



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 2164-2019
LIMA

LA SECRETARÍA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE EL VOTO EN DISCORDIA, ÚNICAMENTE EN EL EXTREMO DE LA PRESCRIPCIÓN A FAVOR DE BARRENECHEA DEL POZO, DE LOS JUECES SUPREMOS GUERRERO LÓPEZ Y COAGUILA CHÁVEZ, ES COMO SIGUE:

El delito de colusión desleal: nuevos alcances

La nomenclatura optada por el legislador con la dación de la Ley N.º 29758, esto es: colusión simple y colusión agravada, constituye una nomenclatura errada, dado que lo criminalizado realmente es una conspiración criminal entre el *extraneus* (tercero interesado) e *intraneus* (funcionario o servidor público) que se comprometen a una acción negociadora desleal contra el Estado (dentro de un proceso de licitación, contratación u otro tipo de operación o negociación en el cual interviene el *intraneus* en representación a los intereses del Estado), que tendrá lugar potencialmente y con posterioridad a esa concertación primaria. Por ello, no solo se trata de un delito doloso, sino también prevé una finalidad subjetiva denominada, en la doctrina, como de "tendencia interna trascendente".

El delito de colusión protege el patrimonio público, pero no desde un aspecto cuantificable o económico, sino desde una concepción más amplia, esto es, como la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional. Por tanto, no está en discusión su tutela dentro del referido tipo penal. Sin embargo, se debe precisar que el patrimonio del Estado no tiene una protección exclusiva, puesto que también constituye objeto de protección, como se estableció en la Casación N.º 9-2018/Junín: "El deber de obrar con pulcritud y dotar de eficacia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público"; esto es, el normal funcionamiento de las negociaciones estatales, en el cual el funcionario o servidor debe actuar con lealtad, transparencia, neutralidad, eficiencia y con probidad al momento en que interviene en ese acto jurídico en representación de los intereses del Estado.

Lima, veintidós de diciembre de dos mil veintidós

Primero. Los suscritos estamos de acuerdo con la sentencia emitida por la ponente jueza suprema Castañeda Otsu, en todos sus extremos, haciendo



reserva únicamente de lo referido a la prescripción por el delito de colusión en cuanto al encausado Víctor Manuel Barrenechea del Pozo.

Segundo. A partir de la dación de la Ley N.º 29758, el legislador decidió subdividir la conducta de colusión en dos modalidades delictivas:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Tercero. Técnicamente resulta incorrecta esa nomenclatura optada por el legislador, dado que lo criminalizado realmente es una conspiración criminal entre el *extraneus* (tercero interesado) e *intraneus* (funcionario o servidor público) que se comprometen a una acción negociadora desleal contra el Estado (dentro de un proceso de licitación, contratación u otro tipo de operación o negociación en el cual interviene el *intraneus* en representación a los intereses del Estado), que tendrá lugar potencialmente y con posterioridad a esa concertación primaria. Por ello, no solo se trata de un delito doloso, sino también prevé una finalidad subjetiva denominada, en la doctrina, como de “tendencia interna trascendente”.

El delito de colusión protege el patrimonio público, pero no desde un aspecto cuantificable o económico, sino desde una concepción más amplia, esto es, como la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional¹.

¹ Cfr. GUIMARY MORI, Erick y otro. Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales. En Revista *Ius Et Veritas*, N.º 51, diciembre de 2015, pp. 286-296. Revisado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15664/16101. En esa misma línea, Yván Montoya Vivanco y otros, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP, 2013, p. 107.



Por tanto, no está en discusión su tutela dentro del referido tipo penal. Sin embargo, se debe precisar que el patrimonio del Estado no tiene una protección exclusiva, puesto que también constituye objeto de protección, como se estableció en la Casación N.º 9-2018/Junín: "El deber de obrar con pulcritud y dotar de eficacia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público"²; esto es, el normal funcionamiento de las negociaciones estatales, en el cual el funcionario o servidor debe actuar con lealtad, transparencia, neutralidad, eficiencia y con probidad al momento en que interviene en ese acto jurídico en representación de los intereses del Estado.

Cuarto. En ese entendido, **al haber sido beneficiada por ser contratada la empresa Contratista WAIT S. A. C. del Grupo Venero** –según la imputación fiscal–, para brindar servicios de mantenimiento, limpieza de lunas internas y externas, reparación, fumigación y desinfección, pintado de interiores y exteriores de veinticinco inmuebles de La Caja, **sin especificar el monto que debía pagar**, en donde el encausado Barrenechea del Pozo, en su condición de jefe de Administración y Conservación de Inmuebles de La Caja, ordenó rehacer el contrato de prestación de servicios que La Caja había suscrito con la empresa inversiones Colima S. A. C., **suprimiendo la palabra "mantenimiento", a fin de permitir celebrar el mencionado contrato de servicio N.º 038-AJ-CPMP-2000, del 24 de agosto de 2000**, el mismo que además fue firmado por el gerente general de La Caja, el procesado César Enrique Victorio Olivares, y el gerente general de la empresa WAIT S. R. L., Manuel Adrián Luna Ramírez, **no se aprecia que solo se produjera la conspiración colusoria, por el contrario, se dispuso del patrimonio del Estado; por tanto, a criterio de quienes suscriben este voto, no corresponde realizarse una recalificación como hizo la Sala.**

En consecuencia, la conducta debe analizarse de acuerdo con el principio de legalidad, teniendo en cuenta el texto vigente a la fecha de los hechos

² Fundamento Jurídico N.º 14.



(Ley N.º 26713) por ser más favorable, en términos del *quantum* punitivo, pues, en dicha norma, el mínimo general es de tres años, en tanto que, a partir de las modificaciones ulteriores el mínimo legal para el delito de colusión –en sentido estricto y material, es decir con perjuicio económico– contempla una pena mínima de seis años.

La aplicación del texto original previsto en el artículo 384 del Código Penal, implica además que el cómputo de los plazos prescriptivos se realizará sobre el máximo de la pena conminada, en este caso 15 años de privación de libertad (plazo ordinario), y teniéndose en cuenta además la duplicidad de los plazos para el recurrente por haber sido funcionario público según los fácticos atribuidos.

En ese sentido, la acción penal se encuentra vigente y, por tanto, debe procederse a un pronunciamiento de fondo, previo juicio oral, en el que se emitirá el pronunciamiento que corresponda.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, nuestro **VOTO DISCORDANTE EN PARTE** es porque:

I. Se declare **NULO** el extremo que declaró **fundada de oficio la excepción de prescripción** de la acción penal, en el proceso seguido contra el procesado Víctor Manuel Barrenechea del Pozo por el delito de colusión desleal en agravio del Estado y de la Caja de Pensiones Militar Policial.

II. **MANDAR** que se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado llamado por ley, respecto del procesado Víctor Manuel Barrenechea del Pozo, en el que se deberá tener presente lo expuesto en el presente voto.

S. S.

GUERRERO LÓPEZ

COAGUILA CHÁVEZ

GL/gc.