados estas citas de autores extranjeros o nacionales.

SEGUNDO: TEMAS MATERIA DE ANÁLISIS:

El Juzgado ha seleccionado diversos temas que van a ser materia de análisis, entre ellos tenemos:

- Contenido y alcances de la excepción de improcedencia de acción.
- Establecer si corresponde amparar o no la excepción de improcedencia de acción planteado por el investigado José Chlimper Ackerman.

TERCERO: ANÁLISIS DEL PRIMER TEMA (CONTENIDO Y ALCANCES DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN:

ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO.

En cuanto al tema planteado, debe precisarse que la excepción de improcedencia de acción se plantea en dos casos, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente, conforme al artículo 6 numeral 1 literal b) del Código Procesal Penal debiendo efectuarse los siguientes alcances:

1. El artículo 6.1.b) del Código adjetivo dispone que las excepciones que pueden deducirse son las siguientes "*b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente*", de acuerdo al sustento precedentemente descrito por la defensa el hecho imputado no constituye delito.
2. Para dar una respuesta adecuada a la alegación de la parte excepcionante, corresponde en principio realizar un análisis de la tendencia jurisprudencial actual respecto de la imputación necesaria, en ese sentido, contamos con la Casación¹ número 392-2016–Arequipa, que se refiere a dos tipos de atipicidad: "**DÉCIMO TERCERO:** *La alusión a que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos supuestos: a) que la conducta incriminada no esté prevista*

¹ Casación N° 392-2016–Arequipa. de fecha 12 de septiembre del 2017.

como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta imputada no concuerda con ninguna de las descritas en la ley penal. No es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, b) que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente, invocada en la investigación o acusación fiscal, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujeto -activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto -jurídico y material-, por lo que en estos casos se estaría frente a un caso de atipicidad relativa, por falta de adecuación indirecta".

3. Además, a través de reiterada jurisprudencia ha quedado meridianamente establecido, que se encuentra vedado amparar una excepción de improcedencia de acción tras la valoración de los elementos de convicción, efectuar este tipo de análisis controvierte lo considerado en la Casación 407-2015 Tacna, de fecha siete de julio de dos mil dieciséis, "El juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinados en una excepción de improcedencia de acción"; y esto es así, precisamente porque en la investigación preparatoria resultaría inoportuno realizar esta actividad que no le compete al juez de investigación preparatoria.

4. Por otro lado, también como lo ha establecido la Casación 581-2015 Piura, de fecha cinco de octubre de dos mil dieciséis, 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 evaluará dicha excepción teniendo en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en la disposición antes descrita".

CUARTO: ANÁLISIS DEL SEGUNDO TEMA (ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO CONCRETO):

1. Por consiguiente, lo que corresponde es realizar una valoración de la imputación fáctica que el Ministerio Público describe en sus disposiciones fiscales. Primero que la defensa técnica hace en mención de la presente excepción las disposiciones N° 125 y N°145, refiriéndose que en las citadas disposiciones el representante del Ministerio Público le incorpora a su defendido señalando que se le imputa el delito de lavado de activos por aportes de campaña cuyo dinero o activos provienen únicamente de la denominada caja dos de la empresa ODEBRECHT, señala que el supuesto nexo causal de naturaleza ilícita en que se le incorpora es lo señalado en la página 35 de la disposición N°145, en el que menciona el siguiente texto "estos activos que fueron entregados a la organización criminal en las persona de Keiko Fujimori, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka, en el año 2010 y 2011 y Keiko Fujimori y José Climper Ackerman en el año 2016, en un total de cuatro millones cien mil dólares americanos, de forma secreta, de no registrado en la contabilidad del Partido Fuerza Popular en efectivo". La no configuración de los verbos típicos ocultar o transportar como modalidades de lavado de activos ya que el supuesto aporte de campaña de la empresa ODEBRECHT ya habría sido lavado previamente. El Ministerio Público precisa lo antes señalado argumentando que respecto de la posición de la defensa, lo que no menciona es que estamos investigando una organización criminal y su

representado sería parte de esa organización criminal, que se le está imputando el delito de lavado de activos previsto y sancionado en el artículo 2 del decreto legislativo N°986, artículo 3, b) y también por el delito de la administración de justicia, falsa declaración, eso es ya a posterior al pedido de improcedencia de acción, y que la defensa esta solo por el tema del lavado de activos. El inciso b) del artículo 3 tiene en su forma agravada que el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal, el artículo 2 sobre actos de tenencia, transporte (...).

Señala que existe la disposición 84 donde se desarrolla la parte de los actos previos, o los actos ilícitos a los cuales la defensa dice de que faltan y se refieren a los aportes que ha hecho la empresa Odebrecht de la caja dos, el millón doscientos mil dólares, estos serían los actos previos ilícitos que estarían vinculados al dinero que el señor Chlimper habría llevado para pagar al grupo RPP.

Señala que la disposición 84 se apertura, se formaliza la investigación contra Keiko Fujimori por organización criminal por la cual se desarrolla el tema de los actos ilícitos respecto al millón doscientos mil dólares que habría aportado Odebrecht a través de su caja dos a la campaña Fuerza Popular, entonces esta disposición 125 complementa la disposición 84, disposición 145 complementa la disposición 84 y forma parte de un todo que no se pueden disgregar; partiendo desde esa base el investigado formaría parte de una organización criminal, tiene coherencia que el habría transportado el dinero de origen ilícito aportado posiblemente Odebrecht, teniéndose en cuenta que todavía nos encontramos en etapa de investigación preparatoria, entonces habría llevado doscientos diez mil dólares sin bancarizar los entrega sin referir el origen de ese dinero y son recibidos por el grupo RPP; respecto de que el grupo RPP no está investigado eso no es materia de esta audiencia, entonces sobre ese tema la fiscalía no se va pronunciar, respecto a que la fiscalía ya definió que solo el millón doscientos mil dólares es de origen ilícito y todo el resto de dinero tiene origen lícito y de afirmar de que por el hecho de que supuestamente Odebrecht entregó el millón doscientos mil ya se configuró el delito de lavado y ya quedo concretado este delito eso no lo considera la fiscalía, así porque lo que da pase es que Fuerza Popular recibe el millón doscientos mil dólares y ese dinero que ingresa a través de falsos aportante a las cuentas de Fuerza Popular tiene que utilizarse y entonces si se sigue produciendo la cadena de que ese dinero tiene fuente ilícita, que se ha tratado de ocultar mediante falsos aportante tiene un fin y ese fin sería pagar publicidad y transporte de ese dinero de fuente ilícita lo está transportando el señor Climper al grupo RPP, y al colocarlo dentro de la contabilidad de RPP allí recién este dinero quedaría digamos validado porque RPP tiene que generar factura, tiene que ingresarlo a su contabilidad, una contabilidad real y ya queda dentro del sistema monetario peruano antes no, prueba de ello es que Fuerza Popular todos sus informes que presenta a la ONPE, han sido cuestionados y no coinciden con su verdadera contabilidad, respecto a que no habría existido dolo eso es materia de prueba y no de esta diligencia, pero si es importante que el juzgado tenga en cuenta que el señor Climper fue citado para declarar ante la fiscalía a fin que esclarezca justamente sobre este pago que habría hecho al grupo RPP y el señor se abstuvo de declarar ejerciendo su derecho pero no facilitando el

esclarecimiento de los hechos, entonces él no ha explicado de manera oficial cual fue el origen de los doscientos diez mil dólares, no ha dado ninguna referencia lo cual impide a la fiscalía en todo caso también obtener elementos de descargo, eventualmente la fiscalía hace los esfuerzos para poder también obtener más datos y eventualmente ya en nivel en un futuro pronunciamiento decidir si se le persigue, si se le acusa o no se le acusa; precisando que excluirlo en este estado de la investigación sería muy prematuro porque faltan todavía muchos meses, para que esta investigación preparatoria pueda rendir frutos de investigación,

2. Respecto a lo planteado en relación a la excepción de improcedencia de acción que es materia de planteamiento, se alega que el hecho postulado no configura delito de lavado de activos; a este se tiene pronunciamiento jurisprudencial: “cuando el hecho no constituye delito”, se subdivide en dos proposiciones: i) la conducta imputada al sujeto activo por el pretensor penal no se encuentra prevista o descrita como delito en la ley penal (atipicidad absoluta), y ii) el comportamiento humano imputado no se subsume en el tipo penal propuesto en la disposición de formalización de investigación preparatoria, pero es posible subsumirla en otro tipo o tipos penales (atipicidad relativa) o, “[...] el suceso no se adecua a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido, se plantea frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo: sujetos – activo y pasivo-, conducta – elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto – jurídico o material-, estamos ante un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta [...]”²

3. En tal sentido, la excepción de improcedencia de acción –en etapa de investigación preparatoria-, obliga a confrontar la imputación fáctica contenida en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria con la descripción típica del delito – o delitos- que hayan sido invocados por el titular de la persecución penal, y en su caso descartar que ese hecho pueda configurar un ilícito penal, para que pueda ser fundada la excepción, la ley establece que será amparable este medio de defensa “cuando el hecho denunciado no constituye delito”, o para el otro supuesto, verificar que para el hecho imputado, concurre una causa que excluya la punibilidad. En ambos casos, el análisis tendrá como punto de partida la atribución fáctica.

4. No está permitida la valoración de elementos de investigación para resolver este medio de defensa, esta regla ha generado pronunciamientos jurisprudenciales uniformes. En la Casación 407-2015 Tacna, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha dejado sentado el siguiente criterio jurisprudencial: “[...] i) para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos por el Fiscal y el Juez para evaluar dicha excepción solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. La excepción de improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido al injusto penal o punibilidad. ii) El juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponde ser examinado en una excepción de improcedencia de

² Caso Fdita Guerrero. Excepción de Improcedencia de Acción. Casación N°581-2015/Piura. Fundamento 8.4.



acción". Complementariamente a este lineamiento jurisprudencial el autor William Arana Morales señala: "Asimismo, la mejor distribución y delimitación de roles de los sujetos del proceso penal permite distinguir al Juez de la investigación preparatoria (Juez de garantía), que se encarga de resolver la excepción, y el Juez del juicio oral y del fallo, que resuelve las cuestiones de fondo del proceso. De ahí que, sea posible apreciar con claridad el presupuesto procesal de la evidencia de los presupuestos sustantivos de la excepción de improcedencia de acción, ya que de lo contrario, si se tratara de cuestiones de fondo que requieran de la investigación y de la actuación de la prueba, estas no serían de competencia del Juez de la Investigación Preparatoria, sino del Juez encargado del juicio oral y del fallo."³

5. De todo lo cual, sin entrar a hacer un juicio de responsabilidad, sino únicamente de confrontación entre los hechos que describe el Ministerio Público, con lo que sanciona el Artículo 2 y el artículo 3 inciso b) de la Ley N°27765, modificado mediante el Decreto Legislativo N°986, el artículo 2 menciona lo siguiente: "El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, (...)". El artículo 3 inciso b) nos menciona lo siguiente: "El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal". Por tanto, sería correcta la imputación fiscal cuando atribuye lavado de activos, teniendo como hechos de la investigación que es cometido por organización criminal y estando a que el dinero proviene de hechos ilícitos los mismos que están señalados en autos, por tanto, se tendría que desestimar la presente pretensión, teniendo en cuenta que se continua en la etapa de investigación preparatoria la misma que busca el esclarecimiento de los hechos, precisando que la presente investigación versa de un conjunto de hechos relacionados y mencionados en las diversas disposiciones presentadas por el Ministerio Público, por lo que no se advertiría atipicidad del hecho incriminado, obviamente el análisis es solo lo que es materia de atribución, más no de valoración.

6. A mayor abundamiento, corresponde únicamente al Juez de Investigación Preparatoria, verificar finalmente hasta en el requerimiento acusatorio si los hechos investigados se subsumen en el tipo penal imputado. Ante la inexistencia de una imputación necesaria, está sola omisión "no significa la ausencia o inexistencia de algún elemento del tipo penal...", pues en aquel caso tal como lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República, la acusación debe ser corregida o subsanada con las herramientas procesales que contempla el Código Procesal Penal; así lo ha establecido el Acuerdo Plenario 02-2012/CJ-116, que ha señalado específicamente que en el caso que el fiscal no cumpla con imputar correctamente los hechos, el mismo juez puede subsanar ello para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes, expresando en el fundamento 11, segundo párrafo del indicado Acuerdo Plenario, lo siguiente: "(...)En este caso la función del Juez de Investigación

³ ARANA MORALES, WILLIAM E. en el Comentario: De la excepción de Naturaleza de Acción a la Excepción de Improcedencia de Acción en el Proceso Penal Peruano. Publicado en el Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Editora v Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición 2014. Perú. Páe153.

Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación”, y esto es así precisamente, porque el requerimiento acusatorio como acto postulatorio, debe incorporar acabadamente toda la imputación que efectúa el Ministerio Público como titular de la acción penal, debiendo ante la existencia de imprecisiones mayores procederse conforme lo prevé el artículo 352.2 del Código Procesal Penal, “2. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará”, es decir, devolver la acusación para que pueda ser corregido el defecto, como efectivamente ha sido asumido en forma uniforme por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, y así ha sido sustentado en la Casación 392-2016 Arequipa, en el fundamento décimo séptimo, remitiéndose a diferentes pronunciamientos como son el Recurso de Nulidad 956-2011-Ucayali, Fundamento VII; Recurso de Nulidad 265-2012-Cajamarca, Fundamento III; Casación 388-2012-Ucayali, Fundamento III; y, finalmente, lo preceptuado en el Acuerdo Plenario 2-2012, Fundamento 11 que ya se describió líneas arriba, “El incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integra los cargos penales”; es (...) exclusiva y limitadamente correctora-disponer la subsanación de la imputación(...)”. –

7. Además, si bien la parte excepcionante básicamente ampara su pretensión en lo dicho por el Ministerio Público, en el sentido de que habría un reconocimiento de la licitud del dinero que habría sido entregado por el investigado, esta circunstancia no habría sido plasmada en ninguna disposición emitida por la fiscalía. Finalmente, sobre que no concurriría el elemento interno trascendente, ello es parte del tipo penal subjetivo, lo cual no puede ser materia de análisis ya que requeriría necesariamente la actuación de medios de prueba, lo cual definitivamente se encuentra vedado para el juzgado de investigación preparatoria, toda vez que no es un juez de mérito, siendo prematuro amparar la excepción propuesta, ya que conforme han sido descritos los hechos, se subsumirían dentro del delito materia de formalización, no advirtiéndose atipicidad. Sobre la dación de la ley de financiamiento prohibido de organizaciones políticas, es el Ministerio Público como titular de la acción penal, consagrado así constitucionalmente, quien efectúa la calificación jurídica de una conducta ilícita, no el juez de investigación, ni mucho menos el agraviado o el investigado.

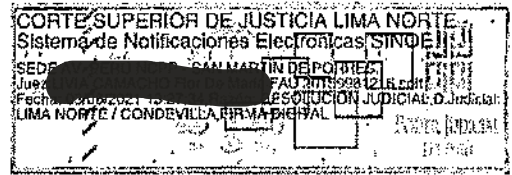
8. Finalmente, el día de la fecha se emite la presente resolución, toda vez que en los incidentes 118 y 137 se habían interpuesto recusaciones en contra del infrascrito, siendo que el último fue remitido por la Superior Sala Penal el veintiocho de octubre último.

Por éstas consideraciones, el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción deducida por la Defensa Técnica del investigado José Chlimper Ackerman.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE en la forma y modo que señala la ley.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA NORTE - Sistema de
Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE AV. PERU N° 1000 - SAN
MARTIN DE PORRES
Secretaría PROMERCI JUSTICIA
EMPERATRIZ / Sistema Digital
Poder Judicial del Perú
Fecha: 03/06/2021 14:12:12, Razón:
RESOLUCIÓN
JUDICIAL Poder Judicial Lima Norte
/ CONDEVILLA, FIRMA DIGITAL

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
SEGUNDO JUZGADO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA TRANSITORIO DE CONDEVILLA -
SAN MARTIN DE PORRES**

AUDIENCIA VIRTUAL DE REQUERIMIENTO MIXTO

EXPEDIENTE: 05230-2019-2-0904-JR-PE-02
JUEZ: [REDACTED]
ESPECIALISTA: [REDACTED]
IMPUTADOS: [REDACTED]
DELITO: FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y OTROS
AGRAVIADOS: ESTADO - PROCURADORIA PODER JUDICIAL
[REDACTED]

I. INTRODUCCIÓN:

En San Martín de Porres-Condevilla, siendo las 13:00 horas del día 11.02.2021, dirige la presente audiencia la magistrada [REDACTED] en su calidad de Juez del **SEGUNDO JUZGADO PENAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA TRANSITORIO DE CONDEVILLA - DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE**, en la sala N° 03 de la sede de Condevilla, para la continuación de Audiencia de Requerimiento Mixto, contra [REDACTED], coautoras por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA FE PÚBLICA**, en la modalidad de **FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS - USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO**, (Tipificado en el artículo 427° del Código Penal) en agravio de [REDACTED] y contra [REDACTED] por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**, en la modalidad de **FRAUDE PROCESAL** (Tipificado en el artículo 416° del Código Penal), en agravio del **ESTADO**.

Se deja constancia que la audiencia será realizando virtualmente y se está grabando en audio; se solicita a las partes que se acrediten.

II. ACREDITACIÓN:

MINISTERIO PÚBLICO: [REDACTED] Fiscal Provincial del Primer Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Condevilla, domicilio procesal en el jirón Pedro Paulet N° 182 Urb. ingeniería San

Martin de Porres, casilla electrónica [REDACTED] correo electrónico [REDACTED]

DEFENSA PRIVADA DE LAS IMPUTADAS: [REDACTED]

correo electrónico [REDACTED]

DEFENSA PRIVADA DE LOS AGRAVIADOS: [REDACTED]

[REDACTED] con registro CA [REDACTED] casilla electrónica, [REDACTED] con domicilio Procesal [REDACTED] Oficina 12 [REDACTED] electrónico; [REDACTED]

IMPUTADA: [REDACTED] identificada con DNI [REDACTED]

[REDACTED] domicilio calle Loreto [REDACTED] identificada con [REDACTED] Chorrillos.

JUEZ: Pregunta a las partes si existe alguna observación, para instalar la presente audiencia.

RMP: Ninguna.

DEFENSA TECNICA DE LA PARTE IMPUTADA: Ninguna.

DEFENSA TECNICA DE LA PARTE AGRAVIADA: Ninguna, solo quedo pendiente la réplica y duplica pendiente en audiencia anterior.

JUEZ: Da por instalada la presente audiencia y habiéndonos quedado en el desarrollo del Control sustancial, en donde la defensa técnica de la parte acusada habría planteado su excepción, habíamos oralizado, sustento de la misma y también corrido traslado de los sujetos procesales. Se pregunta si hay algo que quiere acotar la defensa técnica de la parte agraviada.

DEFENSA TECNICA DE LA PARTE AGRAVIADA: Sí, efectivamente quedó en la sesión anterior, señora juez, la posibilidad que me permitiera usted hacer una duplica, a la réplica que hizo en su momento la contraparte. Y quiero centrar como un resumen necesario una síntesis de lo que aquí acontece; ha sostenido el abogado de las Procesadas vía excepción de improcedencia de acción, que el documento privado que para el Ministerio Público y para la parte agraviada es un documento privado falso, es un documento auténtico y sostiene como argumento de la improcedencia de acción, la afirmación que tiene probado vía peritaje la

autenticidad de las firmas. Bueno, decía la vez pasada y ahora resumo considero que hay una confusión del documento que se ha peritado efectivamente, es un documento cuyas firmas son auténticas. El tema central que aquí quiero que se tenga en cuenta es que su contenido, efectivamente es una simulación como también se ha dicho. Y esta simulación aparentó la celebración de un acto jurídico que en la práctica no existió. Dicho esto, y ratificando el inciso quinto del 219 del Código Civil, hay nulidad de acto jurídico cuando hay una simulación absoluta, sostiene la contraparte que no hay una declaración judicial que determine que efectivamente el citado documento ha sido declarado nulo por una autoridad jurisdiccional. No lo es aún precisamente los agraviados en este proceso y con acogimiento y Ministerio Público se presenta la noticia delictiva, es acogida y tramitada y hemos llegado esta oportunidad y ciertamente está demostrado que ese documento se pre constituyó con la finalidad de darle capacidad procesal a la señora [REDACTED] en razón que efectivamente no fue la persona que celebró el contrato. Y también sostiene la contraparte de que no está en cuestión acá la titularidad, la propiedad y que en ningún momento la sentencia es del Juzgado han tomado en consideración este el valor probatorio del documento y de 10 de febrero de 2014. Sí, efectivamente es que lo que sucede es que se ha empleado el documento, verdad, y se ha sorprendido al sistema judicial en los términos siguientes; primero en los fundamentos de hecho de la segunda demanda de desalojo, que es quien hace uso del documento falso en el expediente procesal civil, dice; la demandante es propietaria del total de las acciones y derecho del departamento. Que adquirió su madre, Sharon, mediante minuta de compraventa de derechos y acciones de fecha febrero del 2014 en los elementos de convicción en el punto 14 el Ministerio Público señala que ese documento, efectivamente corriente a fojas 139 141, está siendo cuestionado. Esto nos lleva a concluir que se hizo uso de un documento falso en su contenido, probablemente cierto en las firmas. Y si bien la naturaleza de los procesos de materia civil, de desalojo no está en cuestión, la propiedad. El agravio está en que se creó esta ficción para darle personería y capacidad procesal al accionante. Entonces, centrando el tema, consideramos que efectivamente hay elementos suficientes de la probable, porque eso está sujeto a la decisión de este despacho judicial. El probable artificio, que es la teoría que vengo presentando, entonces, si existen elementos suficientes y el hecho tiene contenido penal, evidentemente aquí lo que se trata es que el despacho judicial en todas estas afirmaciones y los elementos de convicción, habida cuenta de que existiría un proceso hidrológico premeditado con el fin de desalojar a estas personas. Creando artificiosamente, digamos, esta capacidad procesal, termino diciendo que la prueba abundante que existe revela que efectivamente, hay una responsabilidad en ciernes que debe ser objeto de su pronunciamiento, tratando que nos encontramos en el control de acusación y en la sesión pasada hice una argumentación respecto a la concurrencia de dos tipos penales infraccionados. En efecto ratificamos lo dicho en nuestra denuncia en parte, existe un concurso real que, de acuerdo a ley, debe

ser objeto de la sumatoria de sus penas. Si bien sea adecuado, en el tercio inferior estamos hablando, que se trataría de apenas superiores a los cuatro años. Eso se vera en el juzgado y situarlo en su oportunidad. Por lo demás, considero que la actuación del Ministerio Público ha sido muy esclarecedora. Se han dado los sucesivos pasos que nos han conducido a este inicio del juicio oral, pero estimamos que requerimos todavía dentro de la etapa del propio debate, tomar los testimonios de los testigos que ha presentado el Ministerio Público para esclarecer sobre todo lo que podríamos llamar la autoría mediata del factor ideológico en la creación, de este artificio que seguramente se va a desarrollar en el curso del debate. Consecuencia, consideramos que deben generar infundada la improcedencia de excepción, y continuar el trámite según su estado. Eso es todo, señora juez. Muchas gracias.

JUEZ: Se corre al RMP si tiene algo que acotar.

RMP: Ninguna acotación.

JUEZ: Se corre traslado a la defensa de la parte acusada

DEFENSA TECNICA DE LA PARTE IMPUTADA: Ninguna doctora. Ya nos ratificamos en lo expuesto y estamos atentos a la decisión de su despacho.

JUEZ: Se va emitir la siguiente resolución.

RESOLUCION NUMERO SEIS:

San Martín de Porres-Condevilla, once de febrero de dos mil veintiuno. -

AUTOS, VISTOS Y OIDOS: (Queda registrada en audio).

AUTO VISTOS Y OÍDOS al pedido de excepción de improcedencia de la acción planteada por la defensa técnica de las partes acusadas de contra [REDACTED] coautoras por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA FE PUBLICA**, en la modalidad de **FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS - USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO**, (Tipificado en el artículo 427° del Código Penal) en agravio de [REDACTED] y contra [REDACTED] por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, en la modalidad de **FRAUDE PROCESAL** (Tipificado en el artículo 416° del Código Penal), en agravio del **ESTADO**; Y,

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN:

1.1. PETITORIO:

La excepción de improcedencia de acción que ha sido deducida por la defensa técnica de las acusadas [REDACTED] sustentando que la conducta de sus patrocinadas no ha sido una conducta infractora, no se ha cometido un delito o conducta típica; ni tampoco resultaría ser justiciable penalmente, ya que, de acuerdo a la estructura que ha elaborado el Ministerio Público en el requerimiento acusatorio, observa en el carácter sustancial aspectos que no se han tomado en cuenta por dicha parte acusadora.

1.2. FUNDAMENTO:

- Respecto **AL DELITO DE USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO** que se le ha atribuido a la señora [REDACTED] Y [REDACTED] DE LOS SAN [REDACTED], se afirma de que en este caso han elaborado y utilizado documento privado falso denominado Contrato de Compraventa de Acciones y derechos de fecha 10 de febrero 2014, que es un documento falso respecto de una venta de un inmueble, ubicada en calle Montenegro 294, cuarto piso, departamento G de la urbanización Ingeniería de San Martín de Porres, sobre este punto existe una discrepancia en la calificación jurídica, ya que el Ministerio Público atribuye y califica dicha acción que existe un documento falso, que ha sido falsificado y en otras partes de su alocución, que es un documento que contiene un acto jurídico falso; ante esas diversas denominaciones que ha efectuado el Ministerio Público, precisa que existen razones sustanciales para considerar que el documento no es falso, ya que, bajo la óptica de la defensa técnica del acusada, considera que es verdadero y auténtico porque sus patrocinadas al momento de elaborar tal documento, han expresado de manera uniforme y coherente de que dicho documento es verdadero y auténtico.

Además, ha expresado que debe tenerse en cuenta aspectos extra penales para poder considerar la importancia del análisis que debe efectuarse sobre la conducta ilícita que se está atribuyendo a las citadas acusadas, ya que en el Código Civil que regula el derecho común, establece que en su artículo 225, que es una norma que siguiendo la literalidad que no se debe

confundir el acto con el documento que sirve para probarlo puede subsistir el acto aunque el documento sea declarado nulo.

En nuestro sistema hay diferencias sustanciales que debe de tomarse en cuenta por parte de los operadores del derecho, ya que, ante ese razonamiento, considera que el documento materia de cuestionamiento, no resultaría falso, sino resultaría un acto jurídico válido y eficaz (el contrato del 10 de febrero 2014). La diferencia en el acto y el documento, el acto subsiste, es válido y eficaz, y se ha cumplido con las formalidades de ley.

Ante la falta de precisiones que hubiera efectuado el Ministerio Público, considera que no se ha invalidado el documento o no se ha declarado judicialmente su nulidad, su invalidez, más aún cuando se ha practicado una pericia grafotecnica, donde efectivamente se ha podido corroborar que las firmas pertenecen a sus patrocinadas y ante dichas formalidades, no se puede considerar que dicha conducta delictiva sea típica o sea justiciable penalmente.

• **RESPECTO AL DELITO DE FRAUDE PROCESAL:**

Bajo dicho análisis establece que también en este tipo de supuesto de acuerdo a sus circunstancias precedentes, que hubiera expuesto el Ministerio Público, refiere que el 30 de septiembre de 2014, la señora [REDACTED] promovió un proceso de desalojo ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado del Condevilla contra los presuntos agraviados en el E. [REDACTED] se declaró fundada una excepción de falta de legitimidad para obrar y el archivó del proceso.

En dicho proceso aparecía como titular registral [REDACTED] y adjunta un contrato de arrendamiento, donde participaba la señora [REDACTED] y la señora [REDACTED] agraviada, que es la que alquilaba, y era lógico que no procedería una demanda porque no habría una relación contractual de arrendamiento, no lo había celebrado la titular registral; por ello se declaró la fundada la excepción y se dispuso el archivo definitivo de dicho proceso, razón por la cual posteriormente se promovió un nuevo proceso de desalojo donde aparecía como accionante, la señora [REDACTED] sustentando su pedido de haber suscrito el contrato de arrendamiento, y habiéndose analizado la posesión que en este momento ejercía, y no la titularidad para que se emitiera un pronunciamiento de fondo en el citado proceso.

En este tipo de casos no se analiza la titularidad, sino se analiza la posesión y el contrato de arrendamiento, ya que dicha accionante tendría las facultades para poder ejercer tal derecho, con lo cual justifica el sentido de que el juzgado en ningún momento habría valorado el contrato de compraventa que cuestiona el Ministerio Público (documento falso) para sostener su teoría del caso. Por ello considera que dicho documento de compra venta no es falso, sino es un contrato válido, eficaz, y surte sus efectos legales en el tráfico jurídico.

Por lo que [REDACTED] en el fraude procesal, precisa que en ningún momento se ha inducido en error al juzgador, ya que debe haber otros aspectos como el contrato de arrendamiento suscrito y elaborado por dicho sujeto procesal, que le de las facultades para poder accionar, discrepándose en todo momento las imputaciones efectuadas contra sus patrocinados.

Esta exposición sustentada por la defensa técnica de la parte acusada ampara las excepciones establecidas en el artículo 6, numeral 1. Del Código Procesal Penal, las excepciones se pueden deducir, es la improcedencia de la acción cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

SEGUNDO: TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO:

MINISTERIO PÚBLICO

Respecto a la pretensión del Delito contra la fe pública falsificación de documento - uso de documento privado Falso, ya que se atribuye haber cometido este delito cuando dicho contrato es auténtico y válido; sustentando a través del citado mecanismo técnico no se ha determinado la naturaleza del documento de compraventa para darle la calificación de falso; más aún cuando existe una pericia donde se determina su autenticidad, que efectivamente lo habrían realizado las acusadas.

Bajo estos aspectos la defensa técnica sustenta la excepción de improcedencia de acción por ambos delitos que se han atribuido a sus patrocinadas para que bajo ese argumento califique que las conductas resultarían atípicas, ante la falta de declaración de manera concreta del documento de compraventa sea falso y que este en ningún momento ha servido para inducir en el caso de delito de fraude procesal en error al órgano jurisdiccional correspondiente.

Al respecto el Ministerio Público precisa que debe desestimar la excepción de improcedencia de la acción por los delitos expuestos; en el caso de uso del

documento falso se hace mención porque ambas procesadas básicamente hacen el documento, si bien es cierto como verdadero, auténtico y que lo han suscrito, reconocen y corroborando con la pericia grafotécnica, pero en ella el contenido de dicho documento es un acto simulado, lo cual no es esta permitido por ley, porque en ella va originar un perjuicio. Precisa que los cuestionamientos materiales en sí del documento y conforme se ha podido sostener contienen un acto jurídico apócrifo, falso, irreal, ilícito ante la existencia de una simulación en el contrato de compraventa cuya finalidad es darle una utilización para el tráfico jurídico e introducirlo al proceso de desalojo para perjudicar a terceros; por ello se habría efectuado por la acusados una concertación de voluntades para elaborar dicho instrumento con el único propósito de generar la legitimidad en el proceso de desalojo y de esta manera también inducir a error al Órgano Judicial respecto al delito de fraude procesal; y si bien es cierto, no necesita en caso que el documento sea declarado como tal, sin embargo puede carecer de formalidades y exigencias del tipo penal; por todo ello precisa que sea declarado infundada la misma.

TERCERO: TRASLADO A LA DEFENSA TÉCNICA DE LA PARTE AGRAVIADA:

Por su parte la defensa técnica de la parte agraviada precisa que lo manifestado por el Ministerio Público, la simulación es permitida en medida que sea aceptada y que no haya afectado a terceros; en este caso el documento de fecha 10 de febrero de 2014 contiene a una simulación en perjuicio de terceros de los agraviados. En este documento también se ha dicho, y se ha sostenido que la postulación de la denuncia al Ministerio Público, se constituye con la finalidad de lograr la legitimidad de obrar de la demandante, ya que en un proceso anterior la procesada, en virtud se declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar, perdió capacidad de acción.

En ese sentido, se debe realizar, una interpretación, un análisis lógico e interpretativo de las normas de acuerdo a la defensa de las procesadas. La naturaleza civil es que, efectivamente la simulación en este caso resultaría ilícita en la medida que afecta a terceros. Y no es necesario determinar la ineficacia del documento, prueba que ha habido una concertación en el relato que se plantea y los elementos de convicción que han servido como sustento de la tesis inculpativa.

En el caso de la señora [REDACTED] adjuntó una minuta de transferencia de derechos y acciones donde su [REDACTED] Santos le transfirió a su madre los derechos y acciones del bien *sublitis*. La procesada Sharon [REDACTED] celebraron un documento privado - contrato de compraventa simulado

con contenido falso, siendo utilizado el documento en el proceso de desalojo ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de la Jurisdicción el 5 de octubre de 2017; sin embargo, en marzo de 2017 la persona de [REDACTED] habría vendido los derechos y acciones del predio a una tercera persona; por lo que al momento de haberse efectuado el proceso de desalojo ya no era la señora [REDACTED] propietaria, ni menos aún la señora [REDACTED] sin embargo, dicho contrato, no se ajusta a la realidad, ya que se realizó con el único propósito de tener la capacidad o genera la capacidad y la legitimidad de obrar en el desarrollo del proceso, lo cual debe tenerse en cuenta para emitir el pronunciamiento correspondiente. Resultando una situación, que revela una secuencia ideológica del proceso criminal y ante todas estas circunstancias se vieron descubiertas, al haberse realizado el contrato de compra y venta, donde los titulares registrados, aparecían terceras personas.

CUARTO: HECHOS IMPUTADOS:

4.1. Uso de documento privado falso:

En este caso, debemos de tener en cuenta que el representante del Ministerio Público, dentro la imputación que formula es **el delito de uso de documento privado falso**, atribuye a las acusadas [REDACTED] y [REDACTED] que en su calidad de coautoras haber concertado voluntades para la elaboración y utilización de un documento privado falso denominado contrato de compraventa de acciones y derechos del día 10 de febrero 2014, el cual consistía en la venta de acciones y derechos equivalente al 15.35 % del inmueble ubicado en la calle Manuel Montenegro 294 Cuarto piso Departamento G, Urbanización Ingeniería, en San Martín de Porres. El Contrato simulado celebrado entre la imputada [REDACTED] en su calidad de vendedora y la imputada [REDACTED] en su calidad de compradora por la suma de cuatro mil dólares americanos era un documento falsificado que fue elaborado por las imputadas con la finalidad de introducir como medio probatorio en la demanda de desalojo interpuesto por la acusada [REDACTED] con fecha 6 de octubre del 2017, en contra de los agraviados [REDACTED] documento fraudulento mediante el cual se pretendía acreditar la titularidad del predio antes referido y la legitimidad de la imputada [REDACTED] para interponer la referida demanda.

4.2. Delito de Fraude Procesal:

Asimismo, también le atribuye el **delito de fraude procesal** a la acusada [REDACTED], al haber inducido en error a los funcionarios del Primer Juzgado de Paz Letrado de Condevilla, a fin de que éstos emitan una resolución contraria a la ley, toda vez que, con fecha 6 de octubre de 2017, la imputada con conocimiento y voluntad interpuso una demanda de desalojo contra los agraviados [REDACTED] en el expediente 6151- 2017, demanda, mediante cual se introdujo como un medio probatorio el documento falsificado denominado Contrato de compraventa y acciones de derechos, que se hubiese celebrado el 10 de febrero de 2014, donde consta las acciones y derechos hasta el 15. 35 por ciento del citado inmueble. Contrato simulado celebrado por [REDACTED] de los Santos, hija de la imputada en la calidad de vendedora y la imputada [REDACTED] en la calidad de compradora, documento fraudulento mediante el cual pretendía acreditar la titularidad del predio antes referido y la legitimidad de la imputada [REDACTED] para interponer la demanda, y así, de esa manera, inducir a error al juez de Primera del juzgado de paz letrado de Condevilla que tramita el citado expediente, ya que a través de ese proceso se declaró fundada en la demanda de desalojo y se ordenó la desocupación del inmueble sub Litis a los agraviados.

QUINTO: DELITO ATRIBUIDO A LAS ACUSADAS:

Esta conducta respecto al delito de falsificación de documento y uso de documento privado bajo el artículo 427 del Código Penal, establece *el que hace todo, en parte un documento falso o adultera 1 verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación servir para probar un hecho con el propósito de utilizar el documento será reprimido si de su uso puede resultar algún perjuicio o pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con 30 a 90 días multa si se trata de un documento público. Registro Público, título auténtico o cualquier otro que se que sea transmisible por todos o portador con la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a cuatro años y con ciento ochenta a 365 días, multa, si se trata de un documento privado, el que hace uso de un documento falso o falsificado como si fuera legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido en su caso con las mismas penas.*

Asimismo, de acuerdo al delito de fraude procesal, está subsumida la conducta bajo el amparo del artículo 416 del Código Penal que establece que *por cualquier medio fraudulento induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria ley será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a cuatro años.*

SEXTO: EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN: FUNDAMENTO JURÍDICO:

En este caso, la defensa técnica de las acusadas sustenta la excepción de improcedencia de acción, establece que la figura jurídica tiene determinadas características, donde el imputado, frente a la situación de un proceso, puede deducir como defensa técnica las excepciones previstas en el artículo 6 del Código Procesal Penal.

La excepción constituye un instrumento procesal por el cual se denuncian circunstancias que impiden la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia de fondo, por lo que deja juzgada la cuestión, supone una absolución de la instancia, son posiciones propiamente procesales que plantean la falta de presupuestos procesales o requisitos procesales del acto de imputación fiscal.

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

Asimismo, también se debe de tener presente que de acuerdo a la Casación 407 - 2015 precisa que la excepción de improcedencia de acción para deducirla se debe partir de los hechos descritos por el fiscal y el juez para evaluar dicha excepción sólo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente.

La excepción improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción de la normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad. El juicio procesal de la responsabilidad penal no corresponde ser examinado en una excepción de improcedencia de acción.

SEPTIMO: ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DEDUCIDA POR LA PARTE ACUSADA:

En este caso concreto, la defensa técnica de las acusadas deduce la excepción de improcedencia de acción porque el hecho no constituyen delito y que no son justiciable penalmente.

Uso de documento privado falso:

En el caso del delito de **falsificación de documento - uso de documento privado falso**, lo que la defensa pretende sustentar su teoría del caso, que el documento que se cuestiona, el documento falso no tiene tal calidad, ya que el acto jurídico que contiene el documento de compraventa, no solamente como acto, sino como documento cumple con las formalidades que son aplicables del Código Civil, han cumplido su validez y su eficacia, y que en este caso no resultaría un documento falsificado, porque incluso sus propias patrocinadas, habrían reconocido que efectivamente corresponde a su puño y letra el citado documento.

Además, el contrato de compraventa y acciones del día 10 de febrero de 2014, no requiere una mera formalidad, ya que la propia norma le faculta su carácter no formal, no le faculta para poder considerar a este documento como tal, por el solo hecho de haberlo introducido al tráfico jurídico y poder emplearlo, no necesitaba que solamente se inscriba o que se desarrolle más allá de lo que correspondía a la elaboración y suscripción, ya que de por sí, ya producía sus efectos legales, como alega el Ministerio Público. En este caso, de acuerdo a esa posición de la defensa técnica, alegada que el Ministerio Público no da a entender que figura jurídica ha empleado para subsumir el tipo penal que se está postulando.

De la falsificación de documento, uso de documento privado falso no se ha determinado como tal; sin embargo, el Ministerio Público considera que bajo la concertación de voluntades habría sido elaborado y utilizado con el propósito de introducir este documento a una demanda de desalojo para generar un perjuicio a un tercero, en este caso a la parte agraviada debidamente individualizada y que en este caso el contenido en sí del documento no se ajustaría a la realidad, no se ajustaría a las formalidades porque se daría una simulación de un acto que nunca ha existido, solamente con el propósito de salir al proceso de desalojo que estaba tramitándose contra los agraviados.

En este caso, si bien es cierto, de acuerdo a la calificación que desarrolla el Ministerio Público bajo la falsificación de documento - uso de documento privado falso, también se debe tener en cuenta que esta configuración del uso de este documento privado falso, no necesita de ninguna pericia grafotécnica, sino que en ella existan otros medios de prueba o acrediten con una suficiencia el contenido falso o falsificado del documento para poder considerar bajo la tesis inculpativa del Ministerio Público, que existan pruebas suficientes para determinar que el delito que se les está atribuyendo a las acusadas, calza en la descripción fáctica en el desarrollo de la misma. En el análisis que ha desarrollado la jurisprudencia, conforme a la casación que se ha oralizado precedentemente, es que esta excepción

no debe desarrollarse un juicio procesal de la responsabilidad, no corresponde ser examinada a través de esta excepción de improcedencia de la acción, ya que sólo se debe de efectuar una verificación de la conducta a partir de los hechos descritos por el fiscal para evaluar si dicha excepción sólo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente.

Así como también que se desarrolle esta excepción de improcedencia de acción de manera concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido al injusto penal o punibilidad, lo cual, en este caso, si bien es cierto, de acuerdo a lo desarrollado por el Ministerio Público, existían un acuerdo de voluntades entre las partes acusadas de haber elaborado un documento con el único propósito de perjudicar a terceros; cierto es también que no corresponde a la realidad de los hechos lo que declararon en el documento, si bien establece que en este tipo de casos hay aspectos civiles que también de alguna manera influyen en el desarrollo de la conducta típica; cierto es también que el documento y el acto, efectivamente, no han sido declarados nulo y tienen efectos legales, generando un acto jurídico válido entre las partes; sin embargo, también establece que este supuesto que se ha desarrollado como es el hecho de crear una transferencia de compraventa con el propósito de generar legitimidad o capacidad jurídica para poder interponer una demanda de desalojo, también se debe tener en cuenta que la parte acusada en este caso, la señora [REDACTED]

[REDACTED] han formalizado y celebrado acuerdos contractuales que le faculta la norma; pero no es menos cierto que también la norma desarrolla la capacidad y la legitimidad para celebrar contratos como es el contrato de compraventa de fecha 10 de febrero de 2014; cuando en el mes de marzo de 2017 de dicho bien sublitis, ya habría sido transferido a una tercera persona, cuando la acusada [REDACTED] presuntamente ya había dejado de ser propietaria no tendría facultades para transferir dicho bien sublitis, situación que también tendría pleno conocimiento la acusada [REDACTED] a pesar de no tener las facultades de transferencia, realizaron el contrato de compraventa de derechos y acciones de un porcentaje de 15.35 por ciento del bien sublitis, cuando efectivamente no tenían la calidad.

Esa situación dan a entender o analizar que bajo los parámetros que ha incriminado al Ministerio Público efectivamente dentro de la figura del uso no se ajustaría a la realidad presuntamente se trataría de un contrato simulado, ya que a sabiendas que jurídicamente correspondía a otro propietario, se simula un hecho que aparentemente no existió, generado un perjuicio a la parte agraviada que el Ministerio Público pretende probar como teoría del caso.

Delito Fraude Procesal:

Que, de acuerdo al origen de dicho documento que se elaboró para que pueda ser insertado, incorporado en un proceso judicial de desalojo donde finalmente, la señora [REDACTED] en el supuesto de fraude procesal habría introducido al proceso de desalojo para poder acreditar su legitimidad el proceso, con las formalidades de ley. Si bien es cierto el proceso de desalojo al contrato de arrendamiento que existía y fue celebrado por la parte agraviada y la señora [REDACTED]. Sin embargo, también forma parte de los instrumentos para la calificación de la demanda e incorporarlos en el proceso y de esa manera admitir y seguir el trámite correspondiente, ya que el tema de fondo del desalojo se haya dado utilizando un contrato de arrendamiento que habría sido suscrito en una determinada oportunidad, cuando se habría transferido a un tercero y no tenía la legitimidad de poder desarrollar este comportamiento, ya que habría fenecido incluso el contrato de arrendamiento en su oportunidad, ya que la norma, en ese aspecto establece en el artículo 1708 del Código Civil que la enajenación de un bien arrendado en caso de enajenación del bien arrendado, se procederá de la siguiente manera: *Si el arrendamiento estuviere en este caso, al ser un arrendamiento que no se figura inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento si asumió dicha obligación.* En este caso da a conocer derechos que le faculta ante la enajenación de un bien al titular para poder ejercer dentro de sus facultades posesorias la conclusión del contrato de arrendamiento o efectivizar algún derecho real que por su propia naturaleza le compete solamente al actual propietario y no a una persona que ya de por sí había fenecido su titularidad y por ende al haber sido incluso transferido cuando no tenía las facultades para hacerlo.

Por ello consideramos que bajo los supuestos alegados por la defensa técnica que el contrato de compraventa es un contrato válido, eficaz porque no se ha declarado la invalidez, nulidad o su ineficacia; sin embargo, se puede apreciar que su contenido presuntamente podría ser contrario al ordenamiento jurídico, ya sea por una simulación o por una nulidad absoluta del acto jurídico, ya que en ella puede desarrollarse algún tema que puede ser susceptible de ser considerado una conducta delictiva como tal.

En este caso, habiendo la suficiencia delictiva, a través de un estándar probatorio, el representante del Ministerio Público ha analizado y dentro del tipo penal que sea subsumido a los hechos fácticos del cual solamente compete a esta juzgadora evaluar si cumple dentro de los parámetros de acuerdo a la casación que se ha precisado, en este caso la **casación 407-2005 de Tacna**, que para deducir la excepción de improcedencia debe partir de los hechos descritos del fiscal que el

juez va evaluar si dicha excepción sólo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación concreta. En este caso también si se encuentra el juicio de su subsunción normativo del hecho atribuido en el injusto penal, ya que determinar la responsabilidad penal, corresponde ser examinado en la etapa juicio correspondiente; y en ese caso, bajo el análisis que ha hecho el Ministerio Público de **subsumir la norma** y de acuerdo a la verificación de determinados aspectos que han sido aludidos por la defensa técnica de la parte acusada, no calzaría a la veracidad, legalidad, eficacia y validez que han considerado para poder determinar de que dicho documento sea un documento falso, ya que de su uso que se ha originado, en la creación y concertación de voluntades de simular una situación que no existido, **en el caso de las acusadas, pues consideramos que se encuentra con suficiencia probatoria**, así como también el fraude procesal, contra la acusada [REDACTED]

Ya que en este estadio del proceso no se puede desvirtuar bajo los argumentos expuestos, de la conducta no resulta típica, o que no sea justiciable penalmente cuando no se ha dado ninguna causa de justificación; en este caso concreto para poder determinar y descartar que bajo la imputación objetiva que formula el Ministerio Público pueda dejar de considerarse una conducta atípica; **más aún cuando dentro del tipo penal, como una exigencia es que se pueda efectuarla el perjuicio y este perjuicio sea idóneo, dentro de un estándar probatorio suficiente por cuanto en ella ha originado la entrega (desocupando el bien sub litis por pronunciamiento judicial) de un bien a una persona que ni siquiera tendría la titularidad de un bien a pesar de que a través de este contrato de arrendamiento, haya generado determinado derecho**, pero que no abría tal efecto, que incluso se entregue el bien sub litis a dicha arrendataria, cuando ni siquiera tenía la legitimidad, la titularidad, ni tampoco su contratante común, como en este caso la señora [REDACTED] no correspondía, ni siquiera poder entregar un bien ajeno, cuando la norma le faculta al titular registral efectuar cualquier tipo de situación, aun cuando exista un contrato de arrendamiento, ya que la norma civil establece dichos aspectos en beneficio de los titulares adquirentes.

Por todo lo expuesto, esta judicatura viendo de que la conducta delictiva en ambos delitos se encuentra suficiencia probatoria, resulta típica, antijurídica y culpable, se ha cumplido con los elementos objetivos y subjetivos, el dolo, conocimiento y voluntad; y dentro de aspectos objetivos que se cumple todos los requisitos de tipicidad y de la antijuridicidad contraria al ordenamiento jurídico, y no ha habido causa de justificación que se haya empleado dentro del desarrollo del proceso; y que también resulta culpable, ya que no se ha podido determinar que las acusadas hayan sido personas que no hayan comprendido, que no hayan tenido la capacidad para comprender el carácter delictuoso de su conducta, en este caso, que se haya dado a una causa exculpatoria, inimputabilidad en el evento delictivo para

considerar que no comprendía o no tenían la capacidad o el conocimiento de comprender la descripción típica del delito que se les está atribuyendo; por el contrario, también consideramos que resulta punible porque corresponde a una situación de que merecer una determinarse sanción.

Por ello, este, habiendo verificado dentro de la subsunción que efectuó el Ministerio Público dentro del tipo penal que resulta aplicable, no se advierte alguna situación de atipicidad o causa de justificación o que no sea justiciable penalmente.

PARTE RESOLUTIVA:

Por tales consideraciones, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Transitorio de Condevilla - San Martín de Porres: **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO las excepciones de improcedencia de la acción, en sus dos vertientes, cuanto el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente que hubiera sido interpuesta por la defensa técnica de la parte acusada [REDACTED]

[REDACTED] OS, en calidad de coautoras, por la comisión del delito contra la FE PÚBLICA, EN LA MODALIDAD DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS - USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO, delito previsto y sancionado en el artículo 427° del Código Penal; y contra la acusada [REDACTED] en su calidad de autora del delito contra la ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - MODALIDAD DE FRAUDE PROCESAL de conformidad con el artículo 416 del Código Penal, agravio de ESTADO;

SEGUNDO: y disponer que continúe el desarrollo del presente proceso.

JUEZ: Consulta a las partes de la resolución emitida.

RMP: Conforme.

DEFENSA DE LA PARTE AGRAVIADA: conforme. Gracias.

DEFENSA TECNICA DE LAS PARTES IMPUTADAS: Hemos estado atento a la exposición, respetamos mucho su razonamiento jurídico, pero NO ESTAMOS CONFORMES. Vamos a presentar LA APELACIÓN en este acto contra la decisión que declara infundada la excepción de improcedencia de acción presentada por mi defendida, la señora [REDACTED] por los delitos que se le inculpa del uso de documento privado falso y por el delito de fraude procesal, y

asimismo mi defendida [REDACTED] de los interpone el recurso de apelación, contra el delito que se le incrimina por uso de documento falso.

JUEZ: Indica que se va dar el plazo de ley para la fundamentación correspondiente. Habiendo desarrollado en esta sesión dictando pronunciamiento se continuará la presente audiencia, el día **MARTES 16 DE FEBRERO A LAS 09:00 HORAS DE LA MAÑANA**. Se da por notificado en este acto al Ministerio Público las defensas técnicas presentes con los mismos apercibimientos decretados en la anterior sesión. En caso de concurrencia de la defensa técnica de la parte acusada, será subrogada y participará la Defensa Pública del Ministerio de Justicia y en caso de in concurrencia a la defensa técnica de la parte agraviada, se desarrollará con los sujetos procesales indispensables, así como también de los apartes acusadas.

JUEZ: Pregunta si se encuentran conformes con la resolución.

RMP:	Conforme.
DEFENSA DE LA PARTE AGRAVIADA:	Conforme.
DEFENSA DE LA PARTE ACUSADA:	Conforme.
ACUSADA DE LOS SANTOS MENDOZA:	Conforme.
ACUSADA RUEDA DE LOS SANTOS:	Conforme.

IV. CONCLUSIÓN:

Siendo las 14:25 horas del día de la fecha, se **DA POR CONCLUIDA** la audiencia y por cerrado la grabación del audio; procediéndose a firmar la señora Juez y la Especialista judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 121° del Código Procesal Penal.