



DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

Aun así, cuando se afirma que la participación de los procesados fue posterior al acto colusorio, que esta se debió a órdenes superiores y fue en vía de regularización, por lo que no les alcanzaría responsabilidad penal alguna. Sin embargo, no es la correcta, debido a que para cumplir con lo dispuesto del numeral 8, del artículo 20, del Código Penal¹, los procesados **(i)** Emiliano Reyes Huerta, **(ii)** José Luis Rivera Muñoz Falconi, **(iii)** José Isidoro Herrera Flores, **(iv)** Gonzalo Javier Morachimo Aranibar, **(v)** Carlos Alfonso Rivas Vargas Machuca, **(vi)** Luis Rolando Cusi Najarro, **(vii)** Gabriel Samuel Félix Rodríguez, **(viii)** José Enrique Cuadros García, **(ix)** Saúl Abdón Romero Barrientos – miembros de los comité en los Procesos de Adjudicación Directa números 17/99 y 06/2000 debieron haber actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho lo que no ocurrió debido a que la orden fue ilegítima *per se* para la comisión de un ilícito, por lo que se requiere llevarse a cabo un nuevo juicio oral a fin de esclarecerse los hechos.

Respecto a la situación jurídica del procesado Manuel Hernán Ortiz es la de *extraneus* en el proceso de Adjudicación N.º 06/2000, por lo tanto su conducta se limitaría a la concertación con los *intraneus* y por ello no tiene la condición de funcionario que exige la estructura del tipo penal de colusión; sin embargo, su participación necesaria en la conducta defraudatoria, sin la cual no se daría dicha conducta y entonces estamos ante un cómplice primario cuya condición debe ser dolosa. Por lo que este Supremo Tribunal, considera que en este caso debe aclararse si el procesado Ortiz Lucero tiene o no participación en la presunta operación defraudatoria dado que él ha señalado que su participación ha sido prestando su nombre para la constitución de la empresa Internacional Dealers S.A. En tal contexto, este Colegiado no puede ingresar al fondo del asunto por cuanto la resolución impugnada ha incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 298, inciso 1, del Código de Procedimientos Penales que prescribe: “Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámite o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

Lima, veintisiete de abril de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el representante de la PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO, contra la Resolución N.º 4, del 16 de octubre de 2019, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones–Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró procedente la



solicitud del titular de la acción penal y dio por concluida la acusación fiscal formulada contra los imputados: (i) Emiliano Reyes Huerta, (ii) José Luis Rivera Muñoz Falconi, (iii) José Isidoro Herrera Flores, (iv) Gonzalo Javier Morachimo Aranibar, (v) Carlos Alfonso Rivas Vargas Machuca, (vi) Luis Rolando Cusi Najarro, (vii) Gabriel Samuel Félix Rodríguez, (viii) José Enrique Cuadros García, (ix) Saúl Abdón Romero Barrientos —a título de coautores— y (x) Manuel Hernán Ortiz Lucero —a título de cómplice primario—, por la presunta comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en perjuicio del Estado; en consecuencia, declaró el sobreseimiento del proceso penal incoado.

De conformidad con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal.

Ponencia de la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL

1. Según lo señalado en el auto impugnado¹, del tenor de la acusación escrita² y de lo expuesto de manera sucinta por el titular de la acción penal, el marco fáctico concreto de imputación respecto al delito de colusión desleal —en cuanto a quienes se declaró el sobreseimiento³— es el siguiente:

1.1. Proceso de Adquisición con carácter de secreto militar N.º 17/99 SMGE para el suministro de 5000 cohetes de fragmentación para helicópteros MI-1 7-IB.

En el último trimestre de 1999, se dio inicio al proceso de compra para abastecer al Ejército peruano – Aviación del Ejército peruano, de un lote de 5000 cohetes para helicópteros MI 17 1B, por el monto de USD 1'916,250.00, teniendo como punto de partida la Hoja de Recomendación N.º 116-JMG-7b, del 12 de noviembre de 1999, resultando favorecida con dicha contratación la empresa Compañía WORTRA S.A., perteneciente al Grupo Benavides Morales y presunta representante del fabricante búlgaro VAZOV ENGINEERING PLANTS.

Dicho proceso, en realidad, no se habría llevado a cabo y para el cual previamente se había realizado una concertación para que resulte

¹ Cfr. página 189 del expediente principal.

² Cfr. página 70 y ss. del expediente principal.

³ Cabe anotar que en la acusación escrita fueron comprendidos los imputados Vladimiro Montesinos Torres, José Guillermo Villanueva Ruesta, Carlos Mateo Milichi Torres, Aldo Wilfredo Rodríguez Cesti, Roguer Burgos León, Luis Manuel Delgado de la Paz, Moisés León Palomino, Enrique José Benavides Morales o Enrique J. Benavides Morales, Óscar Emilio Fernando Benavides Morales, Víctor Alberto Venero Garrido, Orlando Raúl Almeyda Pachas, Miguel Edilberto Risco Cornejo, Gerlad Krueger Dizillo, Julio César Prosopio Sánchez y Nicolás Antonio Maldonado Flores.



favorecida la citada empresa, causando un perjuicio al Estado peruano, al no haberse solicitado cotizaciones a otros proveedores, así como también haberse elaborado un expediente de contratación con el objeto de acreditar la realización de todo un procedimiento que jamás se materializó, ello con el objeto de justificar un irregular procedimiento.

Sobre ello, a los imputados **(i)** Emiliano Reyes Huerta (en calidad de asesor legal del Comando Logístico del Ejército – COLOGE), **(ii)** José Luis Rivera Muñoz Falconí (en su calidad de representante del Consejo General del Ejército), **(iii)** José Isidoro Herrera Flores (en su calidad de técnico de servicio de materiales del Ejército) y **(iv)** Gonzalo Javier Morachimo Aranibar (en su calidad de técnico de servicio de materiales del Ejército) se les atribuyó haber dado visos de legalidad a un proceso inexistente, respondiendo al plan estratégico para favorecer a una empresa predeterminada.

1.2. Proceso de Adjudicación con Carácter Secreto de Secreto Militar N.º 06-2000/SMGE, para adquirir equipos antidisturbios civiles

En la primera mitad del 2000, frente a una presunta necesidad de enfrentar disturbios civiles que se producirían en el contexto posterior al proceso electoral del mismo año, se generó al interior del Ejército peruano el requerimiento de compra de equipos contra disturbios civiles, por el monto de USD 2'541,850.20. Para el abastecimiento se recurrió a conocidos proveedores de armas, en este caso, al Grupo Benavides Morales, quienes representaban en el Perú a la empresa inglesa ICL TECHLIMITED, por intermedio de la Compañía Internacional Dealers S.A. que resultó favorecida.

En el proceso de adquisición se materializaron una serie de irregularidades dirigidas siempre a favorecer al postor antes mencionado, desde el inicio del procedimiento, en la celebración del contrato, el pago que se efectuó por adelantado y en la posterior ejecución del mismo. De este modo, se materializó un claro incumplimiento de las obligaciones contractuales en provecho del proveedor. Pese a ello, no se ejecutaron oportunamente las garantías otorgadas, para finalmente aceptarse una perjudicial resolución de contrato frente al incumplimiento en la entrega de un grupo de cinco artículos objeto de la convocatoria. A ello se sumó que se elaboró un expediente de contratación para justificar un procedimiento de compra.

Sobre ello, se atribuyó a **(v)** Carlos Alfonso Rivas Vargas Machuca (en su calidad de delegado del COLOGE), **(vi)** Luis Rolando Cusi Najarro (representante del Consejo General del Ejército), **(vii)** Gabriel Samuel Félix Rodríguez (técnico del SMGE), **(viii)** José Enrique Cuadros García (técnico del SMGE) y **(ix)** Saúl Abdón Romero Benavides (secretario), haber concertado con sus coprocesados y con el



representante de la empresa Internacional Dealers S.A., representante en el Perú de la empresa ICL TECH Limited de Escocia, para que esta sea favorecida con el otorgamiento de la buena pro para el suministro de equipos contra disturbios civiles. Para tal efecto, dieron visos de legalidad a un proceso inexistente, respondiendo de esta manera a un plan estratégico para favorecerla al haber sido predetermina su designación.

Al imputado Emiliano Reyes Huerta, también se le atribuyó haber dado visos de legalidad a un proceso inexistente y respondiendo de esta manera a un plan estratégico para favorecer a esta empresa, cuya designación había sido determinada previamente.

1.3. En cuanto a la participación de Manuel Hernán Ortiz Lucero, representante de la empresa Internacional Dealers S.A. (personería jurídica perteneciente al Grupo Benavides Morales)

Se le atribuyó que, en su calidad de gerente general de la empresa Internacional Dealers S.A., representante en Perú de la firma ICL TECH LIMITED de Escocia, haber prestado colaboración necesaria en los actos de concertación ilegal en el año 2000, realizados entre Enrique Benavides Morales y los funcionarios públicos del Ejército peruano.

Firmó como representante de la citada empresa, en calidad de vendedor, el contrato de compraventa 14/2000 SMGE-COLOGE, del 12 de junio de 2000, respecto al supuesto proceso de adjudicación con carácter de secreto militar 06-2000-SMGE, de equipos antidisturbios civiles por el monto de USD 2'492,010.00.

Incluso, pese a que el Estado peruano pagó la totalidad del monto consignado en el referido contrato, el imputado prorrogó reiteradamente la entrega de los bienes supuestamente adquiridos. Es más, incluso llegó a hacer entrega de bienes no solicitados y cambiando los ítems iniciales, lo que motivó que Enrique Benavides “empezara” la suma de USD 600,000.00 a nombre del Ejército, para cubrir la mercadería faltante y no entregada.

RETIRO DE LA ACUSACIÓN FISCAL

2. Luego de formulada la acusación fiscal, en la sesión de audiencia de juicio oral N.º 88⁴, del 2 de octubre de 2019, al formular la requisitoria oral, retiró la acusación en cuanto a los imputados **(i)** Emiliano Reyes Huerta, **(ii)** José Luis Rivera Muñoz Falconi, **(iii)** José Isidoro Herrera Flores, **(iv)** Gonzalo Javier Morachimo Aranibar, **(v)** Carlos Alfonso Rivas Vargas Machuca, **(vi)** Luis

⁴ Cfr. página 163 y ss. del expediente principal.



Rolando Cusi Najarro, (vii) Gabriel Samuel Félix Rodríguez, (viii) José Enrique Cuadros García, (ix) Saúl Abdón Romero Barrientos y (x) Manuel Hernán Ortiz Lucero.

3. Dicha solicitud fue acogida por el Tribunal Superior, el cual emitió el auto del 16 de octubre de 2019, hoy objeto de pronunciamiento.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

4. El representante de la Procuraduría Pública, en su recurso de nulidad⁵ fundamentado, expresó los argumentos siguientes:

- 4.1. Deficiente motivación respecto a la prueba como sustento del retiro de acusación. Sostuvo que los acusados no han estado al margen del esquema delictivo y que no se ha emitido pronunciamiento respecto a los argumentos y conclusiones escritas de la Procuraduría Pública.
- 4.2. La posición del titular de la acción penal que sustentó en una nueva interpretación de las declaraciones indagatorias, manifestaciones policiales, instructivas, así como declaraciones del anterior y del nuevo juicio oral, que no son prueba nueva.
- 4.3. Errónea interpretación de los actos postconsumativos del delito de colusión.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO

5. Los hechos atribuidos —descritos precedentemente— fueron calificados en la acusación fiscal como delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión, previsto en el artículo 384 del Código Penal —modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996 —, que prescribe:

Artículo 384. Colusión

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 su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

6. El punto de partida para analizar la sentencia de mérito es el principio de impugnación limitada, que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal, en cuya virtud se reduce el ámbito de la resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

⁵ Cfr. página 227 y ss. del expediente principal.



7. Por una cuestión metodológica y de claridad en el razonamiento este Colegiado iniciará resolviendo en forma conjunta los agravios materia de impugnación de la defensa de la parte civil, al estar relacionado y ser similares en su fundamentación y vinculados a la insuficiencia probatoria, errónea valoración y subsunción típica de los hechos.

EL DELITO DE COLUSIÓN

8. El delito de colusión, al momento de ocurridos los hechos, se encontraba previsto en el artículo 384 del Código Penal, en el apartado referente a los delitos contra la Administración pública y se erige como un delito especial y de infracción de deber. Como tal, la estructura típica de este tipo penal requiere una cualidad especial del agente: ser funcionario y/o servidor público. Entonces, el abanico de posibles autores se delimita a quienes ostenten dicha calidad, pues debido a la naturaleza de sus deberes, son estos los que pueden infringir perjuicios a la Administración pública con su comportamiento comisivo u omisivo.

9. Sus deberes son legislados en marcos normativos diferentes a los comunes, que obligan no solo a evitar conductas perjudiciales, sino, sobre todo, a adoptar medidas de aseguramiento del bien jurídico. En esa línea, la competencia institucional otorgada coloca a los funcionarios y/o servidores en una posición de garante [*de vigilante, de asegurador de la correcta marcha de la Administración pública en el ámbito de sus competencia e injerencias*] ya sea conduciendo sus actividades y comportamientos con sujeción a los dictados de las normas y reglamentos, o bien cautelando activamente los intereses públicos (que a través de las funciones y servicios públicos se concretan) de las amenazas o lesiones que contra los mismos, los terceros u otros funcionarios y servidores efectúen. Está claro entonces que en los delitos de funcionarios contra la Administración pública los deberes le vienen señalados en sus ámbitos reglados o discrecionales de competencia, que se definen en las leyes reglamentos de corte administrativo, vistos estos en su relación con las exigencias de tipicidad de cada figura penal de función. (Recurso de Nulidad N.º 905-2019/Amazonas).

Igualmente, la estructura típica del delito de colusión “implica una relación bilateral que se ve reflejada en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado”⁶.

10. Otra característica de los delitos contra la Administración pública, es que, en su mayoría, son cometidos, esencialmente, en forma clandestina y subrepticia. Son de difícil probanza, por lo que en la mayoría de los casos no

⁶ Montoya Vivanco Yván, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Segunda Edición. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontífice Universidad Católica del Perú (IDEAPUCP), 2015, p. 139



puede acreditarse a través de prueba directa, sino a través de la denominada prueba indiciaria⁷.

11. Jurisprudencia pacífica de esta Alta Corte ha establecido que las infracciones administrativas tienen virtualidad para acreditar, indiciariamente, determinadas conductas ilícitas, como por ejemplo, las colusorias. Para ello, deberá valorarse el número de irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro y de corresponder también a través de conductas posteriores. Claro está, los indicios deberán ser ciertos y debidamente probados; y, por su parte, el razonamiento indiciario deberá respetar las reglas de la sana crítica, lógica y máximas de la experiencia.

CONTEXTO NORMATIVO DEL PROCESO DE ADQUISICIÓN

12. Abordado el caso concreto, es necesario precisar que para la realización de los procesos de compra que son objeto de la presente imputación, acontecidos entre los años 1999 al 2000, existía ya en el año 1997, la Ley N.º 26850 – Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento que fue emitido al año siguiente mediante Decreto Supremo N.º 039-98-PCM, debiendo subrayar que la referida norma en su artículo 2 establecía que dicha normativa era de aplicación a todas las entidades públicas entre ellos el ejército peruano.

13. En dicho contexto, se emitió la resolución de la Comandancia General del Ejército peruano N.º 02339 OEE/E-14 de fecha 13 de diciembre de 1999 firmada por el general EP José Villanueva Ruesta en su condición de Comandante General del Ejército, para lo cual se aprobó la Disposición Administrativa N.º 115 “Normas para la ejecución de los Procesos de Contrataciones y Adquisiciones del Ejército”. Es así que, en la parte considerativa de dicha resolución se establece que el objeto de dicha norma administrativa era actualizar la normativa respecto de las contrataciones al interior del ejército peruano, en razón a la derogatoria de las normas previas de contrataciones a partir de la vigencia de la Ley N.º 28650 y su reglamento, principalmente lo establecido en la segunda disposición complementaria del reglamento que establecía en su segundo párrafo “Los Institutos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, sin desnaturalizar los procesos normados por la ley y el reglamento, emitirán la normatividad interna inherente a las adquisiciones y contrataciones con carácter de secreto militar dispuestas por la más alta autoridad administrativa de su Sector”.

14. Asimismo, se hace mención que era necesario actualizar la Disposición Administrativa N.º 115, la misma que tenía la misma numeración aprobada en la primera mitad del decenio 1990 al 2000. Situados en tiempo, modo y espacio los

⁷ Esta posición también se ha asumido en los fundamentos de la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2495-2009/LIMA, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.



dos procesos objeto de adquisición se llevaron a cabo dentro del concepto de “Secreto Militar”. En tal escenario, es necesario examinar las disposiciones antes citadas sobre el procedimiento a realizarse para dichas compras.

15. Puntualmente, la Ley N.º 28650 en su artículo 19 establecía que se encuentran exonerados de los procesos de licitación pública, concurso público o adjudicación directa, según sea el caso, las adquisiciones y contrataciones que se realicen entre otros: d) con carácter de secreto militar o de orden interno por parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República. En ningún caso se referían a obras o servicios u otras de características administrativas u operaciones de acuerdo al Reglamento”.

En esa dirección el Reglamento del Decreto Supremo N.º 239-98-PCM, prescribe:

Artículo 143. “Con carácter de secreto, secreto militar o de orden interno”. Las adquisiciones y contrataciones con carácter de secreto, de secreto militar o de orden interno que deben realizar los organismos que conforman el Sistema de Inteligencia Nacional, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, están exoneradas del proceso de selección respectivo, siempre que su objeto esté incluido en la lista que, mediante Decreto Supremo, haya aprobado el Consejo de Ministros. La opinión favorable de la Contraloría General de la República deberá sustentarse en la comprobación de la inclusión del objeto de la contratación o adquisición en la lista a que se refiere el párrafo anterior y deberá emitirse dentro del plazo de (15) días hábiles y a partir de la presentada la solicitada. [...]”.

Específicamente en subcapítulo II Procedimiento de exoneración en los artículos siguientes:

Artículo 146. “Informe Técnico legal previo en caso de exoneraciones”. La resolución o acuerdo que apruebe la exoneración del proceso de selección, requiere obligatoriamente de uno o más informes previos, que contengan la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la exoneración. Concordancias: Comunicado N.º 002-2003 (PRE).

Artículo 148. “Procedimientos para las adquisiciones y contrataciones exoneradas”. La entidad efectuará las adquisiciones o contrataciones en forma directa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, la misma que podrá ser obtenida, por cualquier medio de comunicación, incluyendo el facsímil y el correo electrónico. La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección, por lo que los contratos que se celebren como consecuencia de aquella deberán cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente [...].



La disposición Administrativa N.º 115, aprobada el 13 de diciembre de 1999, establecía en lo pertinente a este caso lo siguiente:

II.2. La presente disposición administrativa norma los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras a realizar en el Ejército, cualquiera sea la fuente de financiamiento y modalidad a emplear, incluyendo aquellas exoneradas de licitación y concurso público por tener el carácter de “Secreto Militar”.

II.11. El Comandante General de, EP podrá designar al [...] Comité de Adjudicación que tendrá a cargo las adquisiciones y contrataciones con carácter de Secreto Militar.

II.13. Los Comités y el Órgano encargado estarán constituidos de la forma siguiente:

a) Comité Especial y Comité de Adjudicación en el COLOGE:

1. Jefe del Servicio Logístico, quien lo presidirá.
2. Un representante del CGE, quien actuará como vocal.
3. Un representante del COLOGE, quien actuará como vocal.
4. El jefe de abastecimiento SL, como secretario y,
5. El asesor jurídico de COLOGE, quien actuará como vocal.

Así también, en el punto V de la mencionada resolución administrativa, existe toda una regulación sobre la adquisición de bienes y servicios u obras que tienen el carácter de Secreto Militar, siendo el más relevante el siguiente: 1.- (c) La contratación y adquisición de bienes, servicios u obras, que se financien con las fuentes de financiamiento provenientes del Presupuesto de Recursos Ordinarios, Recursos Directamente Recaudados, Emergencia y de Recursos para Operaciones Oficiales de Crédito Interno o Externo, que tengan el carácter de “Secreto Militar”, se efectuarán mediante el proceso de selección “Adjudicación Directa de Menor Cuantía”, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento. Y, sobre dicho proceso de selección el dicho artículo señala: “Adquisiciones directas de menor cuantía”. El procedimiento de menor cuantía es aplicable, entre otro, en los siguientes casos: b) en las adquisiciones o contrataciones a que se refiere el artículo 19 de la ley (secreto militar y otros), siendo el responsable de las mismas la máxima autoridad administrativa de la entidad.

Es decir que, ante la presencia de estos supuestos para la adjudicación bastará la evaluación favorable de la propuesta o cotización del bien o servicio que satisfaga las especificaciones técnicas definidas con anterioridad en los términos de referencia o lineamientos, los mismos que se constituyen las bases del proceso.

16. Al examinar las tres normas, la ley, su reglamento y la Disposición Administrativa N.º 115, las cuales se emiten dentro del interior del Ejército para el proceso de contratación tenemos que cualquier proceso de adquisición de



secreto militar se encontraban exonerados de los procesos de licitación pública, concurso público o adjudicación directa y por imperio de la propia ley debía hacerse por la vía contratación de Adjudicación Directa de Menor cuantía; sin embargo, el reglamento indicaba que debía llevarse a cabo una serie de etapas en referencia y establecía la conformación de lo que la Resolución Administrativa N.º 115, denominaba comité de adjudicación para efectos de llevar adelante estos procesos.

ANÁLISIS DEL *FACTUM* EN EL CASO EN CONCRETO

17. Este Tribunal Supremo al absolver el recurso de nulidad planteado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios tendrá como límite los motivos expresados, en contraste con el razonamiento de la Sala de Instancia para arribar a su decisión y de cara a la prueba nueva incorporada en juicio.

18. Es preciso señalar “[...] que “el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para subrayar dan el derecho a un decidido proceso”. “[...] Es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia [...] que protege el derecho [...] a ser juzgado por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* citado por la Corte IDH en caso *Zegarra Marín vs. Perú*. Sentencia del 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Párr. 146). En igual dirección el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú prescribe que “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

19. Bajo tal garantía, el caso que nos ocupa se sustenta en el retiro de la acusación fiscal respecto a los recurrentes antes nombrados por el delito de colusión desleal. Es el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales que prescribe que “El fiscal puede retirar la acusación. Se requiere para ello que se hayan producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada. Las razones que motivan el retiro deberán presentarse en conclusiones escritas”.

20. Ahora, de los motivos de impugnación expresados en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 de la presente ejecutoria se censura una deficiente motivación respecto a la prueba que sustenta el retiro de la acusación. Sostiene el recurrente que el Titular de la Acción Penal le dio una nueva interpretación a las declaraciones anteriores e instructivas de los imputados en el anterior como en el nuevo juicio oral, lo que no constituye prueba nueva y que se dio una errónea interpretación de los actos posconsumativos del delito de colusión.



21. La Sala Superior amparó la pretensión del fiscal superior del retiro de acusación contra los acusados Emiliano Reyes Huerta, José Luis Rivera Muñoz Falconí, José Isidoro Herrera Flores y Gonzalo Javier Morachimo Aranibar respecto al Proceso de Adjudicación Directa N.º 17/99 por los 5000 cohetes marca y modelo C5K0. En su fundamento 4.5 de la resolución impugnada, al igual que el representante del Ministerio Público tomó como relevantes probatoriamente el relato del testigo impropio Rodríguez Cesti Aldo Wilfredo y el fallecido León Palomino. Asimismo, lo señalado por los procesados Morachimo Aranibar, Muñoz Falconi, Reyes Huerta, Herrera Flores y su confrontación con el acusado Milichi Torres y confrontación entre los acusados Manuel Delgado de la Paz y Emiliano Reyes Huerta, se concluye que de sus relatos individuales, diligencias de confrontaciones y las instrumentales de Recepción y Apertura de sobres de propuesta técnica de fecha 22 de noviembre de 1999, de Evaluación Técnica con fecha 25 de noviembre de 1999 y de Apertura de sobres de propuesta económica y recomendación de otorgamiento de Buena Pro de fecha 26 de noviembre de 1999; fueron confeccionadas antes del año 2000, lo que revelaría la veracidad de su relato y que por ello conforme a la estructura del tipo penal de colusión que es un delito de encuentro que se materializa con la concertación, esto no habría ocurrido por que la firma de los documentos solo se debían a una formalización posterior de sus firmas de los nombrados procesados.

22. Puntualmente, de autos se evidenciaría que se requiere establecer cuál es la verdad de los hechos, si realmente los procesados desplegaron o no la conducta objetiva y subjetiva del tipo penal de colusión desleal concertando con la empresa favorecida Compañía WORTRA S.A., perteneciente al Grupo Benavides Morales, en el marco del proceso de Adjudicación con carácter de Secreto Militar N.º 17/99 que se expresaría en conductas subrepticias u ocultas en el proceso de contratación con conocimiento y voluntad de beneficiar en este caso a la citada empresa en menoscabo de la Administración pública–Ejército peruano.

23. Lo razonado se justifica en principio que si bien se trató de un proceso de Adjudicación de Secreto Militar, lo cierto es que el lote de los 5000 cohetes ascendían a un monto de USD 1'916,250.00 y los procesados eran miembros del Comité de Adjudicación y su obligación era cumplir con todas las etapas de la Adjudicación Directa, conforme así lo establece la Disposición Administrativa N.º 115 del 13 de diciembre de 1999 que en su artículo 45 prescribe: “Etapas del proceso de adjudicación directa. Las etapas en un proceso de adjudicación directa o de menor cuantía para la contratación de obras y consultoría de obras son las siguientes: **a)** Convocatoria, **b)** Venta o Entrega de Bases, según corresponda, **c)** Presentación de propuestas, **d)** Evaluación de propuestas y **e)** Adjudicación. Entre lo convocatoria y la fecha de presentación de las propuestas existirá un plazo no menor de cinco (5) días”. Lo que no cumplieron, la justificación que dan es que las tres actas de Recepción y Apertura de sobres de propuesta técnica de Evaluación Técnica y de Apertura de sobres de propuesta económica y recomendación de otorgamiento de Buena Pro antes señaladas, fueron



firmadas en febrero de 2000 a instancia de Romero Barrientos; sin embargo, los procesados en su condición de funcionarios públicos tienen el deber positivo de cumplir con el proceso al que fueron designados y garantizar en forma efectiva y transparente igualdad de trato y oportunidades e imparcialidad, entre otros, el patrimonio del Estado.

24. Dada la magnitud de la lesión al patrimonio del Estado en los delitos de colusión es casi improbable contar con prueba directa, por ello se apela a la prueba indirecta. Y, en este caso no se cumplió con el procedimiento y etapas que debió cautelarse por el Comité de Adjudicación y/u Órgano Encargado en el Proceso de compra de Cohetes PAMC N.º 17/99.

25. Los procesados han señalado que solo firmaron después de que se habría cometido el acto de concertación, apelando así a presuntas faltas administrativas. Sobre este tema, este Supremo Tribunal en el R.N. N.º 1722-2016/Santa en su fundamento 8 ha señalado: “Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes –verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o ‘subsanações’ o ‘regularizaciones’ ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera–; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad –marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores–; y, (iii) si los precios ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado”.

26. En tal virtud, resulta necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral a fin de que se establezca si existe justificación racional probatoriamente más allá de toda duda razonable si los nombrados procesados han desplegado o no la conducta objetiva y subjetiva del delito de colusión desleal, si es antijurídica, culpable y merece o no el reproche penal.

27. En lo referente al proceso de adjudicación de carácter Secreto Militar N.º 6/2000/SMGE para adquirir equipos antidisturbios civiles en el mismo sentido la Sala Superior asumiendo la postura del Ministerio Público afirmó como premisa válida que conforme a las declaraciones en juicio los procesados Cuadros García, Félix Rodríguez, Vargas Machuca, Romero Barrientos y las confrontaciones con el procesado Milichi Torres han mantenido de manera uniforme que la regularización por dicho proceso se realizó a fines del mes de junio del año 2000 cuando la suscripción del contrato se dio el 12 de junio del mismo año. Por ello, considera la Sala de



Mérito que aun siendo los nombrados acusados del Comité de Adjudicación no se evidencia participación en la operación defraudatoria.

28. Este Supremo Tribunal subraya que en el presente caso al igual que al primer proceso de Adjudicación los nombrados procesados integraban el Comité de Adjudicación y por lo tanto, estaban obligados a cumplir con lo previsto en la Disposición Administrativa N.º 115, del 13 de diciembre de 1999, que en su artículo 45 establece que: “Etapas del proceso de adjudicación directa. Las etapas en un proceso de adjudicación directa o de menor cuantía para la contratación de obras y consultoría de obras son las siguientes; a) Convocatoria, b) Venta o Entrega de Bases, según corresponda, c) Presentación de propuestas, d) Evaluación de propuestas y e) Adjudicación. Entre la convocatoria y la fecha de presentación de las propuestas existirá un plazo no menor de cinco (5) días”. Y, en este caso dicho Comité como órgano autónomo con independencia funcional y cuyas decisiones son colegiadas no cumplieron con las etapas antes descritas, lo que revelaría su presunta participación en la operación defraudatoria, siendo ello necesario que se esclarezca en un nuevo juicio oral; siendo pertinente reiterar el fundamento 8 del Recurso de Nulidad N.º 1722-2016/Santa, cuyo contenido ya se consignó en el fundamento 25 de la presente ejecutoria y al cual nos remitimos.

29. Resulta apresurado afirmar como premisa válida que el hecho de que presuntamente los nombrados procesados vía regularización y órdenes expresa del procesado Villanueva Ruesta firmaran las actas de a) Recepción y Apertura de sobres de propuesta técnica, b) Evaluación Técnica y c) Apertura de sobres de propuesta económica y recomendación de otorgamiento de Buena Pro los excluiría de la conducta defraudatoria de compra de equipos antidisturbios por el monto de USD 2’541,850.20 para cuyo abastecimiento se recurrió a conocidos proveedores de armas, como es el caso, del Grupo Benavides Morales, quienes representaban en el Perú a la empresa inglesa ICL TECHLIMITED intermedio de la compañía Internacional Dealers S.A. que resultó favorecida.

30. De tal forma, aun así, cuando se afirma que la participación de los procesados fue posterior al acto colusorio y que esta se debió a órdenes superiores y fue en vía de regularización, por lo que no les alcanzaría responsabilidad penal alguna. Sin embargo no es la correcta, debido a que para que cumplir con lo dispuesto del numeral 8, del artículo 20, del Código Penal⁸, los procesados **(i)** Emiliano Reyes Huerta, **(ii)** José Luis Rivera Muñoz Falconi, **(iii)** José Isidoro Herrera Flores, **(iv)** Gonzalo Javier Morachimo Aranibar, **(v)** Carlos Alfonso Rivas Vargas Machuca, **(vi)** Luis Rolando Cusi Najarro, **(vii)** Gabriel Samuel Félix Rodríguez, **(viii)** José Enrique Cuadros García, **(ix)** Saúl Abdón Romero Barrientos – miembros de los comités en los procesos

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.



de Adjudicación Directa N.º 17/99 y N.º 06/2000 debieron haber actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho lo que no ocurrió debido a que la orden fue ilegítima *per se* para la comisión de un ilícito, por lo que se requiere llevarse a cabo un nuevo juicio oral a fin de esclarecerse los hechos.

EN CUANTO A LA IMPUTACIÓN DE MANUEL HERNAN ORTIZ LUCERO – REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA INTERNATIONAL DEALERS S.A. – GANADORA DE LA BUENA PRO EN EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN N.º 06/200, PARA LA ADQUISICIÓN DE EQUIPOS ANTIDISTURBIOS CIVILES:

31. La situación jurídica del procesado Manuel Hernán Ortiz es la de *extraneus* en el Proceso de Adjudicación N.º 06/2000, por lo tanto su conducta se limitaría a la concertación con los *intraneus* y por ello no tiene la condición de funcionario que exige la estructura del tipo penal de colusión; sin embargo, su participación necesaria en la conducta defraudatoria, sin la cual no se daría dicha conducta y entonces estamos ante un cómplice primario cuya condición debe ser dolosa.

32. La Sala tomó por válido lo postulado por el Ministerio Público que la participación del procesado Ortiz Lucero no fue dolosa en la operación defraudatoria, sucede que en el caso el citado procesado ha señalado que su coacusado Enrique Benavides Morales, le manifestó que participó prestando su nombre para la constitución de una nueva empresa Internacional Dealers S.A., y que ello había sido con posterioridad al acuerdo defraudatorio. Y, se tiene el Informe de Investigación N.º 01-IGE/K1/20.04 de página 19659 del tomo 37, que tiene relación con el Proceso de Adjudicación N.º 06/2000, en el que se hace mención a las irregularidades como: cuando se suscribió el contrato de compraventa N.º 14/2000/SMGE/COLOGE de fecha 12 de junio del 2000, Ortiz Lucero aún no aparecía como representante legal de la empresa, por ende tampoco aparecía registrado como proveedor en el COLOGE, la solicitud se presentó el 23 de junio de ese año y en los registros públicos aparece como representante legal el 27 de junio de ese año.

33. También es cierto que con la pericia grafotécnica, se estableció que la firma que aparece en dicho documento no es la suya, suplantación a la que se hace mención en el Informe Pericial Exp 16-2002 solicitado por el Sexto Juzgado Penal de página 35219 del tomo 66, en el extremo pertinente dedicado a su responsabilidad se señaló que "...en el contrato de obtención se consigna su nombre mas no su firma, desconociendo la firma consignada en dicho documento (firma que corresponde a su hijo Hernán Ortiz Miranda – como gerente general de International Dealers S.A.).

34. Por lo que este Supremo Tribunal, considera que en este caso debe aclararse si el procesado Ortiz Lucero tiene o no participación en la presunta operación defraudatoria dado que él ha señalado que su participación ha sido



prestando su nombre para la constitución de la empresa Internacional Dealers S.A. En tal contexto, este colegiado no puede ingresar al fondo del asunto por cuanto la resolución impugnada se ha incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 298, inciso 1, del Código de Procedimientos Penales que prescribe: “Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámite o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

I. HABER NULIDAD en la Resolución N.º 4, del 16 de octubre de 2019, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones–Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró procedente la solicitud del titular de la acción penal y dio por concluida la acusación fiscal formulada contra los imputados **(i)** Emiliano Reyes Huerta, **(ii)** José Luis Rivera Muñoz Falconi, **(iii)** José Isidoro Herrera Flores, **(iv)** Gonzalo Javier Morachimo Aranibar, **(v)** Carlos Alfonso Rivas Vargas Machuca, **(vi)** Luis Rolando Cusi Najarro, **(vii)** Gabriel Samuel Félix Rodríguez, **(viii)** José Enrique Cuadros García, **(ix)** Saúl Abdón Romero Barrientos —a título de coautores— y **(x)** Manuel Hernán Ortiz Lucero —a título de cómplice primario—, por la presunta comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en perjuicio del Estado y en consecuencia; **REFORMÁNDOLA, DECLARARON IMPROCEDENTE EL RETIRO DE ACUSACION DISPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO.**

II. ORDENARON que se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado, con la participación de un fiscal superior distinto al llamado por ley.

Intervinieron los jueces supremos Núñez Julca y Carbajal Chávez por licencia e impedimento de los magistrados Castañeda Otsu y Prado Saldarriaga respectivamente.

S. S.

NUÑEZ JULCA

BROUSSET SALAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

PH/pgvs