

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II – 19.a)

Inc. 19 – 2006 - “E”

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°09

Lima, once de Abril
del año Dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Piedra Rojas, estando a lo dispuesto en el artículo ciento treintiocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas 267 a fojas 269; con la Constancia de Vista emitida por Relatoría a fojas 275; y, ATENDIENDO: PRIMERO.- Que, es materia de pronunciamiento la impugnación formulada por la defensa del procesado Juan Israel Ortíz Guevara, obrante de fojas 247 a fojas 249, contra la resolución de fecha treinta de Noviembre del año Dos mil seis, obrante de fojas 234 a fojas 244, que declara Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el citado procesado; en la instrucción que se le sigue como presunto autor del delito contra la Administración Pública – Colusión, en agravio del Estado. SEGUNDO.- Hecho Fáctico: Que, conforme a los términos de la denuncia fiscal de fojas 83 a fojas 108 y auto de apertura de instrucción de fojas 115 a 155, se le incrimina a Juan Israel Ortiz Guevara, que “en su condición de Gerente del Departamento de Ventas, (...) aprob[ó] el pedido de materiales número VTAS – seiscientos dos – dos mil dos del nueve de enero del dos mil dos, que precisa la necesidad del Departamento de Ventas, de adquirir tres mil tapasoles plegables por un monto estimado de catorce mil ciento sesenta dólares americanos, identificando el material publicitario así como sus características y su valor estimado en mérito de la cotización –única y exclusivamente– de New Items SAC; sin que esta supuesta

necesidad responda a un Plan o Programa de Promoción y Publicidad; situación que se corrobora con la constatación física por parte de la Comisión de Auditoría del Órgano de Control, de la existencia en almacén, de dos mil cuatrocientos noventa y ocho tapasoles al cuatro de febrero del dos mil cuatro (aproximadamente dos años después de su adquisición). [Asimismo] por emitir el Memorandum número VTAS-MP- cero veinticuatro - dos mil dos del doce de marzo del dos mil dos, dirigido al Comité Especial, consignando 'requisitos' en materia de especificaciones técnicas con los que debían contar los productos a adquirirse (...); constatándose que constituían cualidades de los productos ofertados por New Items SAC ...”¹. TERCERO.- Que, fundamentando la excepción planteada, alega que: 3.1. Que, es inocente de la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión en agravio del Estado, representado por Petróleos del Perú S.A., obrando en autos su declaración instructiva en la cual niega los cargos que se le imputan; 3.2.- “Que, en la presente causa, se me procesa otorgándome la calidad de funcionario público, por haber desempeñado el cargo de Gerente del Departamento de Ventas de Petróleos del Perú S.A.; sin embargo (...) de conformidad con el segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política, los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, no estamos comprendidos en la función pública”²; 3.3.- “Que, el Tribunal Constitucional en el expediente N°370-2000-AC/TC, (...) sienta jurisprudencia (fundamento 3) estableciendo que los representantes de Petróleos del Perú no están comprendidos en la función pública ...”; 3.4.- “Que, esta sentencia del Tribunal Constitucional ha sido recogida por la Primera Sala Penal de Piura, en el proceso signado con el expediente número 2005 - 1706, en los seguidos por Marco Silva Barrio de Mendoza y otros con

¹ Ver fojas 102

² Ver fojas 196 y 197

PETROPERU S.A.; proceso en el cual se declara fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por los procesados”;

3.5.- “Que, Petróleos del Perú S.A. es una empresa perteneciente al ámbito de FONAFE, entidad que agrupa a las empresas que realizan actividad empresarial del Estado y que como tal no tienen la naturaleza de entidades públicas sino empresas privadas. En consecuencia los servidores que laboran en las mismas, no son considerados funcionarios públicos, pues así lo establece la Constitución Política del Estado”;

3.6.- “Que, el delito de colusión sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos, por lo que en la tipicidad objetiva, debe verificarse que el sujeto activo posea tal calidad, de lo contrario, como ocurre en el presente caso, no se cumple uno de los elementos del tipo penal, por lo que el hecho denunciado no constituye delito; caso en el cual procede que se declare fundada la excepción de naturaleza de acción”³.

Asimismo, agrega que: “La resolución emitida por la judicatura, vulnera la estipulación contenida en el artículo 40° de la Constitución Política, en cuanto establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del estado o de sociedades de economía mixta, (...) [que] el artículo 51° del texto constitucional establece que ‘la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente ...’. (...). Por lo que se colige que ha actuado y resuelto en forma contraria al texto expreso y claro de la Constitución Política (...), la [misma que] prevalece sobre las normas del Código Penal, y es obligación de la judicatura, preferir, en base al control difuso, la norma constitucional a otra de menor jerarquía (...)”.

Asimismo, señala que la Corte de Justicia del Cuzco, ha establecido en el Expediente N° 797-98, lo siguiente: “Debe declararse fundada la excepción de naturaleza de acción en vista que el delito de peculado requiere que el agente sea

³ Ver escrito de fojas 196 a 198

funcionario público, siendo esta exigencia un aspecto normativo integrante de la tipicidad objetiva que necesariamente debe afirmarse en el caso sub judice, para que la conducta desplegada por el agente pueda considerarse como típica”⁴. CUARTO.- Que, el recurso de apelación planteado tiene por objeto que el órgano jurisdiccional proceda a la aplicación del artículo 40° de la Constitución Política del Perú, sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 425° del Código Penal, en el entendido que, a diferencia de este último, el primero excluye de la función pública a los que prestan servicios en las empresas del Estado o de Sociedades de Economía Mixta y, por ende, no le resultaría imputable el delito funcional que se le atribuye. QUINTO.- Que, las normas invocadas, textualmente indican: 5.1. Por un lado, el artículo 40° de la Constitución Política del Estado, establece lo siguiente: “[1° párrafo] La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. [2° párrafo] No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. [3° párrafo] Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”; 5.2. Que el artículo 425° del Código Penal, prescribe que “Se consideran funcionarios o servidores públicos: ‘1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se

⁴ Ver fojas 247 a 249

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 u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución y la Ley”. SEXTO.- Que, el tema materia de examen fue abordado por este Superior Colegiado al conocer y resolver el incidente 23 - 2006 - “C” con fecha veintidós de Diciembre del dos mil seis⁵, en la que remitiéndose a lo expresado por el Tribunal Constitucional, se señaló que: “... El hecho de que una norma constitucional pueda ser analizada a partir de su contenido textual no significa que la función del operador del Derecho se agote, en un encasillamiento elemental o particularizado, con el que se ignore o minimice los contenidos de otros dispositivos constitucionales con mayor razón si resulta evidente que aquéllas resultan siendo no un simple complemento, sino en muchos casos una obligada fuente de referencia por su relación o implicancia con el dispositivo examinado. La verdad, aunque resulte elemental decirlo, es que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional sólo pueden darse cuando aquéllas se desprenden de una interpretación integral de la Constitución y no de una parte o sector de la misma ...’¹ (...) Que del contexto mismo del dispositivo constitucional en referencia (artículo cuarenta de la Constitución Política del Estado), esto es, no circunscribiendo el análisis al segundo párrafo, sino ponderando también lo establecido en el primero y tercero, se tiene que la citada norma aborda estrictamente aspectos relacionados a la carrera

⁵ Excepción de Naturaleza de Acción deducida por la defensa de los procesados David Alfonso Bocanegra Baffigo y Petronila Isabela Blas Mogollón en el proceso que se les sigue por el delito Contra la Administración Pública - Abuso de Autoridad, en la modalidad de omisión de actos oficiales y corrupción de funcionarios en la modalidad de aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Estado.

administrativa a propósito de la regulación de la función pública a que se contrae el Capítulo IV (artículos treintinueve al cuarentidós), no desprendiéndose en absoluto una identificación o equiparidad entre ambos conceptos, dado que, como bien se sabe, las fuentes de atribución o de incorporación a la función pública no se agota en el acceso a ésta a través de las exigencias formales propias de la fuente administrativa. Luego, es de colegirse que conforme lo puntualiza la doctrina nacional ‘... el mensaje del segundo párrafo del artículo cuarenta de la Constitución no está centrado en la idea de cancelar la titularidad pública de los funcionarios y servidores que desempeñan funciones y servicios en los entes empresariales del Estado sino exclusivamente en fines previsionales en el contexto del ámbito administrativo ...’²; (...) Que, por otro lado, a la luz de la apreciación en conjunto de las demás disposiciones constitucionales previstas en la Carta Magna (particularmente, Capítulo IV - artículos treintinueve al cuarentidós sobre la Función Pública), se desprende que devendría en un contrasentido interpretar que la Constitución Política permite algo como la despenalización de comportamientos funcionales de quienes manejan fondos del Estado en los entes empresariales del mismo o de quienes en dicho ámbito ostentan determinadas capacidades relativas a la gestión o administración de aquéllos, dado que estas competencias se hallan vinculadas con los intereses de la administración pública, en estricta y objetiva consideración al ejercicio y/o destino de las actividades, al margen de la calidad de los agentes; (...) Que, por lo demás, pretenderse sostener que la Constitución es la norma que define quiénes tienen la calidad de funcionario público y, peor aún, que

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 2409-2002-AA/TC del 07.11.2002”.

² Rojas Vargas, Fidel. “Delitos Contra la Administración Pública” – Editora Jurídica Grijley - 3° Edición – Octubre 2003. Pág. 54”.

dicha norma acoge una concepción estrictamente administrativista de la función pública, importa soslayar por ejemplo lo establecido en el artículo cuarentiuno, en el que se precisa que ‘Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos ...’; de lo que se colige que la propia Constitución supedita dicha configuración a lo previsto en las normas legales correspondientes, no atribuyéndose para sí, en modo alguno, tal determinación; (...) Así entonces, lo antes señalado nos remite a la precisión en torno a la naturaleza de la función pública, la cual, desde una concepción material de destino o teleológica ‘... existirá (...) siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar se hallen destinadas al interés colectivo o al bien común. En este punto se presentan dos bifurcaciones: primero, cuando tales actividades macro son predicables a los agentes públicos y a los órganos públicos – estatales; y segundo cuando no se exige que sean necesariamente estos sujetos especiales quienes planeen, dirijan u ordenen, dejando abierta por lo mismo la concepción de entidades privadas que ejercen función pública. En el primer caso estamos frente a la concepción tradicional ortodoxa de función pública, en el segundo en una concepción extensiva o ampliada ...’³. (...) Esta concepción amplia es la que recoge nuestro Código Penal cuando, en el artículo 425° inciso 3, prevé que ‘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 u organismos’; la misma que, conforme a lo antes acotado, no resulta en modo alguno incompatible con la Constitución; (...)

³ Rojas Vargas, Fidel. Ob. Cit. pág. 18 y siguiente”.

Finalmente, es el caso significar que esta última concepción de alcance amplio sobre función pública, se corresponde también con la definición que sobre la misma establece la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado Peruano el diez de diciembre del año dos mil tres, esto es, función pública como ‘... 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’”; en consecuencia, estando al criterio adoptado por este Superior Colegiado, se tiene que el delito que se le imputa al excepcionante por su vinculación funcional con la Empresa Petroleos del Perú S.A., sí se corresponde con el delito contra la Administración Pública –Colusión- dada su condición de funcionario público; por lo que, CONFIRMARON la resolución de fecha treinta de Noviembre del año dos mil seis, de fojas 234 a 244, que declara Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el procesado JUAN ISRAEL ORTIZ GUEVARA; en el proceso que se le sigue como presunto autor del delito contra la Administración Pública – Colusión, en agravio del Estado. Notificándose y los devolvieron.-