



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 634-2015
LIMA

Falta de interés casacional

Sumilla. Bajo lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual estamos suscritos y vigente al momento de los hechos objeto de inculpación formal, se entenderá que el gerente general de EMMSA es funcionario público para los efectos penales; y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Siendo así este es sujeto activo del delito de colusión; así como los cómplices.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICONI, contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado.

OÍDO el alegato oral de la defensa del imputado.
Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, tanto el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima cuanto la Sala de Apelaciones de Lima, declararon infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo el encausado Marcelo Cicconi; y, como tal, ordenaron que continúe la causa según su estado [autos de fojas treinta y cinco y ochenta y nueve, de treinta de abril de dos mil quince y cinco de agosto de dos mil quince, respectivamente].

SEGUNDO. Que la imputación por el delito de colusión en calidad de cómplice, formulada contra el encausado Marcelo Cicconi, estriba en que, en su condición de Gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental Sociedad Anónima, se concertó ilegalmente con el gerente general de la Empresa Municipal de Mercados Sociedad Anónima –en cuanto empresa del Estado de derecho privado (Municipalidad Metropolitana de Lima)–, para que la empresa que dirige preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima, como en efecto ocurrió. No medió, según los cargos, requerimiento previo,



136

términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria que revelara el cumplimiento de las reglas jurídicas correspondientes y de las condiciones de una contratación razonable para los intereses de la colectividad. Los hechos se produjeron entre el dieciocho de setiembre de dos mil doce y dieciocho de abril de dos mil trece.

TERCERO. Que el encausado Marcelo Cicconi, en su escrito de excepción de improcedencia de acción de fojas uno, de dieciocho de febrero de dos mil quince, y en su escrito de recurso de apelación de fojas cuarenta y ocho, de dieciocho de mayo del mismo año, sostiene uniformemente que se han vulnerado los principios de legalidad y de accesoria al atribuírsele un comportamiento típico, ya que la falta de un requerimiento previo, de términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria, solo podría haber generado una infracción administrativa, pero no un delito; que no es ilegal que las áreas técnicas operacionales de ambas empresas realicen coordinaciones de cara a la mejor satisfacción de la necesidad del servicio de limpieza pública, sobre todo si estas se efectuaron luego de un acto de conformidad con el servicio manifestado por EMMSA; que no ha existido un acuerdo clandestino entre las partes, ni acto de ayuda alguna de su parte para la comisión del delito; que, con relación a la determinación del concepto de funcionario público, los cargos se sustentan en normas internacionales y se aplicó retroactivamente una norma penal desfavorable, esto es, la Ley número 30124.

CUARTO. Que el Juez de Investigación Preparatoria, en el auto de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, estimó que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público, no por aplicación de la Ley número 30124, posterior a la fecha de los hechos, sino que se aplicaron normas internacionales –como la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y seis, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero doce guion noventa y siete guion RE, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiocho mil trescientos cincuenta y siete, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero setenta y cinco guion dos mil cuatro guion RE–; tratados que forman parte de nuestro ordenamiento legal, por lo que resultan aplicables sus disposiciones en este ámbito, en atención a lo dispuesto por el artículo 425, inciso 6, del Código Penal. En tal virtud, no es necesario que la condición de servidor o funcionario público de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, conste de manera expresa en nuestra normatividad penal.



137

QUINTO. Que, por su parte, el Tribunal Superior en el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, compartió la apreciación del Juez de Investigación Preparatoria, así como lo sostenido por el Fiscal Superior y el Procurador Público en la audiencia de apelación. Reitera que no resulta válido afirmar que debe comprenderse a los trabajadores de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta como funcionarios públicos a partir de la Ley número 30124, ya que teniéndose en cuenta el bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos establecidos en las normas internacionales antes mencionadas, las mismas que forman parte del derecho nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

SEXTO. Que si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Marcelo Cicconi de fojas ciento cuatro, de veintiuno de agosto de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho del cuadernillo de casación, de seis de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. El motivo de casación está vinculado a la vulneración de precepto constitucional –principio de irretroactividad de la ley penal– y, concurrentemente, a la causal de infracción de ley material: retroactividad de un lado y tipicidad positiva de otro lado –del tipo legal contenido en el artículo 384 del Código Penal– (artículo 429 numerales 1 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal).
- B. La denuncia procesalmente relevante en sede de casación estriba en la necesidad de que exista un pronunciamiento acerca del alcance que tienen las normas internacionales en el derecho interno, tanto para extender los efectos de las normas penales internas cuanto para determinar la fecha de su vigencia. En esa línea se reclama una determinación acerca del momento en que un servidor de una empresa del Estado esté incluido en las disposiciones penales sobre colusión.
- C. Como se trata de un acceso excepcional al recurso de casación por la vía del artículo 427 numeral 4, del Nuevo Código Procesal Penal, se aceptó la competencia funcional de esta Sala de Casación para fijar el alcance de las normas internacionales en el derecho interno.

SÉPTIMO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegato adicional alguno–, se expidió el decreto de fojas ciento treinta y uno, de uno de junio de



dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de junio último.

OCTAVO. Que realizada la audiencia de casación con la única intervención de la defensa del recurrente Marcelo Cicconi, doctor Eduardo Alcocer Povis, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras la preceptiva deliberación, la votación respectiva y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el artículo 384 del Código Penal regula el delito de colusión, en tanto delito especial. Se trata de un tipo legal alternativo, que en los dos supuestos que contiene, el sujeto activo es, siempre, un funcionario o servidor público.

Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Esta norma ha sido objeto de varios cambios legislativos.

En lo pertinente, es del caso enumerarlas:

- A. La Ley número veintiséis mil setecientos trece, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, determinó, en el inciso tercero, del citado artículo 425 del Código Penal: *“Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades y organismos”*.
- B. La Ley número 30124, de trece de diciembre de dos mil trece, estableció, en el inciso 3, de la referida norma: *“Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”* [subrayado nuestro].

SEGUNDO. Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado –no sin marchas



y contramarchas–, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva –es un concepto funcional–, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal –el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública–. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [ORTS BERENGUER, ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, p.736]. Lo que aquí importa es proteger, de modo eficaz, la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STSE sesenta y ocho oblicua cero tres, de veintisiete de enero).

La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: “*Los demás indicados por la Constitución Política y la ley*” (incisos seis o siete, según el caso).

TERCERO. Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, aprobada por Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por el Decreto Supremo número diecinueve guion noventa y siete guion RE, de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete. El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionario o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

CUARTO. Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos –es, pues, un elemento normativo–, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo de referencia es más abigarrado



140



[CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN. *El Derecho Penal Español. Parte general*, Tercera edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p.559]. El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley.

Es verdad que el origen del cambio legislativo concretado en la Ley número 30124 partió del entendimiento de que la norma anterior no comprendía expresamente a las empresas públicas y de economía mixta en el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, como parecía exigirlo la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, esa base histórica basada en la voluntad del legislador no es de recibo, en la medida en que desde las bases mismas del Derecho Público y Penal es admisible otra concepción que permite una comprensión más acabada de la norma penal, en armonía con las obligaciones internacionales del Estado.

QUINTO. Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad –esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal–. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a “*entidades u organismos del Estado*”, más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior –norma originaria– que expresamente hacía referencia a las “*empresas del Estado o sociedades de economía mixta*”, imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado.

Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba en ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley.

SEXO. Que, según el artículo 55 de la Constitución, “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”. La Convención Interamericana contra la Corrupción ya estaba en vigencia cuando se produjeron los hechos objeto de inculpación formal. Si se estima que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal no era aplicable al *sub-lite*, sí se



141

subsumía, inevitablemente, en el numeral 6, que remitía los alcances del término “funcionario público” a otros preceptos, en este caso, directamente al artículo I de la citada Convención –ya integrada al ordenamiento nacional–. Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso tercero comprendía a las empresas públicas y de economía mixta.

Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia [CARIO CORIA, DINO CARLOS. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p.168].

SÉPTIMO. Que, en consecuencia, cabe entender que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y, por ende, los cómplices –como es el caso, según la imputación, del encausado Marcelo Cicconi–, lo son de ese delito.

La excepción de improcedencia de acción, por estos fundamentos, debe desestimarse: no se ha producido ningún vicio de legalidad constitucional y/o de legalidad ordinaria material, y así se declara.

Es de aplicación, por lo demás, el artículo 504 numeral 2, del Nuevo Código Procesal Penal: debe condenarse al recurrente al pago de costas.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICCONI contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado; en consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista recurrido. **II. CONDENARON** al encausado Marcelo Cicconi al pago de las costas procesales del recurso de casación, cuya efectividad será reclamada



142



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 634-2015/LIMA

por el Juez de Investigación Preparatoria. **III. DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen, al que se devolverán los actuados. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CSM/amon

[Handwritten signatures and initials over the names]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Handwritten signature]

Diny Yurianaeva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA