CONGRESO DE LA REPÚBLICA
RECIBIDO
11 AGO 2017
Hora : 12:38pm
Firma :
DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Proyecto de Ley Nº 1774/2017-MP

Ministerio Público
Fiscalía de la Nación

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
11 AGO 2017
RECIBIDO
Hora: 11:40 M.

Lima, 10 de agosto de 2017

OFICIO N° 264 -2017-MP-FN

Señor
LUIS FERNANDO GALARRETA VELARDE
Presidente del Congreso de la República
Presente.-

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, de conformidad con el derecho de iniciativa legislativa conferido en el artículo 159° inciso 7) de la Constitución Política del Perú, concordado con los artículos 4° y 66° inciso 4) del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, a fin de poner a consideración del Congreso de la República, los proyectos de ley que se detallan a continuación:

i) Proyecto de Ley que propone la Ley General de Protección al Denunciante de delitos contra la administración pública.

ii) Proyecto de Ley que propone incorporar el artículo 214-A del Código Penal referido a sancionar los delitos de corrupción privada.

iii) Proyecto de Ley que propone modificar el artículo 425 del Código Penal e incluir el inciso 6 para considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos siempre y cuando entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral.

iv) Proyecto de Ley que crea los Comités de Vigilancias Ciudadanas o Veedurías Ciudadanas en los procesos de contrataciones estatales e inversión pública.

v) Proyecto de Ley que propone modificar el artículo 298 del Código Procesal Penal referido a incluir en la medida de suspensión temporal del ejercicio de cargo, empleo o comisión de carácter público a los que provengan de elección popular.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi consideración.

Atentamente,

Dr. Pablo Sánchez Velarde
FISCAL DE LA NACIÓN

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
DEPARTAMENTO DE RELATORÍA, AGENDA Y ACTAS
11 AGO 2017
Recibido por: 3:56 pm

P - 116320

DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA		URGENTE ☐ IMPORTANTE
☐ Biblioteca	☐ Grabaciones	☐ Agregar a su expediente
☐ Comisiones	☐ Gestión de Información	☐ Atender
☐ CCEP	☐ Oficialía Mayor	☐ Ayuda memoria
☐ Comunicaciones	☐ Otro	☐ Conformidad / VºBº
☐ Despacho Parlam.	☒ Relatoría, Agenda	☐ Consejo Directivo
☐ Diario de los Debates	☐ Reproducción de documentos	☐ Conocimiento y Fines
☐ DIDP	☐ Prev. y Seguridad	☐ Coordinar su atención
☐ DGA	☐ Serv. Auxiliares	☐ Elaborar informe
☐ Enlace Gob. Reg.	☐ Trámite Documentario	☐ Junta de Portavoces
	☐ Transcripciones	☐ Publicar en el Portal
		☒ Trámite Correspondiente

ACUERDO 686-2002-2003/CONSEJO-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO

15 AGO 2017

RECIBIDO

Firma: ..... Hora: 11:00 a.m.

De cumplir con los requisitos iii)

JAVIER ANGELES ILLMANN
Director General Parlamentario (e)
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

REVISADO POR: DGP PPC
FECHA: 11/8
HORA: 3:02

DEPARTAMENTO DE RELATORÍA, AGENDA Y ACTAS		URGENTE ☐		IMPORTANTE ☐	
Área de Despacho Parlamentario	☐	Atender	☒	Agregar a sus Antecedentes	☐
Área de Redacción de Actas	☐	Tramitar	☐	Junta de Portavoces	☐
Área de Relatoría y Agenda	☐	Conocimiento y Fines	☐	Consejo Directivo	☐
Área de Trámite Documentario	☒	Elaborar Informe	☐	Comisión Permanente	☐
		Conformidad VºBº	☐	Licencia	☐
		Otros			

CÉSAR DELGADO GUEMBES
Jefe (e) del Departamento de Relatoría, Agenda y Actas
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ministerio Público
Fiscalía de la Nación

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR EL ARTÍCULO 425 DEL CÓDIGO PENAL E INCLUIR EL INCISO 6 PARA CONSIDERAR A LOS ÁRBITROS COMO FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS SIEMPRE Y CUANDO ENTIDADES U ORGANISMOS DEL ESTADO, INCLUIDAS LAS EMPRESAS DEL ESTADO O SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMPRENDIDAS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, FORMEN PARTE DE LA CONTROVERSIAL ARBITRAL

El Fiscal de la Nación que suscribe, **PABLO WILFREDO SÁNCHEZ VELARDE**, en ejercicio de su derecho de iniciativa que le confiere el artículo 159° inciso 7 de la Constitución Política del Estado, concordado con los artículos 4° y 66° inciso 4 del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público; y el artículo 8° literal f) del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público; así como los artículos 75° y 76° inciso 4 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente:

MINISTERIO PÚBLICO V°B° Dr. PABLO SÁNCHEZ VELARDE Fiscalía de la Nación

I.- FÓRMULA LEGAL:

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE MODIFICAR EL ARTÍCULO 425 DEL CÓDIGO PENAL E INCLUIR EL INCISO 6 PARA CONSIDERAR A LOS ÁRBITROS COMO FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS SIEMPRE Y CUANDO ENTIDADES U ORGANISMOS DEL ESTADO, INCLUIDAS LAS EMPRESAS DEL ESTADO O SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMPRENDIDAS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO, FORMEN PARTE DE LA CONTROVERSIAL ARBITRAL

Artículo 1°. Objeto

La presente Ley tiene por objeto fortalecer la lucha contra la Corrupción en la Administración Pública.

Artículo 2°. Finalidad

La finalidad de la presente Ley es considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos de acuerdo al marco establecido en el artículo 425 del Código Penal

Artículo 3°. Modificación del artículo 425 del Código Penal (Funcionario o servidor público), cuyo texto será el siguiente:

"Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son 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 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.

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 designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

MINISTERIO PÚBLICO V°B° Dr. PABLO SANCHEZ VELARDE Fiscalía de la Nación

7. Los árbitros, siempre y cuando entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral.

8. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."

II. Exposición de motivos

2.1.- Arbitraje

Debe resaltarse la importante labor que cumplen los árbitros en nuestro país en la resolución de conflictos, "(e)n términos generales, se puede señalar que el arbitraje "Es la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que con ocasión de dicha resolución, se suscitan sobre derechos arbitrables. Constituye un método de resolver extrajudicialmente controversias en virtud del cual las partes acuerdan mediante convenio arbitral someter la solución de determinados conflictos [...], a la decisión vía laudo arbitral de uno o varios terceros denominados árbitros imparciales y ajenos a las partes y no integrado en un órgano judicial estatal (...)"[12]

MINISTERIO PÚBLICO
VºBº
Dr. PABLO SÁNCHEZ VELARDE
Fiscalía de la Nación

"La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje comprende el respeto de los principios constitucionales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, que todo órgano de la administración de justicia debe observar. Asimismo, el arbitraje no se encuentra exceptuado de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, pues el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino por el contrario como una alternativa excepcional que complementa al sistema judicial para la solución de las controversias. De esta manera, constituye un mecanismo básico y esencial de solución de controversias tanto en el ámbito de la contratación nacional como internacional"[13].

En este sentido el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que "(...) De acuerdo con el Artículo 138º de la Constitución Política del Perú: *"La potestad de administrar justicia*

[12]Contraloría General de la República, "*El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003- 2013*", Departamento de Estudios Contraloría General de la República, p.35 .

[13] Ibídem

emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes". A su turno el artículo 139º inciso 1) de la misma norma fundamental, prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, *"La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional"*, quedando claramente establecido que *"No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral"*

A partir de lo establecido por la norma fundamental, *"el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional"* (STC6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, *"este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria"*(STC6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).

MINISTERIO PÚBLICO V°B° Dr. PABLO SÁNCHEZ VELARDE Fiscalía de la Nación

Sin embargo, de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, *"la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso"*(STC6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco

respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona (...)"[14]. Ejerciendo los árbitros una función jurisdiccional y especial, asimismo se encuentra regulado en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado y el Decreto Legislativo 1071 "Ley General del Arbitraje" y sus modificatorias.

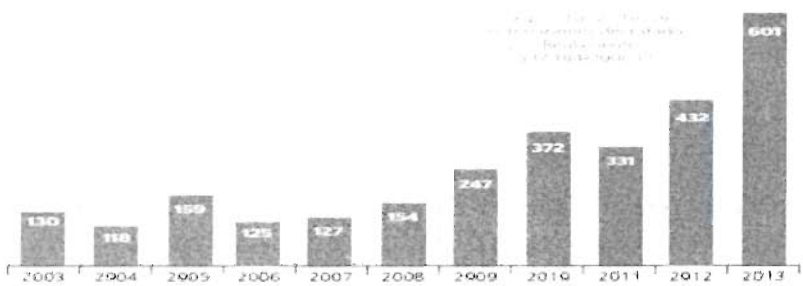
2.2. Arbitraje y Estado

Las entidades estatales se someten a las clausulas arbitrares constantemente, estando regulada en tema de contrataciones conforme a la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N°30225) y su reglamento.

Ahora bien, conforme a un estudio realizado por la Contraloría General de la República de los arbitrajes en las contrataciones públicas (2003-2013) ha ido aumentando paulatinamente.

MINISTERIO PÚBLICO V°B° DR. PABLO SÁNCHEZ VELARDE Fiscalía de la Nación

En ese estudio se señaló que tomando en cuenta las limitaciones respecto a la disponibilidad del total de la información de los laudos arbitrales para el período 2003-2013, se han registrado en el portal web del OSCE 2 796 laudos arbitrales, pasando de 130 en el año 2003 a 601 laudos en el año 2013 (a diciembre), como se muestra en el siguiente gráfico[15]:



Fuente: Laudos arbitrales registrados en el portal web del OSCE al 31 de diciembre de 2013
Elaboración: Departamento de Estudios CGR

[14] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (Caso Minera María Julia), considerando 10, 11, 12 y 13.

[15] Contraloría General de la República, "*El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003- 2013*", Departamento de Estudios Contraloría General de la República, p.48

Sobre la información elaborada por la Contraloría General de la República se hace mención que de la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003-2013, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% (1 969) del total de laudos. Los resultados favorables sólo representan el 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transaccionales[16].

2.3. Arbitraje y Corrupción

La Corrupción es un problema estructural que afecta la legitimidad del Gobierno, distorsiona los sistemas económicos-financieros, constituyendo el factor más grave que afecta a la sociedad, puesto que desincentiva inversión en políticas públicas, generando más pobreza a los menos favorecidos. Siendo por ello un problema transversal de la sociedad.

MINISTERIO PÚBLICO
V°B°
Dr. PABLO SANCHEZ VELARDE
Fiscalía de la Nación

En este contexto, resulta sintomático que en el Perú, en los últimos años se esté generando ganancias ilegales a favor de empresas, personas naturales, entre otras con resultados desfavorables de arbitrajes en perjuicio del patrimonio estatal, mucho de ellos con la actitud dolosa de los árbitros que conocen la controversia. Ejemplo de ello, podemos mencionar casos como el de Orellana, o últimamente de la empresa Odebrecht.

Así recientes investigaciones estiman que *"Odebrecht le habría ganado al Estado Peruano al menos unos US$ 254'656,753.00 (Doscientos Cincuenta y Cuatro Millones Seiscientos Cincuenta y Seis Mil Setecientos Cincuenta y Tres con 00/100 Dólares Americanos) en 35 de 42 arbitrajes llevados a cabo entre el 2003 al 2016"*[17].

Ahora bien, no es que el Estado no pueda perder un arbitraje, sino la forma de cómo se suscita, es reprochable, con actitud dolosa entre árbitros, empresas e incluso los propios funcionarios y servidores públicos quienes utilizan este medio de resolución de controversias para su propio beneficio, causando perjuicio económico a las entidades del Estado.

---

[16] Contraloría General de la República, Op.cit, p. 74

[17] IDL Reporteros: *"Arbitrajes a la Odebrecht"*. En el sitio web: https://idl-reporteros.pe/arbitrajes-a-la-odebrecht-lavajato/ (Consultado el 20 de mayo de 2017)

2.4. Concepto de Funcionario Público o servidor público en el Derecho Penal

Debemos señalar que en el Derecho Administrativo no se considera funcionario público al árbitro, tampoco expresamente lo considera el Derecho Penal originando una suerte de impunidad, por lo que resulta necesario establecerlo expresamente en el artículo 425 del Código Penal.

En esta instancia debemos precisar que el concepto de funcionario o servidor público que maneja el Derecho Penal es más amplio que lo señalado por el derecho administrativo, siendo un concepto normativo[18] que debe estar definido legalmente.

El actual artículo 425 del Código Penal considera como funcionario o servidor público a: i) Los que están comprendidos en la carrera administrativa, ii) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, iii) 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, iv) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, v) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, vi) Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades, vii) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

MINISTERIO PÚBLICO V°B° Dr. PABLO SANCHEZ VELARDE Fiscalía de la Nación

En este sentido, "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"[19].

Es por ello que se propone que expresamente se considere como funcionario o servidor público a los árbitros siempre y cuando entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta

---

[18] EDGARDO ALBERTO DONNA, Derecho Penal, Parte Especial III, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p.29

[19] Casación N° 634-2015/LIMA, Sala Penal Transitoria, considerando primero.

comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral.

Esto por la sencilla razón que al resolver una controversia arbitral los árbitros están ejerciendo una función jurisdiccional -excepcional y especial-, además se delimita a las controversias estatales porque el derecho penal no puede sancionar cualquier conducta solo las más grave conforme al *principio de última ratio*. Debemos recordar que nuestro actual código penal sanciona de manera no sistemática a los árbitros en los delitos contra la administración pública (así los artículos 386 y 395 del Código Penal), resultando coherente esta propuesta de modificación del artículo 425 del Código Penal con lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción que en su artículo IV define como actos de corrupción *"(...)La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero (...)".*

MINISTERIO PÚBLICO V°B° DR. PABLO SÁNCHEZ VELARDE Fiscalía de la Nación

Finalmente, debemos acotar que proyecto similar fue presentado en noviembre de 2014 (Proyecto de Ley N° 4029/2014-CR), el mismo que se anexo a la Reforma del Código Penal con opinión favorable.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación del presente proyecto de ley de modificar el artículo 425 del Código Penal, el cual debe estar vigente en todo el país al día siguiente de la publicación en el diario oficial El Peruano posibilita tener normas claras y precisas que beneficiará la lucha contra la Corrupción en el presente contexto social, lo cual además permitirá evitar la impunidad de conductas dolosas de los árbitros.

IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La legislación penal vigente contiene diversos problemas de aplicación y metodología práctica por parte de los actores involucrados, la misma que no se reduce únicamente a la intervención de los jueces, fiscales, abogados, procuradores públicos sino también a la ciudadanía en general, como destinatarios principales de la norma.

La aprobación de esta iniciativa legislativa conllevará a un beneficio sustancial en los actores involucrados con esta reforma. En un caso, los fiscales tendrán una herramienta para imputar a los árbitros como funcionario o servidor público, siendo una respuesta del Estado frente a la Corrupción.

La ventaja de contar con un Código Penal que supere todas esas falencias es mayor al costo que involucra mantener una legislación penal indeterminada e ineficaz en la práctica. La seguridad y predictibilidad de las normas como fundamento de certeza y coherencia normativa sobre la cual se guía la presente propuesta de modificatoria del Código Penal, generará un impacto positivo en nuestro ordenamiento jurídico y en la población en general.

La presente iniciativa legislativa no origina gastos ni mayor presupuesto al Estado. El beneficio en cuanto a la modificación es establecer una normativa que garantice la eficiencia en la lucha contra la Corrupción Pública.

Lima, 9 de agosto de 2017

Dr. Pablo Sánchez Velarde
FISCAL DE LA NACIÓN