

Motivación insuficiente como causal de nulidad

Sumilla. El auto impugnado quebrantó las garantías judiciales de la debida motivación de las resoluciones judiciales, debido proceso y congruencia procesal, por lo que se debe declarar la nulidad.

Lima, veintisiete de junio de dos mil veintitrés

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el **PROCURADOR PÚBLICO DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN** contra el auto del veinticinco de marzo de dos mil diecinueve (folios 29 806-29 811 del tomo 42), emitido por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante dicha resolución se declaró fundado el retiro de acusación fiscal contra **Roboan David Jaime Sobrevilla** y **Jorge Filomeno Molina Huamán**, como cómplices primarios del delito de colusión desleal, en agravio del Estado, con lo demás que contiene.

De conformidad, en parte, con el dictamen de la Fiscalía Suprema en lo Penal.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. MARCO LEGAL DE PRONUNCIAMIENTO

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios del ordenamiento procesal peruano¹. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331) efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

¹ Cfr. MIXÁN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

SEGUNDO. ANTECEDENTES

La presente causa fue tramitada inicialmente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia², la misma que se pronunció sobre las impugnaciones motivo de la alzada en su ejecutoria suprema del 28 de diciembre de 2021 (fojas 255-288), mediante la cual se declaró la nulidad de la sentencia absolutoria emitida en favor de varios procesados; sin embargo, la Sala Superior remitió nuevamente la causa a esta Corte Suprema a efectos de que se complemente el pronunciamiento a propósito del recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción contra el auto del veinticinco de marzo de dos mil diecinueve (folios 29 806-29 811 del tomo 42), emitido por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En ese sentido, corresponde a esta Sala Penal Transitoria avocarse al conocimiento de la causa debido a la redistribución de causas en liquidación dispuesta mediante Resolución Administrativa N.º 000378-2021-CE-PJ del 16 de noviembre de 2021.

TERCERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

Conforme se aprecia de la acusación fiscal (foja 24711), el dictamen complementario (foja 25556) y el dictamen subsanatorio (foja 25788), la conducta ilícita imputada específicamente a Jaime Sobrevilla y a Molina Huamán, se encuentra descrita en el segundo hecho imputado, el cual consiste en lo siguiente:

Segundo hecho imputado

3.1. Adjudicación Directa por Exoneración N.º 15-95-SMGE, por el delito de colusión en la Adjudicación Directa por Exoneración N.º 14-95-SMGE-Adquisición de 133 equipos de visión nocturna Lunos 1X (Segunda Generación Plus), 67 equipos de visión nocturna Lunos 1X (Súper Generación Fuerzas Especiales), 20 objetivos 6X de magnificación, 100 miras nocturnas telescópicas NL-64, 100 designadores lásericos AIM.1/D, 60 equipos de visión nocturna monocular N/SEAS, 200 lanzadores de cohete RPG TV, 100 lanzacohetes descartables, 2 lanzacohetes antitanque SPG-9, 2 cañones

² Llega a esta Sala Suprema mediante Oficio N.º 01004-2008-0-1era.SPL-CSJL-PL, foja 338.

bitubo ZU-23-2 de 23 mm con accesorios (cofres metálicos, máquinas eslabonadora y eslabones para munición 23 mm), 12 ametralladoras PKT calibre 7,62 mm, 12 ametralladoras PKR calibre 7,62 mm y un lote de granadas de 40 a 60 mm; destinados a la recuperación de la capacidad operativa 95 del Ejército peruano-Comando Logístico del Ejército-Servicio de Material de Guerra del Ejército.

Que, determinados por el exasesor del Servicio de Inteligencia Nacional (en adelante SIN), Vladimiro Montesinos Torres; se afirma que Víctor Manuel Malca Villanueva (en su calidad de funcionario público de la más alta jerarquía de la administración pública, por ejercer, en esos momentos, el cargo de ministro del sector de Defensa desde el 7 de noviembre de 1991), Nicolás de Bari Hermoza Ríos (en su calidad de funcionario público, por ejercer, en esos momentos, la Comandancia General del Ejército desde el 19 de diciembre de 1991, y la presidencia del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el 1 de enero de 1992), conjuntamente con Américo Abelardo Fernández Cáceres (exjefe de la Oficina de Economía del Ejército e integrante del Comité Económico del Ejército³), Manuel Esteban Pancorbo Rivera (excomandante general del Comando Logístico del Ejército, en adelante COLOGE e integrante del CEE), **Jorge Filomeno Molina Huamán** (exjefe de la Oficina Jurídica del Ejército y también integrante del CEE), **Roboan David Jaime Sobrevilla** (exsecretario de la Comandancia General del Ejército y ex secretario del CEE), José Luis Crousiliat López Torres y César Crousiliat López Torres (representantes de la firma Crousiliat Brothers INC, a su vez representante en el Perú de la empresa Vazov Engineering Plants de Bulgaria), Antonio Maldonado Flores y Enrique Benavides Morales (representantes de la firma B&F Comercialización y Representaciones S. R. L., a su vez representante en el Perú de Delft Instruments Electro-Optics B. V. de Holanda) y Moshe Rotshchild (representante de la empresa Mobetek Representaciones S. A., a su vez representante en el Perú de la firma Mobetek Representaciones-sucursal Panamá).

Los antes referidos se coludieron con el único objeto de defraudar al Estado a través de la Adjudicación Directa por Exoneración N.º 14-95-SMGE

³ En adelante CEE.

(llevado a cabo en el marco del Proceso Técnico de Programación del Abastecimiento destinado a la recuperación de la capacidad operativa 95) al recomendar, opinar, dictaminar, proponer y autorizar respectivamente, se adquiriera por adjudicación directa, diversos artículos a las firmas: B&F Comercialización y Representaciones S. R. L. (133 equipos de visión nocturna Lunos IX (Segunda Generación Plus), 67 equipos de visión nocturnos Lunos 1X (Súper Generación Fuerzas Especiales), 20 objetivos 6X de magnificación), Mobetek Representaciones S. A. (100 miras nocturnas telescópicas NL-64, 100 designadores lásericos AIM.1/D, 60 equipos de visión nocturna monocular N/SEA) y Crousillat Brothers INC (200 lanzadores de cohete RPG 7V, 100 lanzacohetes RPG-22 descartables, 2 lanzacohetes antitanques SPG-9, 2 cañones bitubo ZU-23-2 de 23 mm con accesorios (cofres metálicos, máquinas eslabonadora y eslabones para munición 23 mm), 12 ametralladoras PKT calibre 7,62 mm, 12 ametralladoras PKR calibre 6,72 mm y un lote de granadas de 40 a 60 mm), para lo cual simularon llevar a cabo un proceso de licitación privado que concluyó con la Resolución Ministerial N.º 0924 DE/EP del 18 de septiembre de 1995.

Se sostiene intervención (secundaria o no necesaria) en estos hechos del representante de la Comandancia General del Ejército, coronel ingeniero EP Luis José Monard Avendaño; el delegado del COLOGE, coronel de infantería Ángel Paz Yactayo; el técnico del SMGE, coronel MG Juan Urquiaga Díaz; el jefe del Departamento de Abastecimiento del SMGE coronel MG Segundo Chávez Mori; y el técnico del SMGE TC MG Juan Fabricio Morán Lambrushini; porque en su condición de integrantes del Comité de Adjudicación a cargo de la evaluación de propuestas para la Adjudicación Directa por Exoneración N.º 14-95-SMGE, a sabiendas que la fecha de recepción de bienes y contrato eran anteriores a la Resolución Ministerial N.º 0924 DE/EP, procedieron a suscribir diversa documentación para dar cuenta de que se había llevado a cabo un proceso selectivo, cuando en verdad avalaban hechos no realizados.

Entre las irregularidades que determinan los actos colusorios se tienen:

- El proceso de licitación se realizó sin observar las normas vigentes.

- Se orientó la contratación directa de los proveedores, a quienes se benefició.
- Se ordenó la “regularización” de documentos pertinentes para aparentar un proceso de selección regular.
- La adquisición no fue realizada por el ente ejecutor, sino por el comandante general del Ejército.
- No existe documento que demuestre la realización de un proceso de adjudicación directa, tal como la convocatoria a los posibles proveedores, venta de bases, presentación de propuestas, poderes de representación de las empresas, entre otros.
- La adquisición se realizó antes de expedirse la Resolución Ministerial N.º 0924 DE/EP.
- De acuerdo con el Acta de Apertura y Recepción N.º 013/Cia Absto/BMGA 512 del 4 de mayo de 1995, el material de guerra adquirido fue internado en los almacenes del SMGE a partir de esa fecha, pese a que los contratos de compraventa para la adquisición de dicho material fueron celebrados con las empresas mencionadas con fecha posterior (8 de junio de 1995).
- La fecha consignada en los contratos respectivos es anterior a la Resolución Ministerial que autoriza la adquisición directa a tales empresas, exonerando del requisito de licitación privada.
- El Acta de Sesión del CEE N.º 100 por la cual se aprueba la adquisición por compra directa es del 15 de septiembre de 1995, esto es, meses después de la firma de los contratos y de la recepción e internamiento del material en los almacenes del SMGE.
- No coinciden las fechas programadas en las bases administrativas para la apertura de sobres con las actas respectivas, ni existe un orden de prelación en las mismas puesto que el Informe Técnico tiene fecha anterior al acta de evaluación y propuestas.
- Existen dos recibos a manuscrito firmados por Enrique Benavides Morales, así como una nota de cargo del Banco de la Nación del 7 de junio de 1995, depositado al fondo fijo del agregado militar por US\$ 1 564 623,00

que coincide con la suma de los cheques recibidos por el antes mencionado a nombre de las empresas Crousillat Brothers y B&F Comercialización y Representaciones S. R. L.

- Nicolás de Bari Hermoza Ríos como Víctor Manuel Malca Villanueva, tuvieron el dominio funcional del hecho y fueron los que finalmente con antelación decidieron que las empresas referidas provean del material; fueron ellos los que ordenaron se formule la documentación necesaria para dar visos de legalidad y “regularizar” un proceso de adquisición que no fue realizado.
- Para que se concrete el hecho, Vladimiro Montesinos Torres influyó en ambos funcionarios y previamente acordó un beneficio económico pactado con los representantes de las empresas (César Crousillat López Torres, José Luis Crousillat López Torres, Moshe Rotschild Chassin, Antonio Maldonado Flores, Enrique Benavides Morales), para que obtengan la buena pro.
- Luis Monard Avendaño, Ángel Paz Yactayo, Juan Urquiaga Díaz, Segundo Chávez Morí y Juan Morán Lambruschini, en su condición de integrantes del Comité de Adjudicación suscribieron las actas de Recepción, Apertura y Evaluación de Propuestas referente a la Adjudicación Directa N.º 14-95-SMGE del 6 de junio de 1995, sesión en la que acordaron por unanimidad recomendar la adquisición del material requerido por compra directa por exoneración a las firmas B&F Comercialización y Representaciones S. R. L., Mobetek Representaciones S. A. y Crousillat Brothers INC; sin embargo, del tenor de las declaraciones de Urquiaga Díaz (foja 2144), Morán Lambruschini (foja 2333), Paz Yactayo (foja 2342), se advierte que las referidas actas fueron formuladas y suscritas con posterioridad a la adquisición de las armas en vía de regularización por disposición superior, ya que sus miembros no fueron convocados para dichas sesiones, máxime si Chávez Mori (foja 2312) afirma que parte del material de las tres empresas ya había sido almacenada en las unidades de Material de Guerra, por lo cual el jefe del SMGE dispone que se solicite la documentación para la regularización de la adquisición a las referidas empresas.
- En el caso de Manuel Esteban Pancorbo Rivera, este aceptó haber suscrito con posterioridad a la adquisición de las armas en vía de regularización y

por disposición superior el Acta de Sesión N.º 100 del CEE en la que se acordó adquirir el material de guerra a las empresas proveedoras, donde su intervención era necesaria porque como comandante general del COLOGE permitió que se lleven a cabo las irregularidades descritas, pese a conocer que el proceso de adquisición no se llevó a cabo.

El pretexto de este actuar fue la recuperación de la capacidad operativa del Ejército, con bienes que tenían el carácter de Secreto Militar y bajo la modalidad de compra directa por exoneración.

3.2. Este hecho fue subsumido en el artículo 384 del Código Penal (en adelante CP), modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996; cuya descripción legal es la siguiente:

Colusión

Artículo 384. 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.

CUARTO. FUNDAMENTOS DEL IMPUGNANTE

El procurador público, al fundamentar su recurso de nulidad (folios 29823-29838), alegó esencialmente que:

4.1. Se llegó a determinar que los acusados Molina Huamán y Jaime Sobrevilla tuvieron pleno conocimiento de las irregularidades del proceso de licitación y que su rol como integrantes del CEE era precisamente determinante para llevar adelante el proceso de adjudicación. Por tanto, no se trata de una conducta neutral; por el contrario, deviene en un conocimiento previo de sus funciones acorde con el cargo que ostentaban. En consecuencia, las pruebas nuevas esgrimidas por el Ministerio Público no revelan que estuvieran fuera del esquema delictivo de los autores que actuaron en los momentos previos y decisivos del acto de concertación.

4.2. La Sala Superior omitió dar respuesta al contexto íntegro que sostuvo la defensa de la parte agraviada en la sesión de audiencia, lo cual trae consigo la nulidad del auto impugnado. No existe pronunciamiento sobre:

- a) La imputación es clara al sostener que el acta N.º 100 fue suscrita vía regularización, contribuyendo a ejecutar un proceso irregular.
- b) Hubo concurrencia de actos colusorios, desde el inicio hasta la liquidación del contrato.
- c) Existe error al pretender identificar a la suscripción de contrato como el momento consumativo del delito, sin tener en cuenta que la dogmática penal establece que la consumación no se identifica en algunas de las etapas del proceso contractual, sino con la verificación de las etapas de proceso, pues los actos de colaboración se realizaron con fines defraudatorios o la efectiva defraudación patrimonial.

4.3. El Ministerio Público en su facultad de retiro de acusación propuso valoración de los medios de prueba, como los contratos del 8 de junio de 1995, las actas de apertura y recepción N.º 13 (fojas 484 a 485), y las declaraciones de los acusados Jaime Sobrevilla y Molina Huamán vertidas en la sesión de audiencia once; sin embargo, el Colegiado superior valoró otros medios de prueba no propuestos como las declaraciones de Hugo Gonzales Ríos y Eduardo Segundo Centeno Gutiérrez.

QUINTO. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

Mediante Dictamen N.º 391-2023-MP-FN-SFSP (folios 346 a 350 del cuadernillo formado en esta instancia), el fiscal supremo opinó que se declare **nulo** el auto superior recurrido e **improcedente** el retiro de la acusación fiscal formulada por el Ministerio Público; en consecuencia, que otra Sala Penal Superior realice el juzgamiento. Sostiene esencialmente lo siguiente:

5.1. Si bien en la declinación de la pretensión punitiva se glosaron algunas pruebas de carácter documental, estas no incorporaron ningún dato que cambie el paradigma de la hipótesis criminosa que contienen los dictámenes acusatorios, en los que en ningún extremo se dejó de considerar esa etapa de regularización documentaria posterior que se desplegó por los imputados. En ese sentido, formalmente, la solicitud del fiscal no revestía de los presupuestos necesarios para declarar procedente el pedido de retiro de la acusación fiscal.

- 5.2.** La valoración de las declaraciones testimoniales de Hugo Gonzales Ríos y Eduardo Segundo Conterno Gutiérrez fue indebida, ya que dichos testigos nunca fueron ofrecidos ni evaluados como nuevos medios de prueba por el representante del Ministerio Público para sostener su pedido de retiro de acusación.
- 5.3.** Aun cuando el concierto delictivo se haya desplegado antes de la suscripción del contrato, los efectos del pacto colusorio pueden trascender a las etapas subsecuentes del proceso de selección (actos preparatorios, otorgamiento de buena pro, ejecución, liquidación, entre otros).
- 5.4.** La imputación específica atribuida a los procesados Jaime Sobrevilla y Molina Huamán versa sobre sus actuaciones como integrantes del CEE y la suscripción del Acta N.º 100 del 15 de septiembre de 1995, en la que se acordó la adquisición de misiles antiaéreos tierra-aire. Dicha decisión se formuló a pesar de que para esa época ya se había suscrito el contrato en fecha 8 de junio de 1995, por lo que en correlación con sus obligaciones propias del cargo, tenían la obligación de actuar antes de la entrega de cualquier contraprestación con los proveedores o cualquier otra etapa previa a la apertura de la carta de crédito.

Este evento puntual es lo que revelaría su participación en los acuerdos colusorios con intervención directa, posterior y con conocimiento de lo delineado por los autores, siendo necesario un nuevo juicio oral para refrendar o descartar dicha hipótesis criminosa.

SEXTO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

Control formal

6.1. La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública el veinticinco de marzo de dos mil diecinueve en la sesión treinta y ocho del juicio oral (folios 29812-29817). En su oportunidad, el representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción interpuso recurso de nulidad y cumplió con fundamentarlo el primero de abril del citado año (folios 29823-29838), esto es, dentro de los diez días establecidos por el numeral

5 del artículo 300 del C de PP, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

Control de la vigencia de la acción penal

6.2. El tipo penal imputado tiene una pena máxima de 15 años (normalmente la prescripción extraordinaria operaría a los 22 años y medio), y conforme con la acusación fiscal (fojas 25788-25820) los hechos se habrían suscitado en el año 1995, según las precisiones precedentes. Ahora bien, al tratarse de un delito contra el patrimonio del Estado, se duplica el plazo de prescripción por lo dispuesto en el artículo 80⁴ del CP; por tanto, aún no ha operado la prescripción de la acción penal extraordinaria, pues se requerirá un total de 30 años para esa forma de extinción de la acción penal.

Análisis del caso concreto

6.3. Conforme se desprende del escrito de retiro de acusación y lo oralizado en la sesión N.º 37 del juicio oral del 15 de marzo de 2019, el representante del Ministerio Público planteó su pedido de retiro de la acusación para los procesados **Roboan David Jaime Sobrevilla** y **Jorge Filomeno Molina Huamán**.

En estricto, sostuvo que la fecha de consumación del delito de colusión en la Adjudicación Directa por Exoneración N.º 14-95-SMGE se habría materializado el 8 de junio de 1995, cuando se suscribieron los contratos públicos en el referido proceso de selección; por lo que en atención que a los procesados se les imputa el citado delito por haber suscrito el Acta N.º 100 el 15 de septiembre de 1995 dentro del proceso de regularización desplegado, la intervención de los encausados concernidos fue posterior a la consumación del delito.

6.4. En ese orden de ideas, respecto al primer y segundo agravios planteados por la Procuraduría, resulta evidente que la solicitud del titular de la acción penal no radica en la existencia de alguna prueba nueva y/o

⁴ Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 26360, publicada el 29 de septiembre de 1994, vigente al momento de los hechos, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 80. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

[...] En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.

dato objetivo surgido de la actividad probatoria que se esgrimía en el plenario, sino más bien radica en un cambio de criterio respecto a la fecha de consumación del segundo hecho imputado, basándose en el supuesto de que no es factible castigar actos de colaboración posteriores a la consumación.

En ese sentido, no es correcto que se haya esgrimido la existencia de supuestas pruebas nuevas aducidas por el Ministerio Público según las cuales los citados acusados habrían estado fuera del esquema delictivo de los autores que actuaron en los momentos previos y decisivos del acto de concertación.

En este punto, conviene aclarar que si bien en la declinación de la pretensión punitiva se glosaron algunas pruebas de carácter documental, estas no aportaron ningún dato diferente como para que la hipótesis criminal que contienen los dictámenes acusatorios, cambie; tanto más si todo lo glosado estuvo referido a reforzar el cambio de criterio sobre la fecha de consumación del delito; pero en ningún extremo se dejó de considerar esa etapa de regularización documentaria posterior que se habría desplegado por **Roboan David Jaime Sobrevilla** y **Jorge Filomeno Molina Huamán**.

En ese sentido, formalmente, la solicitud del fiscal superior no reunía los presupuestos necesarios para declarar la fundabilidad del pedido de retiro de la acusación fiscal.

6.5. A propósito de ello, respecto al tercer agravio (véase acápite 3.3), sobre la valoración de las declaraciones testimoniales de Hugo Gonzales Ríos y Eduardo Segundo Conterno Gutiérrez, este Supremo Tribunal advierte que, tal como se afirma, dichos testigos nunca fueron ofrecidos ni evaluados como nuevos medios de prueba por el representante del Ministerio Público para sostener su pedido de retiro de acusación, razón por la cual los demás sujetos procesales no tuvieron oportunidad para contradecir las premisas valoradas en dichas declaraciones.

Además, el simple hecho de que la sala superior haya visto la necesidad de tener que proveerse de elementos marginales al debate probatorio en

sentido estricto refleja la inexistencia de argumentos sólidos para arribar a la aprobación del retiro de acusación, por lo que se ha quebrantado las garantías judiciales del debido proceso, el principio de congruencia procesal y la debida motivación.

En concreto, como lo anotó la Fiscalía Suprema en el Dictamen N.º 613-2021-MP-FN-SFSP, antes de la emisión de la ejecutoria suprema del 28 de diciembre de 2021 (en relación con la sentencia absolutoria) el perjuicio típico estaría dado por la pérdida de chance u oportunidad; se habrían simulado presuntas invitaciones a proveedores, y el contexto de emergencia no puede amparar conductas delictivas; precisamente por eso se emitió el Decreto Supremo N.º 028-95, que exoneraba los procesos de licitación en determinados contextos, pero como contrapartida exigía la opinión favorable previa de la Contraloría General de la República como garantía, lo que no se habría dado en el caso.

6.6. Complementariamente a lo expuesto, sobre la presunta intervención física posconsumativa de los acusados, conviene precisar que, tanto en la participación primaria como secundaria, el cómplice posee tal condición porque "colabora", y esta colaboración puede ser pre o posconsumativa, tal es el caso de la complicidad moral o psíquica, condición que tanto la Sala como el fiscal superior han ignorado por completo y, por cierto, no han efectuado la menor disquisición al respecto⁵.

En efecto, tal como desarrolla Felipe Villavicencio, ha de considerarse en líneas generales que:

La complicidad no solo implica un **aporte material**, sino que ella también puede consistir en un **apoyo psicológico** (la llamada complicidad "intelectual"). Ese aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho pues en ese caso estaremos ante una instigación. Para que haya complicidad intelectual, la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor.

[...] Los actos contributivos (aportes) no deben de configurarse dentro de la descripción típica, se entiende que estos quedan fuera del tipo, pues de lo contrario podría hablarse de coautoría⁶ –en especial si se trata de complicidad primaria–.

Es requisito necesario, pero no suficiente, determinar la causalidad de la complicidad en el sentido de la *conditio sine que non*, y al margen de juicios causales hipotéticos

⁵ Igualmente, Jakobs. *Derecho penal*, PG, apdo .22, n. m.; Roxin. *Derecho penal*, PG, II, 26, n. m. 65; Mazuelo Coello. *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 24, p. 921; Calderón Valverde. *Gaceta Penal & Procesal Penal* 61 (2014), p. 64.

⁶ Cfr. Quintero Olivares, 2000, p. 629; Creus, 1999, p. 400.

alternativos. “Lo correcto es acogerse al requisito de la causalidad de la complicidad[...] **es suficiente para la causalidad de la complicidad que esta haya posibilitado facilitado incrementado o intensificado el hecho principal**” (la negrita es nuestra).

Además, sobre el particular, muy al margen de la fecha de consumación del delito de colusión y el acto concreto que causó que el Estado pierda toda oportunidad para contratar en las mejores condiciones posibles, lo cierto es que, en el íntegro de la acusación fiscal, los denominados actos de “regularización” se encuentran clara y ampliamente explicitados para el segundo hecho imputado.

En función a ello, aun cuando el concierto delictivo se haya desplegado antes de la suscripción del contrato, los efectos del pacto colusorio pueden trascender a las etapas subsecuentes del proceso de selección (actos preparatorios, otorgamiento de buena pro, ejecución, liquidación, entre otros).

6.7. Finalmente, cabe destacar que el Ministerio Público por definición constitucional⁷ tiene la titularidad de la acción penal, el rol persecutor del delito y la carga de la prueba —como manifestaciones esenciales del principio acusatorio, el debido proceso y la tutela judicial efectiva como parámetros constitucionales y convencionales— y es un órgano autónomo que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho y conducir desde su inicio la investigación del delito; así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

En ese sentido, en este caso concreto resulta relevante la posición de la fiscal suprema en lo penal —de mayor jerarquía que el fiscal superior que solicitó el retiro de acusación—, quien considera que la imputación específica atribuida a los procesados versa sobre la suscripción del Acta N.º 100 del 15 de septiembre de 1995, donde a pesar de que para esa época ya se había suscrito el contrato del 8 de junio de 1995, ellos tenían la obligación de actuar antes de

⁷ Artículo 159. Atribuciones del Ministerio Público

Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

la entrega de cualquier contraprestación con los proveedores o cualquier otra etapa previa a la apertura de la carta de crédito, y sin embargo, no lo hicieron.

Esta conducta es la que revelaría su participación en los acuerdos colusorios con intervención directa, posterior, y con conocimiento de lo delineado por los autores, por lo que es necesario un nuevo juicio oral para refrendar o descartar dicha hipótesis criminosa.

6.8. Con lo expuesto y de acuerdo con el artículo 298 del C de PP, el auto recurrido contiene una motivación insuficiente como para respaldar, en esta instancia, la decisión judicial, por lo que se ha incurrido en una causal de nulidad.

6.9. Como se anotó en los antecedentes, en el presente proceso se concluyó con el juzgamiento para los otros acusados, y producto de ello resultó la sentencia absolutoria del 18 de octubre de 2019. Dicha sentencia también fue recurrida a través del recurso de nulidad y fue materia de análisis mediante Ejecutoria Suprema del 28 de diciembre de 2021 (fojas 255-288), la misma que resolvió declarar nula la sentencia recurrida; y, en consecuencia, nuevo juicio oral por otro colegiado. En ese sentido, el nuevo juzgamiento debe ser el mismo que se ha ordenado en la citada ejecutoria.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

- I. Declarar **HABER NULIDAD** en el auto del veinticinco de marzo de dos mil diecinueve, emitido por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante el cual se declaró fundado el retiro de acusación fiscal contra **Roboan David Jaime Sobrevilla** y **Jorge Filomeno Molina Huamán**, como cómplices primarios del delito de colusión desleal, en agravio del Estado; y, reformándolo, declararon **INFUNDADO** el retiro de la acusación fiscal.
- II. **DISPONER** un nuevo juicio oral por otro colegiado superior llamado por ley, juzgamiento que será el mismo a cumplirse conjuntamente con lo ordenado mediante Ejecutoria Suprema del 28 de diciembre de 2021 (fojas 255-288).



III. ORDENAR se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la sala superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervinieron los jueces supremos Cotrina Miñano y Carbajal Chávez por licencia e impedimento de los magistrados supremos Barrios Alvarado y Brousset Salas, respectivamente.

S. S.

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

IGL/qssrr