



**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  
Agravado : 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”*<sup>1</sup>. 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 fiscal<sup>2</sup>.

**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

---

<sup>1</sup> Casación N.º 581-2015-Piura, de fecha cinco de octubre de dos mil dieciséis, f. j. 6.1.

<sup>2</sup> 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 penal<sup>3</sup> 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—<sup>4</sup>.

**QUINTO:** Del mismo modo, esta Sala Superior, como ya lo ha señalado en reiterados pronunciamientos<sup>5</sup>, 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

---

<sup>3</sup> 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”.

<sup>4</sup> Casación N.º 407-2015-Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, fundamento cinco, de la Sala Penal Transitoria.

<sup>5</sup> 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 Echeopar 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 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 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 acción<sup>6</sup>. 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.

---

<sup>6</sup> 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)<sup>7</sup>. 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 determinarlos<sup>8</sup>. 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.

---

<sup>7</sup> Casación N. ° 1307-2019/Nacional, de fecha doce de febrero de dos mil veinte, f. j. 8.

<sup>8</sup> 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



Poder Judicial



Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada

---

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

Lpderecho.pe