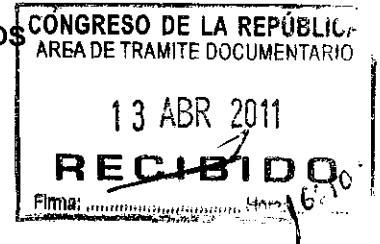


COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

PERÍODO ANUAL DE SESIONES 2011



Señor Presidente:

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos ha recibido para dictamen el proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ presentado por el Poder Judicial que propone modificar los artículos 376°, 384°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal.

I. SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ.

El Proyecto del Poder Judicial postula que se modifique los artículos 376°, 384°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal, realizándose así una reforma de los delitos contra la Administración Pública, en aras de mejorar la redacción de los diversos tipos penales, a efecto de compatibilizarlos con los principios de legalidad; afectación de bien jurídico; subsidiaridad y fragmentariedad. Por otro lado, se busca adecuar la normatividad existente con los compromisos internacionales asumidos por el Perú, al ser parte de diversos tratados internacionales. Al respecto, se propone tipificar la conducta del soborno internacional, tanto en su forma activa como pasiva.

II. SITUACIÓN PROCESAL

El 8 de febrero del 2011, la Junta de Portavoces dispuso al presente proyecto de Ley del trámite de Comisión y pasó a la Comisión Permanente, incluyéndolo en la agenda de la sesión de la Comisión Permanente del 10 de febrero del 2011.

Luego de la exposición, varios congresistas solicitaron que se devuelva a Comisión de Justicia para un mejor estudio y que para tal efecto, se invite al Presidente del Poder Judicial, para que pueda sustentar ampliamente dicho proyecto de Ley.

Para tal efecto se realizó la invitación correspondiente al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y en respuesta, se recibió el Oficio N° 1619-2011-SG-CS-PJ, por el que se designó al Juez Supremo Titular doctor Víctor Prado Saldarriaga, para que asista a sustentar dicho proyecto de Ley. La sesión se realizó el 1 de marzo del 2011.

En la sesión de Comisión del 29 de marzo del 2011, el presente dictamen se aprobó por UNANIMIDAD de los presentes.

III. MARCO NORMATIVO

Código Penal

Artículos 376°; 384°; 387°; 388°; 389°; 400° y 401°.

IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

En tanto la regulación legal peruana de los delitos de "infracción de deber" - categorización conceptual propuesta por Claus Roxin, en 1983, y dominante en la actualidad- presenta una redacción legislativa que lo retrotrae al año 1991 (con excepción de la importante reforma producida en los delitos de corrupción en el año 2004, a través de la ley 28355), inclusive varios de sus artículos obedecen a la lógica de construcción legislativa del Código penal de 1924, se comprende la necesidad que la política criminal del Estado, en sede del Congreso de la República, centre ahora su interés en modernizar los tipos penales que dan cuenta de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, ajustando sus tipologías a una más racional intervención criminalizadora-punitiva y dosificando legalmente penas con mejores criterios de proporcionalidad abstracta, a efectos de otorgar así una más enfática y razonable tutela penal a los valores e intereses jurídicos protegidos.

Por tanto es correcto pretender una modernización del Derecho Penal peruano y ello concretado en propuestas legislativas como la presente, sin embargo esta expansión y modernización del Derecho Penal debe ser acorde con los principios constitucionales y político criminales que garanticen un no exceso e intromisión del derecho penal en esferas que no son de su competencia, dado que vivimos en un Estado social y democrático de Derecho y es inaceptable políticas intervencionistas, volviendo al derecho penal como mecanismo de *primera ratio*, y entender la sociedad como un sistema autopoietico, en aplicación de un derecho penal del enemigo, cuando la evolución social, política y cultural exige una vuelta a los principios liberales del Derecho Penal. Por lo que se debe luchar sí contra la corrupción pero no mediante propuestas irracionales de la realidad que generarían un precedente de flexibilización de garantías que podrían afectar posteriormente a los ciudadanos.

La propuesta de reforma planteada en el Proyecto de ley bajo estudio se orienta a realizar las siguientes modificaciones:

1. Tipo penal de Abuso de Autoridad (art. 376)

El tipo penal de abuso de autoridad genérico, previsto en el artículo 376°, conforme la propuesta es reformulado al sustituirse la frase "acto arbitrario cualquiera", por "acto arbitrario que cause **un grave** perjuicio a alguien", justificando que el cambio no es meramente terminológico sino que tiene relación con la observancia del principio de subsidiaridad y fragmentariedad. Se excluye así de la redacción que acompaña a la arbitrariedad el adjetivo "cualquiera" y se agrega el término "grave" al perjuicio. Se sustituye la pena de dos años (pena máxima) por un extremo mínimo de tres años de privación de la libertad, sin señalar el límite superior de sanción.

Análisis

Es correcto eliminar la indeterminada alusión al acto arbitrario cualquiera, de modo que la regulación de la arbitrariedad derivada del acto funcional abusivo cometido por el funcionario prescinda del adjetivo cualquiera. Ello le permite al operador jurídico una mejor pauta de interpretación del acto arbitrario en su relación con el acto abusivo y el perjuicio ocasionado a tercera persona

El criterio de gravedad del perjuicio, trae obviamente problemas de definición, pues al ser el art. 376 un tipo penal genérico y subsidiario, es difícil precisar el contenido

y los límites de la gravedad. No obstante, debe entenderse que los casos de perjuicio no grave son materia de dilucidación administrativa, en invocación del principio de *ultima ratio* que orienta la injerencia punitiva. Es bueno precisar, igualmente, que al someterse a la valoración de grave la conducta abusiva por parte del funcionario público, ello podría permitir que conductas realmente graves puedan quedar impunes toda vez que será el justiciable quien deba probar en vía de investigación preliminar y en la investigación preparatoria (conforme el Nuevo Código Procesal Penal), el carácter grave de su perjuicio, con lo que se estaría invirtiendo las obligaciones probatorias por quien denuncia un hecho y termina siendo frustrado en sus expectativas de justicia material. Ello dado que el Ministerio Público pocas veces asume un rol eficiente en la carga de la prueba y termina siendo el justiciable quien deba asumir ese rol a través de institutos procesales como el de la constitución en actor civil (conforme el Código Procesal Penal de 2004 –arts. 98 y ss.-). **Razón por la cual se prescinde de esta acotación efectuada al perjuicio**

M En cuanto a la pena planteada colocando el máximo de la misma, ello evidencia un craso error en la determinación legal de pena; no sólo porque tiene que colocarse el extremo máximo de pena, sino porque 3 años es la pena sugerida más alta para los delitos de abuso de autoridad, que en total son 6 (del 376 al 381). Incrementar pena al 376 supone también incrementarlo para los delitos específicos del 377 al 381, o por lo menos diversificar penas en dichos tipos penales.

En suma, no se acepta el criterio de gravedad en el perjuicio. En cuanto la pena máxima de tres años, si bien resulta proporcional a la magnitud del delito hay que tomar en cuenta que ella debe suponer también el incremento de las otras modalidades de abuso de autoridad nominados. En la orientación del texto sustitutorio, se acepta entonces el aumento de la pena pero en el extremo máximo, que quedaría fijado en tres años, y se desatiende la propuesta de incorporar el criterio de gravedad exigido al perjuicio.

2. El Tipo Penal de Colusión (art. 384 del C.P)

El delito de colusión es reformulado en varios aspectos: Se afirma una autoría amplia, sin vinculación a las razones del cargo o comisión especial. La conducta típica, a nivel de verbo rector, se lo identifica con el término simple de colusión y no con el de concertación, pues dicho término contiene ya la idea del acuerdo ilícito entre el funcionario o servidor público y el tercero interesado, cuya participación es necesaria para la comisión del delito. El contexto en el que se realiza dicho acuerdo colusorio, es el de cualquier fase de los procesos de contratación o adquisición pública de bienes y servicios. Se suprime la mención a los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros. Se aumenta la pena en su extremo mínimo a cuatro años de privación de libertad.

Analisis

Con la nueva redacción propuesta de la figura penal del delito de colusión se produce una radical reforma que se separa de la técnica de construcción legislativa actualmente vigente, para hacer del delito de colusión un delito de peligro y de amplia injerencia punitiva. Más aun si tomamos en cuenta que se suprime la mención a los momentos consumativos del delito, es decir, los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros, a que alude el artículo 384 en su parte final y con

ligeras modificaciones se sigue manteniendo la alta penalidad establecida para dicho delito.

Ampliar la criminalización de los actos de colusión para comprender como delictivos actos que –incluso- se inicien en el momento de la generación de la necesidad, el requerimiento; la convocatoria; la presentación de propuesta; la evaluación, etc, implicaría una injerencia punitiva que dejaría sin piso a, los ámbitos de relevancia administrativa reguladas por el organismo de control supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE) y los propios mecanismos de control interno y externo de las reparticiones públicas. Igualmente flexibilizar con mayor criminalización la autoría en delito de colusión, al suprimir la vinculación por razón del cargo o comisión especial, para enfatizar la intervención directa o indirecta, tal criterio político criminal se vincula más con un derecho penal de máxima injerencia que con uno de intervención racional y razonable.

“Para defraudar al Estado”, modelo explícitamente incorporado, con la fórmula propuesta a imagen de la fórmula legal española, será la piedra de toque para dar por consumado el delito, en una suerte de adivinanza incierta sobre dicha circunstancia o voluntad de los agentes. Sin embargo lo más trascendente de la reforma postulada radica en que dicha tendencia “para defraudar” se lo localiza en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, con lo que se abre el tipo penal en una cacería de brujas en forma desmesurada a las acciones administrativas de los procesos de selección y no a los cuatro momentos en los que el delito se consuma (convenios, ajustes, liquidaciones o suministros), tal como lo regula la fórmula actual y vigente de Colusión desleal.

Por lo demás la pena no guarda proporción con un delito de peligro abstracto en el ámbito de no lesividad efectiva del bien jurídico protegido “administración pública”, si lo relacionamos por ejemplo con el peculado, delito de resultado material de lesión, cuya pena va de 2 a 8 años de privación de libertad. A lo que se agrega los impracticables ejercicios de dosificación de pena en los que se le colocaría al Juez a los efectos de obtener una pena justa y concreta ante un delito de colusión sin lesión a los intereses patrimoniales del Estado, con extremos conminativos tan abiertos de 4 a 15 años.

Es preocupante como se quiere regular la colusión, pues por ejemplo la invitación a una empresa descalificada, puede ser vista como una colusión, la elaboración no técnica de las bases de referencia puede ser vista como colusión, las infracciones administrativas consentidas por el funcionario, puede ser vista como colusión. Por lo demás, cualquier funcionario podría ser imputado por este delito, ya no solo el funcionario que interviene por razón del cargo o comisión especial (como dice el texto vigente del 384), pues la norma propuesta indica que interviene directa o indirectamente. Dado que el proyecto pretende asimilar nuestra legislación al modelo español, el cual en su artículo 436° establece una fórmula similar¹. Con lo

¹ Artículo 436°. Código Penal (ESPAÑA). La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o

que pretende zanjar una vieja polémica en la doctrina penal peruana y jurisprudencial en la que no se ponían de acuerdo respecto de la tesis de un delito de peligro o de un delito de resultado para la colusión. Discusión que incluso, llevó al propio Poder Judicial, a tomar decisiones diversas y contradictorias, en varios casos conocidos, el último en la dirimencia (a cargo del Vocal Supremo SANTA MARIA), relativa al R.N. número 1097/2009 (PANCOBO RIVERA y Otros, por delito de colusión y peculado). Absolviendo por el delito de colusión por la ausencia de resultado lesivo contra el Estado en la estructura negocial del contrato de seguros para el ejército. Siendo que en el año 2009, en la lógica de los Plenos Jurisdiccionales penales de la Corte Suprema, fue imposible llegar a un acuerdo en este sentido toda vez que los Vocales Supremos se dividieron en considerar necesario para el delito de colusión, un resultado defraudatorio y no sólo un peligro de defraudación o un dolo defraudatorio (que es lo que pretende el anteproyecto de Ley). Relevar de prueba de resultado patrimonial defraudatorio para el Estado (a través de pericias por ejemplo). Así también el perjuicio es el elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño. Es de vital importancia para verificar el perjuicio los informes y dictámenes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial². Es un elemento típico pues el perjuicio a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público y el interesado.

Por lo que si se admitiera una modificación en este sentido, de un delito de resultado, que es como está escrito el Código Penal actual, no sería necesaria la actividad probatoria relativa al perjuicio patrimonial contra el Estado. Bastaría acreditar los actos de concertación previa del funcionario con los interesados, en diversas formas, y con ello se podría, incluso, presumir el ánimo defraudatorio, con lo que el tipo penal, anómalamente se vería completo.

Bajo estos parámetros críticos, no es de recibo modificar sustancialmente la estructura del tipo penal en la lógica de modificación planteada, sino más bien aclarar en buena forma estos vaivenes legislativos a fin que la judicatura deje de tener estos inconvenientes legales y, por vía de doctrina, deje de aplicar leyes penales extranjeras que en aun cuando estén escritas en Español, se corresponden con otras realidades normativas y de orden punitivo. En el último sentido expuesto. El de las realidades punitivas. Cuando el Código Penal español establece que el delito de colusión es un delito de peligro, se tiene dos variantes importantes a tomar en cuenta: En España, los beneficios penitenciarios no excluyen en su lógica de concreción material a los reos por los delitos de corrupción. Es decir, se aplican beneficios en grado penitenciario sin problema alguno de un dos por uno, conforme los cánones de respeto a los derechos fundamentales del reo y su progresiva resocialización. En Perú sin embargo, hemos retrocedido en esta lógica pues incluso se pretende retirar los beneficios penitenciarios y se pretende dejar sin efecto normativo alguno el carácter resocializador de la pena y atribuirle sólo fines retributivos antes que resocializadores. Así, la Ley 27770 (del cinco por uno). En España, la pena por delito de colusión no excede en su término máximo a diez años. Antes de la

entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años (redacción conforme LO 5/2010 de 22 de junio).

² ROJAS VARGAS, Fidel. "Jurisprudencia penal comentada. Lima Gaceta Jurídica, 1999, p. 404.

reforma de 2010, vía Ley Orgánica, era de seis años. En Perú, es entre tres años a quince Años. Con lo que en términos de proporcionalidad de pena, estamos ante un delito en verdad de resultado puesto que el resultado antes que el peligro, resulta de mayor gravedad y de mayor reprochabilidad lo cual si puede perfectamente endurecer una respuesta penal.

En este escenario de reforma al delito de concusión, se considera no feliz la propuesta. Planteándose en cambio, en el texto sustitutorio, un diseño legislativo que retoma los mejor de la fórmula actualmente vigente pero elimina la mención casuística de su redacción, cuando menciona los procesos de selección. Igualmente se enfatiza el criterio de lesividad material del delito, y se acepta el incremento del mínimo de pena, pero de 3 a 6 años de privación de la libertad.

3. El tipo penal de Peculado

La reforma se centra en introducir el referente patrimonial de valoración en los delitos de peculado doloso y culposo, esto es, cuando lo apropiado o utilizado sobrepase 2 Unidades impositivas Tributarias (peculado doloso) y dos remuneraciones mínimas vitales (peculado culposo). La reforma apunta igualmente a introducir el peculado por omisión (consentir el funcionario o servidor público que un tercero se apropie de bienes del Estado)

Las implicancias de la primera reforma dejan al ámbito administrativo las apropiaciones o utilización de bienes públicos que sean inferiores a dichos referentes patrimoniales.

Analisis

Resulta curioso como en este delito tan grave la pena sigue siendo la misma y se restringe la tipicidad con la cláusula del monto pecuniario. Es decir la Sala plena de la Corte Suprema opta aquí por exigir mayores criterios de lesividad material de los que se aparta en el delito de Colusión. Y hay que preguntarse qué pasa con las apropiaciones o utilizaciones de caudales o efectos que no llegan a las dos unidades impositivas tributarias (que superan los 7,200nuevos soles). ¿Tendrán que ser consideradas faltas o es que serán atípicas? Eso es lo que quiere la Corte Suprema, está propiciando o induciendo a apropiaciones "pequeñas". Hay que tomar en cuenta que a los particulares se les castiga por delito de hurto cuando sustraen bienes cuyo valor es superior a una remuneración mínima vital (600 nuevos soles a la fecha). De ser así donde queda la tesis de la infracción del deber, el Peculado pasaría a ser un delito patrimonial

Resulta igualmente extraño – en la lógica de redacción del Peculado que maneja la Corte Suprema- que se criminalice el peculado culposo con base a dos remuneraciones mímicas vitales y no así con las dos UIT. Se es más severo con el peculado culposo que con el Peculado doloso. Ello es contradictorio e irrazonable.

El criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para decriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilizaciones de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien

jurídico protegido.

En este escenario de reforma al delito de peculado, se considera no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio, que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias. Se incrementan tanto el extremo mínimo de pena del peculado doloso básico (2 a 4 años), como al crearse la modalidad agravada de peculado doloso en razón al monto de lo apropiado (6 a 10 años). Con estas cadenas de punibilidad segmentadas se posibilita al juzgador efectuar determinaciones de pena que tomen en cuenta las circunstancias que rodean la ejecución del delito como las condiciones personales del sujeto infractor. Se acepta la introducción del peculado doloso por omisión

4. El tipo penal de peculado de uso

Se orienta la reforma, en este punto, a introducir en la redacción legal del peculado la condición de afectación grave al servicio o función encomendada. Se hace asimismo énfasis que dicha afectación no será exigible en el caso que el peculado de uso sea cometido por el contratista de obra pública o sus empelados. Finalmente se anota el extremo mínimo de pena

Análisis

La reforma se orienta a restringir la tipicidad del delito y a posibilitar que los peculados de uso que no afecten gravemente a la función y al servicio queden atípicos penalmente para ingresar al ámbito de la injerencia administrativa. Llegamos, igualmente aquí, *ad simile* que con el abuso de autoridad, al problema de identificar el criterio de gravedad, al que se aludía en líneas arriba. Resulta sintomático que solo las afectaciones graves que se causen al servicio o función encomendadas, con la utilización de automotores, maquinas e instrumental de trabajo sean objeto de la lectura e intervención penal. Si bien el control administrativo tiene que jugar sus roles, cuando dichas utilidades de bienes públicos impliquen comportamientos dolosos, se entiende que la injerencia punitiva mantiene su ámbito de aplicación.

Como es obvio, este marco de gran discrecionalidad para los órganos de control administrativo de las reparticiones públicas, que se busca obtenerse con la reforma propuesta, al igual que en el caso del Peculado y la Malversación, resultan contrarios al ámbito de protección de la norma penal. Ello determina no aceptar la reforma planteada, salvo la regulación del extremo mínimo de pena.

5. El delito de malversación de fondos

La propuesta se resume aquí a restringir la tipicidad del delito al señalar que la afectación al servicio o la función sea grave.

Conforme la propuesta el criterio de gravedad es la afectación del servicio; máxime si dentro del contexto de una moderna administración de los recursos públicos es usual y hasta tolerada la aplicación distinta de una partida para salvar urgencias; circunstancias que han llevado incluso a la posición decriminalizadora de este tipo de conductas. Una posición intermedia como la propuesta es la de limitar la intervención penal a los casos de grave afectación del servicio.

Análisis

Tenemos que en la modificación de este tipo penal se busca descongestionar la administración de justicia, los procesos penales que se incoen por denuncias relativas a desviaciones presupuestales a partidas no aprobadas por el ente estatal.

El problema radica en el mismo fundamento planteado por el Poder Judicial de intentar reducir el tipo penal, a partir de una justificación pragmática de que se acepte desvíos partidas presupuestales, sin embargo esta flexibilidad en cuanto a la ejecución presupuestal por parte del ente estatal y hacer viable ejecuciones presupuestales al margen de los planes ya aprobados en la gestión, es peligroso, dado los altos índices de corrupción que existe en el Estado. Además cada entidad estatal recibe una partida presupuestal conforme haya justificado las necesidades, aceptar el hecho que tenga que desviar un fondo que tenía un destino de uso fijado y por el cual se aprobó a otro sería abrir una puerta de aprobación de actos de corrupción y falta de seriedad en la distribución del fisco.

Por tanto, el racionalizar el derecho penal como mecanismo de control social, bajo los principios de necesidad, fragmentariedad, no implica una inacción por parte del legislador de conductas sociales antijurídicas ya que no basta que sea la administración la que reaccione contra ella si no que, en determinados casos de insuportabilidad social y de actitud dolosa, tenga que ser el derecho penal, respetando el principio de lesividad del bien jurídico, quien capitalice dicha reacción, buscando sancionar esa conducta puesto que no sólo tiene carácter administrativo ya que el tema de corrupción genera una alarma social desestabilizadora la que debe ser sancionada bajo una lógica de prevención general y especial, lo contrario como hemos sentenciado es crear espacios de impunidad o de flexibilidad que permitan a algunos funcionarios a utilizar el dinero y los caudales del estado en partidas presupuestales que previamente no hayan sido aprobadas ni menos discutidas, bajo el argumento que no se afecta gravemente el servicio o la función encomendada.

Por ello la propuesta tal como se la presenta no es de recibo.

6. El delito de Tráfico de influencias

Se elimina la frase "invocando o teniendo influencias", para afirmar una redacción mas afín a la lógica de construcción de los delitos de corrupción. También se le da una lectura mas adecuada a la situación de conocimiento en los que debe encontrarse el funcionario o servidor público hacia los cuales se orienta la conducta del traficante de influencias ("haya conocido, este conociendo o vaya a conocer", en sustitución de "ha de conocer, esté conociendo o haya conocido").

Análisis

El tipo penal de tráfico de influencias (art. 400°) es reordenado, a fin de corregir la vaguedad, contradicciones y cacofonías que genera la lectura del tipo vigente. En este sentido, se ha recogido las críticas que formulara Hurtado Pozo a la redacción actual del art. 400° , al suprimir la mención a la frase "invocando influencias reales o simuladas" que exige el tipo penal a la conducta del agente. Con ello, se precisa que el ofrecimiento de interceder está vinculado a la influencia real o simulada que

tiene el agente sobre el funcionario concernido.

No se ha considerado oportuno destipificar la "venta de humo" pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico, mantiene importancia en el ámbito social. Asimismo se esclarece la idea que el núcleo de la conducta es la solicitud o recepción de una ventaja a beneficio de cualquier orden, asociado con la "contraprestación" real o ideal del ofrecimiento de interceder ante el funcionario que haya conocido, conozca o vaya a conocer un asunto administrativo o judicial. La sucesión temporal de estos dos actos no es rígida: observando lo que señala Hurtado, los dos actos pueden ser sucesivos o simultáneos, lo importante es que exista una conexión lógica entre ellos.

Se racionaliza y aclara así la lógica de la intervención del traficante de influencias, lo cual nos parece adecuado a los fines de protección de la Ley Penal en lo que respecta a este delito. La fórmula obviamente es de mayor calidad en redacción que la actualmente vigente. No se comprende, no obstante porque se excluye el término "donativo" y "promesa", dos de los medios corruptores que utiliza el Código en los delitos de corrupción. Elementos corruptores que se toman en cuenta en el texto sustitutorio.

7. El delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) pretende ser modificado, sustituyendo la fórmula del enriquecimiento del funcionario o servidor "durante el ejercicio del cargo" por "abusando de su cargo". Se elimina igualmente la mención al criterio de no justificación razonable del incremento patrimonial. Así mismo, se ha suprimido la pena conjunta de la inhabilitación, pues esta consecuencia ya está prevista en el artículo 426 que comprende a todos los tipos penales de la sección donde se encuentra el enriquecimiento ilícito.

Análisis

Tenemos que la propuesta de modificación de este tipo penal, en los términos planteados debe ser de rechazo porque genera lagunas de impunidad al circunscribir el tipo penal a las conductas desplegadas *en abuso de su cargo*, dejando de lado la fórmula original de *ejercicio de sus funciones*. Puesto que conforme lo propuesto solo cuando los incrementos patrimoniales que se detectan al funcionario o servidor público tengan como fuente situaciones de abuso en el ejercicio del cargo puedan catalogarse o tipificarse propiamente como delito de Enriquecimiento. Ello se agrava con la supresión de la fórmula legal (primer párrafo) del referente normativo de los "ingresos legítimos (referente que pasa a constituir un tema procesal) con los cuales confrontar el incremento imputado como enriquecimiento.

Esta modificación es tendenciosa y no acorde con una política anticorrupción, que en la actualidad nuestro país inmerso en una ola de corrupción vive, como producto del mismo avance económico que se está dando, lo que lleva a un incremento del fisco y con ello mayor presupuesto para acciones de las instituciones, por lo que cerrar el tipo determinaría una ambigüedad en su aplicación, y una cortina de escape para muchos funcionarios que enriquezcan su patrimonio ilícitamente, pero que fundamenten no haberlo hecho abusando de su cargo. La fórmula original de ejercicio de sus funciones permitía que tan solo se tenga que fijar la relación funcional y el marco de acción funcional en el cual se

haya dado el incremento ilícito del patrimonio, mediante la revisión del ROF y del MOF, por lo que no se debe aceptar que se modifique en esos términos el tipo penal.

Se trata en este punto de regular en una propuesta sustitutoria una fórmula legal del delito de enriquecimiento ilícito que haga más fácil la lectura interpretativa al operador jurídico, sin efectuar innecesarias líneas de restricción de tipicidad ni efectuar referencias a cuestiones procesales de no justificación.

8. Tipificación del soborno a funcionarios públicos internacionales o de organismos internacionales públicos.

Finalmente, se propone la tipificación del soborno de los funcionarios públicos internacionales o de organismo internacionales públicos, en consonancia con el artículo 16 de la convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. La incorporación planteada de nuevos tipos penales comprende tanto la modalidad activa como la pasiva, prevista en la Convención. La ubicación sistémica adoptada está más vinculada con la modalidad de la conducta cohechadora o de soborno, aun cuando, los agentes involucrados no sean funcionarios públicos, en el sentido del artículo 425 del C.P. Se ha procurado mantener el contenido de la clausula del Tratado, para adecuarnos a las exigencias típicas del instrumento internacional.

Análisis

En la medida que ya se ha regulado el soborno internacional activo, con una fórmula más comprensiva que la propuesta, se es del criterio que sólo debe incorporarse al Código Penal la figura del soborno internacional pasivo mediante el artículo 393-A, que plantea también el proyecto de Ley, efectuando las correspondientes adecuaciones que lo hagan compatible con el artículo 397-A, de conformidad a lo regulado en el texto sustitutorio. Esta incorporación permitirá otorgar una respuesta penal también a los comportamientos pasivos del funcionario internacional en la perspectiva de la lucha integral de la corrupción.

9. Acerca de las Disposiciones Complementarias Finales

Al estar referidas estas disposiciones a la regulación administrativa de las apropiaciones de patrimonio público que no rebasan las dos UIT (peculados doloso y culposo), así como a las conductas de peculado de uso y malversaciones de fondos públicos que no contienen el criterio de gravedad en la afectación al servicio o la función encomendada, idea legislativa con la que no se comparte, se decide no aceptar esta parte de la reforma planteada en el Proyecto de Ley N° 4187.

V. CONCLUSIÓN

Por las consideraciones antes expuestas, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recomienda la **APROBACIÓN** del Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, mediante las precisiones anotadas en el análisis recogidas en el siguiente:

Texto Sustitutorio

LEY DE REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo 1°.- Modificación de los artículos 376°; 384°; 387°; 388°; 400° y 401 del Código Penal

Modifíquense los artículos 376°; 384°; 387°; 388°; 400° y 401° del Código Penal, con los textos siguientes:

Artículo 376°.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad **no mayor** de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años".



Artículo 384°.- Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena no menor de seis ni mayor de quince años.

Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia, le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa no menor de cuatro ni mayor de ocho años

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor; estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

Artículo 388°.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo, pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de **dos** ni mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados en el párrafo anterior pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo".

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

El que solicite, reciba, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento, real o simulado, de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer; un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme los artículos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

Artículo 401°.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita."

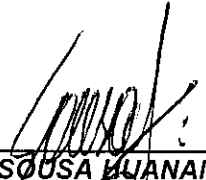
Artículo 2°.- Incorporación del artículo 393°A

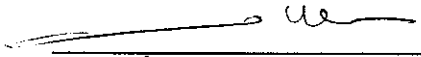
Incorpórese el artículo 393°- A al Código Penal, con el texto siguiente:

"Artículo 393°- A.- Soborno Internacional Pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, reciba, o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio para que realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepte a consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años".

Lima, marzo de 2011.


VICTOR SOUSA JUANAMBAL
Presidente (GPF)


RAÚL CASTRO STAGNARO
Vicepresidente (UN)


VICTOR MAYORGA MIRANDA
Secretario (GPN)

JUAN EGUREN NEUENSCHWANDER
(UN)

AURELIO PASTOR VALDIVIESO
(APRA)

JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ
(APRA)

ALEJANDRO REBAZA MARTELL
(APRA)



Congreso de la República
Comisión de Justicia y Derechos Humanos

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS recaído en el Proyecto de Ley Nro. 4187/2010-PJ que propone modificar los artículos 376°, 384°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal, reforma de los delitos contra la administración pública.



JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN
(APRA)

MAURICIO MULDER BEDOYA
(APRA)

CAYO GALINDO SANDOVAL
(GPN)

FREDY OTÁROLA PEÑARANDA
(GPN)



ALDO ESTRADA CHOQUE
(UPP)

KARINA BETETA RUBÍN
(UPP)



SANTIAGO FUJIMORI FUJIMORI
(GPF)

CARLOS TORRES CARO
(AN)



ROSARIO SASIETA MORALES
(AP)



MIEMBROS ACCESITARIOS

WILDER CALDERÓN CASTRO
(APRA)

JORGE DEL CASTILLO GALVEZ
(APRA)

MARÍA SUMIRE DE CONDE
(GPN)

LUIS FALLA LAMADRID
(GPN)

MARTHA ACOSTA ZARATE
(GPN)

MARTIN RIVAS TEIXEIRA
(GPN)

MARTHA MOYANO DELGADO
(GPF)

ROLANDO REÁTEGUI FLORES
(GPF)

YONHY LESCANO ANCIETA
(AP)

JAVIER BEDOYA DE VIVANCO
(U.N)

JUANA HUANCAHUARI PAUCAR
(GPN)

ASISTENCIA

COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

SESION ORDINARIA N° 14

Período Anual de Sesiones 2010-2011

29 de Marzo de 2011

Hora: 3:30 Pm

"Sala Bolognesi"


VÍCTOR SOUSA HUANAMBAL
Presidente (GPF)


RAÚL CASTRO STAGNARO
Vicepresidente (UN)


VÍCTOR MAYORGA MIRANDA
Secretario (GPN)

Licencia
JUAN EGUREN NEUENSCHWANDER
(UN)

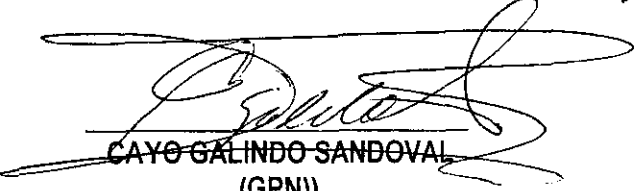
Falta
AURELIO PASTOR VALDIVIESO
(APRA)

Dispensa
JOSÉ VARGAS FERNÁNDEZ
(APRA)


Licencia
ALEJANDRO REBAZA MARTELL
(APRA)

Licencia
JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN
(APRA)


MAURICIO MULDER BEDOYA
(APRA)


CAYO GALINDO SANDOVAL
(GPN)

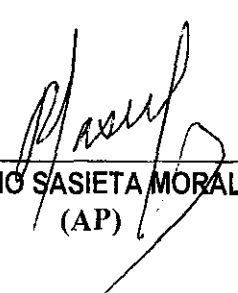
Falta
FREDY OTÁROLA PEÑARANDA
(GPN)


ALDO ESTRADA CHOQUE
(UPP)

Falta
KARINA BETETA RUBÍN
(UPP)


SANTIAGO FUJIMORI FUJIMORI
(GPF)

Dispensa
CARLOS TORRES CARO
(AN)


ROSARIO SASIETA MORALES
(AP)

MIEMBROS ACCESITARIOS

WILDER CALDERÓN CASTRO
(APRA)

JORGE DEL CASTILLO GALVEZ
(APRA)

MARÍA SUMIRE DE CONDE
(GPN)

LUIS FALLA LAMADRID
(GPN)

MARTHA ACOSTA ZARATE
(GPN)

MARTIN RIVAS TEIXEIRA
(GPN)

MARTHA MOYANO DELGADO
(GPF)

ROLANDO REÁTEGUI FLORES
(GPF)

JUANA HUANCAHUARI PÁUCAR
(GPF)

JAVIER BEDOYA DE VIVANCO
(U.N)

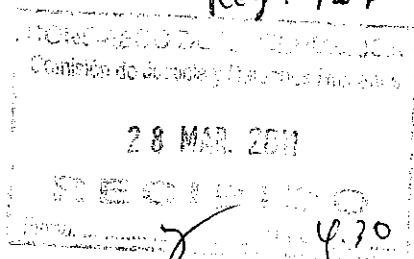
YONHY LESCANO ANCIETA
(AP)



Congreso de la República

"AÑO DEL CENTENARIO DE MACHU PICCHU PARA EL MUNDO "

Reg: 927



Lima, 25 de marzo de 2011

OFICIO N° 227-2011-JCEN/CR

Doctor:

VICTOR SOUZA HUANAMBAL

Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

Presente.-

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a efectos de saludarlo muy cordialmente; y, por especial encargo del congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander, solicitar licencia a la sesión ordinaria convocada para el día martes 29 de marzo, por encontrarse en la ciudad de Arequipa en funciones de representación parlamentaria.

Sin otro en particular, aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,

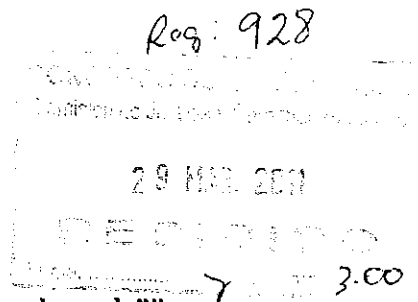


Juan Carlos Eguren Neuenschwander
JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER
Asesor



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

"Año del Centenario de Macchu Pichu para el mundo"



Lima, 29 de marzo del 2011

CARTA N°0035-2011-JAVF/CR

Señor Congresista
VICTOR ROLANDO SOUSA HUANAMBAL
Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos
Su Despacho.-

De mi consideración:

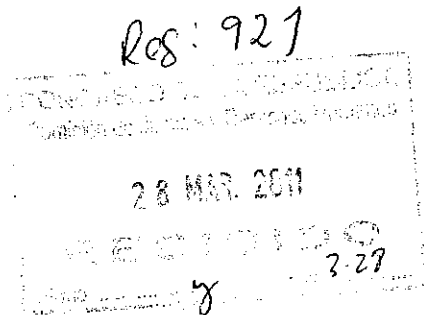
Me dirijo a usted por especial encargo del Señor Congresista **José Augusto Vargas Fernández**, a fin de comunicarle que no le será posible asistir a la Sesión Ordinaria convocada para el día de hoy 29 de marzo del 2011 a las 15:30 horas, por tener una reunión de trabajo en el Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción; razón por la cual solicito a usted tenga a bien dispensar su inasistencia a dicha sesión.

Agradeciendo por la atención que la presente le merezca, hago propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial consideración y estima.

Atentamente,



MOISES GARCÍA PAREDES
Asesor del Congresista



"AÑO DEL CENTENARIO DE MACHU PICCHU PARA EL MUNDO"

Lima, 28 de marzo de 2011

CARTA Nº 068 -2010/2011-AARM-CR

**Dr.
ROLANDO SOUSA HUANAMBAL
Congresista de la República
Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos
Lima.-**

Asunto: Solicita licencia

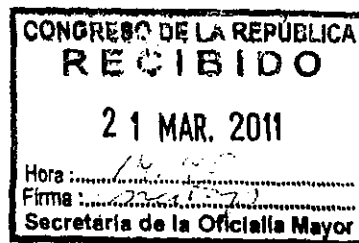
Tengo el honor de dirigirme a usted con la finalidad de solicitarle, conforme al literal b) del artículo 52º del Reglamento del Congreso, se sirva otorgar **Licencia** al señor Congresista de la República **ALEJANDRO REBAZA MARTELL** para la **Sesión Ordinaria de la comisión bajo su presidencia, programada para el martes 29 de marzo de 2011**, porque se encontrará fuera de la capital de la República.

Seguro de contar con su gentil atención.


LUIS ALONSO ROBAS SÁNCHEZ
Asesor
Congresista Alejandro Rebaza Martell



Congreso de la República

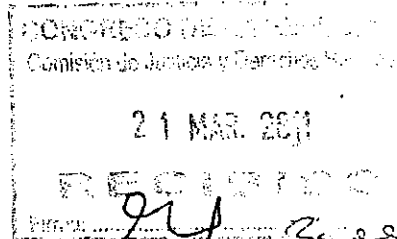


"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

Res: 877

Lima, 18 de marzo de 2011

Señor
JOSÉ ABANTO VALDIVIESO
Oficial Mayor del Congreso de la República
Presente.-



De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo y solicitarle LICENCIA SIN GOCE DE HABER a las Sesiones del Pleno del Congreso y de las Comisiones Ordinarias de las que soy miembro desde el lunes 21 de marzo al jueves 07 de abril por motivos personales.

Reconocido por su oportuna deferencia, me suscribo de usted, expresándole mis sentimientos de especial consideración y estima.

Atentamente,



JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
CONGRESISTA DE LA REPUBLICA

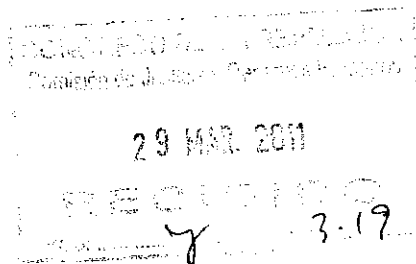


Congreso de la República

"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

Lima, 29 de marzo de 2011

Señor
VICTOR SOUSA HUANAMBAL
Presidente de la Comisión de
Justicia y Derechos Humanos
Presente.-



De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con la finalidad de comunicarle que por encontrarme delicado de salud, no podré asistir a la sesión ordinaria convocada para el día de hoy, martes 29 de marzo a las 15:30 horas, motivo por el cual solicito la dispensa respectiva.

Hago propicia la ocasión para expresarle las muestras de mi distinguida consideración.

Atentamente


Dr. CARLOS ALBERTO TORRES CARO
Congresista de la República