



Proyecto de Ley N° 9528/2024-CR



PROYECTO DE LEY QUE PRECISA LOS ALCANCES DE LOS ARTÍCULO 384 y 399 DEL CÓDIGO PENAL, DECRETO LEGISLATIVO 635, A FIN DE FORTALECER EL SISTEMA DE JUSTICIA

El Grupo Parlamentario PERÚ LIBRE, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado y conforme lo establecen los artículos 22°, 75° Y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE PRECISA LOS ALCANCES DE LOS ARTÍCULO 384 y 399 DEL CÓDIGO PENAL, DECRETO LEGISLATIVO 635, A FIN DE FORTALECER EL SISTEMA DE JUSTICIA

Artículo 1. Objeto y finalidad.

La presente ley tiene por objeto preciar los alcances de los artículos 384 y 399 del Código Penal, Decreto Legislativo 635; con la finalidad de fortalecer el sistema de justicia.

Artículo 2.- Modificación del artículo 384 del Código Penal, Decreto Legislativo 635.

Se modifican los artículos 384 del Código Penal, Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:

“Artículo 384.- Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo de forma activa y directa, 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, según ley, concierte con los interesados y defraudare de forma idónea, efectiva y materialmente al Estado o cualquier entidad pública, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años; e inhabilitación durante la ejecución de la sentencia, en aplicación de lo previsto en los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si la concertación recae, sobre programas sociales con fines asistenciales o el agente se aproveche del estado de calamidad o emergencia sanitaria debidamente decretada, la pena será impuesta no menor de 10 a 15 años.

Al particular quien, sin tener ningún vínculo funcional con ninguna entidad pública o mixta, se haya concertado con el funcionario o servidor público, se le impondrá la misma pena privativa de libertad que a éstos”.

Artículo 3.- Modificación del 399 del Código Penal Decreto Legislativo 635

Se modifica el artículo 399 del Código Penal, Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:

“Artículo 399.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público con competencias de decisión específica, se interesa indebidamente y de forma directa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación en ejecución de condena conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Lima, noviembre del 2024

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE PROPUESTA

1.1 Sustento de la modificación del artículo 384 Código Penal, Decreto Legislativo 635.

Si etimológica y jurídico-penalmente, colusión significa acuerdo o pacto ilícito entre sujetos públicos -intra-neus- y terceros particulares -extra-neus- en perjuicio del Estado, entonces, estamos ante una figura ilícita de resultado (y no de peligro o mera actividad).

Por qué debe modificarse el art. 384 CP. La razón es porque desde su origen estuvo mal estructurado, objetiva y subjetivamente su redacción ha sido deficiente e imprecisa, lo cual, en la práctica jurisprudencial ha originado trabas para su correcta aplicación, pues, la naturaleza del fraude es de carácter general.

Como sabemos, por tratarse de una norma penal abierta (no cerrada) choca con el principio de legalidad penal, y, además, por evidenciar una tipicidad imprecisa y contradictoria. Así, por ejemplo: ¿Se trata de cualquier operación a cargo del Estado? ¿Qué pasa si no hay concierto, pero existe perjuicio? ¿Si hay concierto, pero no se produce perjuicio? Para solucionar tales casos, no se podría llegar al absurdo "ampliando la tipicidad y sancionando por tentativa de colusión". Estas y otras hipótesis más darían pie a negar y/o no pasarse del ámbito del derecho administrativo disciplinario sancionador (F. Rojas Vargas. Delitos contra la Administración Pública).

En otro ángulo de la crítica académica está la de Peña Cabrera, para quien la figura de la colusión revelaría una especie de mixtura entre los delitos de malversación de fondos públicos y los delitos de cohecho, al menoscabar las arcas del Estado, y a la vez, manifestar sobornos. Sería un cohecho específico por el ámbito donde se toma lugar (Peña Cabrera, Alonso. Derecho Penal. Parte Especial).

Para la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera la colusión es un delito de "participación necesaria". Y respecto a la tipicidad objetiva, la jurisprudencia es uniforme al señalar que, "si falta el perjuicio patrimonial" (por más que sea indebida la concertación) no habrá colusión. Por tanto, no toda negociación entre intra-neus y extra-neus ha de entenderse como colusión ilegal, pues, pueden existir pérdidas por

rnala gerencia -como todo negocio privado-, en cuyo caso, la existencia o no de responsabilidad administrativa se determinará en el fuero administrativo.

La idoneidad delictiva. La particularidad de la conducta colusoria implica que debe ser "idónea", efectiva y trascendente para perjudicar el patrimonio del Estado, "idoneidad" que no debe entenderse en sentido simplemente causal o de generalizaciones (art. IV TP CP: principio de lesividad).

Es necesario que el acuerdo venal sea en condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber logrado en ese momento mediante una buena labor de negociación (P. García Caveró. Aspectos esenciales del delito de colusión desleal).

Bien jurídico. La exigencia de idoneidad de la conducta colusoria guarda relación con la naturaleza del bien jurídico tutelado, el mismo que, a criterio del Tribunal Constitucional es: "el bien jurídico hay que reconducirlo al deber que tiene el sujeto público de ser el guardián del patrimonio estatal en los procesos de adjudicación, etc.: un bien jurídico funcionalizado, no fosilizado. El patrimonio no ha de ser visto desde el prisma del derecho civil, sino un patrimonio vinculado al deber y cargo del agente público. En esa línea se declaró inconstitucional el extremo del art. 384 del CP que contiene la frase "patrimonialmente" (Exp. 0017-2011-TC-PI-TC).

Esta contextualización del bien jurídico tiene sentido, puesto que, además del sujeto pasivo que es el Estado, podría darse también la hipótesis de "agraviados materiales" consistentes en los "otros" empresarios que hubieren intervenido confiando en la transparencia del proceso de licitación pública, concursos públicos o selección directa. El elemento subjetivo. El concierto desleal es con dolo directo, un comportamiento activo y efectivo. Es impensable el dolo eventual.

El delito de colusión es un delito de encuentro el cual requiere necesariamente de la concertación para defraudar patrimonialmente al Estado, la participación necesaria del *intrañeus* quien es el funcionario o servidor público con el *extraneus* quien es el sujeto activo que no tiene la condición de funcionario o servidor público y que no pertenezca a ninguna entidad pública o mixta. Esto implica que no es posible imputar delito de colusión, los acuerdos concertativos entre funcionarios o entre entidades públicas o mixtas.

Es así que, los delitos de colusión fue objeto de múltiples observaciones, cuestionamiento y aclaraciones en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, es importante abordar estos temas y superarlo con la finalidad de hacer efectiva la persecución penal de los hechos colusorios. Abanto Vásquez resalta lo siguiente:

“Por otro lado hay que decir que aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien “inspirándose” en distintos modelos extranjeros, los ha recepcionado en el Código Penal peruano sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la Administración Pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de “corrupción de funcionarios” a la negociación incompatible (art. 397), ¿por qué prever la figura española de “fraudes a la administración” en el artículo 384”? Son figuras muy similares y deberían excluirse una de la otra”¹

Es de tener presente que los actos omisivos no constituyen o forman parte de un acto colusorio tal como tanto en la doctrina y múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Sala Penal Permanente, mediante Recurso de Nulidad N° 1969-2012/Libertad, emitido el 16 de enero del 2014, en su considerando quinto ha establecido concretamente lo siguiente:

QUINTO: Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra los arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera

3

¹ <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-AnalisisTipicoDelDelitoDeColusionYSuTratamientoJur-8054434.pdf>

comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que sólo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser posibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado.

A lo mencionado, es de precisar que, en la doctrina diversos juristas, precisaron que la "concertación" solamente puede realizarse de manera comisiva, pues "no es posible una "concertación" o colusión mediante una "omisión" pues los actos típicos de defraudación colusoria requieren de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, de sobrevaluar los precios ofertados, así como de las sumas acordadas, etc., en la mismo razonamiento es de tener presente que, el delito de colusión simple, es un delito de mera actividad o no, importa mucho para poder interpretar la intervención omisiva del funcionario. Si el delito de colusión es un delito de mera actividad, solo bastaría el acto de pactar o convenir condiciones defraudatorias en la compra, adquisición, prestación de servicios, o selección del proveedor, consultor, o ejecutor, para entender consumado el delito. Es decir, no sería necesario siquiera que este acto realmente se plasme en un acto o decisión administrativa, como sería el otorgamiento de la buena pro, la adenda al contrato, la autorización para la emisión del adelanto, el informe que exhorta a no aplicarles penalidades a la empresa, etc.²

1.2 Sustento de la modificación del artículo 399 Código Penal, Decreto Legislativo 635.

En cuanto al artículo 399 del Código Penal esta contiene una tipicidad adelantada. Esta figura supone un adelantamiento de las acciones de intervención punitiva del Estado al no exigirse la acreditación del fraude entre intraneus y extraneus y, la producción de un perjuicio efectivo al Estado, por lo que se considera como un delito de peligro. La vinculación con la figura de colusión del art. 384 CP es evidente, puesto que comparten

² https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-y-jurisprudenciales/#_ftnref38

el mismo escenario de la contratación administrativa pública, siendo que la colusión es un tipo penal de resultado. Muchos estiman que esta figura está demás puesto que ya tiene asiento en el cohecho activo genérico (art. 397 CP). (ver. Sentencia de Revisión N°188-2018-SPN).

La propuesta de modificar el aludido artículo, tiene su sustento en atención a que el hecho que condena como delito de negociación incompatible, debe ser aquellas conductas que se interesa de forma directa en la decisión final de la operación u contrato que interviene pro razón de su cargo, esto implica que no se puede condenar a los actos sucedáneos que simplemente se limitan a cumplir su rol funcional y que no tomaron la decisión final, del mismo modo se elimina la posibilidad de que, en estos tipos de delitos pueden cometerse a través de actos omisivos.

La propuesta legislativa, toma como referencia lo dispuesto por la doctrina mayoritaria y los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República, específicamente, tomando como referencia lo dispuesto por la Segunda Sala Penal Transitoria, recaído en la CASACIÓN N° 67-2017 LIMA; el cual lo reproducimos textualmente a continuación:

“Cuadragésimo sexto. El tipo penal, sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. En este sentido, el sujeto activo de este delito será solo quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública, ello permitirá que su conducta califique en el tipo penal.

Cuadragésimo segundo. En este sentido, la normativa es clara en definir estas tres modalidades, las mismas que se realizarán con motivo de la intervención del servidor o funcionario, en una determinada obra o contrato. Respecto a la modalidad de comisión de este delito; la doctrina mayoritaria, se ha decantado por afirmar que dicha intervención solo puede materializarse a través de una acción positiva; tomando como referencia a lo referido por CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de negociación incompatible. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 506.

Cuadragésimo tercero. Al respecto, este Supremo Tribunal, considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a “interesarse directamente e indirectamente”: solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo “interesarse por acto simulado”; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible, no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse como un defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal.

Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.

Cuadragésimo quinto. En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad número dos mil setecientos setenta-dos mil once, de doce de septiembre de dos mil doce, señaló: *“Cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe Favorable del Supervisor de la Obra, no constituye, por sí solo, un indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible”.*

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta legislativa es coherente con lo dispuesto en el Art. IV del Título Preliminar del código penal, el cual regula el principio de lesividad, donde menciona que; “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos

tutelados por la ley”, en esa medida se propone la modificación del Art. 384 y 399 del código penal, con lo que se precisa, la persecución de los delitos sobre colusión simple y agravadas, así como el delito de negociación incompatible.

III. ANÁLISIS - COSTO BENEFICIO

La aprobación y promulgación de la presente propuesta de Ley, no le significará ningún tipo de gasto al erario nacional; contrariamente con la aprobación de la presente propuesta se fortalecerá la persecución de las conductas vinculadas a la concertación ilegal, y la determinación precisa de la conducta penalmente reprochable. Otro beneficio importante que trae la propuesta legislativa es evitar condenas por hechos que no corresponde al delito de colusión o negociación incompatible, otro beneficio importante de la propuesta legislativa. En esa medida se busca fortalecer la condición de *ultima ratio* del derecho penal.

IV. VINCULACIÓN AL ACUERDO NACIONAL.

La presente iniciativa legislativa se encuentra conforme a la “Política N° 1: Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho”, el cual tiene como uno de sus objetivos “defender el imperio de la Constitución asegurando su funcionamiento como Estado constitucional unitario y descentralizado, bajo los principios de independencia, pluralismo, equilibrio de poderes y demás que lo integran”; ello debido a que las normas que se están modificando permitirán una correcta aplicación del Derecho ante vacíos existentes en el cuerpo jurídico penal, así como la adecuación de estas al ordenamiento constitucional en el marco un Estado Constitucional de Derecho.

Asimismo, se encuentra conforme a la “Política N° 28: Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial” mediante lo cual se busca garantizar el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz y la autonomía, independencia y el presupuesto del Poder Judicial, así como regular la complementariedad entre éste y la justicia comunal. Asimismo, nos comprometemos a adoptar políticas que garanticen el goce y la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia.”

V. VINCUALCION CON LA AGENDA LEGISLATIVA

Mediante Resolución Legislativa N°006-2024-2025-CR, el Congreso de la República aprobó la Agenda Legislativa para el Período Anual de Sesiones 2024-2025, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 02 de noviembre de 2024; en razón a ello, la presente iniciativa legislativa tiene relación con:

“Política N° 1: Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho” encontramos los temas/proyectos: “1. Fundamentos de los órganos y organismos del Estado”

“Política N° 28: Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial” encontramos los temas/proyectos: “97. modernización y acceso a la justicia” y “98. modificación en tramites legales y en procedimientos judiciales y procesos administrativos”