Proyecto de Ley N°.....4038/2018-CR

CONGRESO de la REPÚBLICA

ROSA MARÍA BARTRA BARRIGA

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
14 MAR 2019
RECIBIDO
Firma ____ Hora 5:02

Proyecto de ley que modifica el Artículo 418 del Código Penal para incluir a los árbitros en el delito de prevaricato

La congresista que suscribe Rosa María Bartra Barriga, integrante del grupo parlamentario Fuerza Popular, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordado con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PENAL (APROBADO MEDIANTE DECRETO LEGISLATIVO N° 635) E INCLUYE EL DELITO DE PREVARICATO PARA ARBITROS

FÓRMULA LEGAL

Artículo 1.- Objeto

La presente ley tiene por objeto la incorporación de quienes ejercen la función arbitral como sujetos pasibles de sanción penal por la comisión del delito de prevaricato, tipificado en el artículo 418 del Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635, observando la responsabilidad individual que debe ser asumida por quien ejerce justicia contraviniendo la ley, es decir, por aquel árbitro que no decide el fondo de una controversia de acuerdo a derecho.

Artículo 2.- Modificación del Artículo 418 del Código Penal

Modifíquese el articulo 418 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 635, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 418.- Prevaricato***
>
> *El juez, el fiscal* ***o el árbitro*** *que dicta resolución, emite dictamen* ***o laudo****, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será*

306085.ATD

reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".

DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Deróguese y déjense sin efecto todas las disposiciones legales que se opongan a lo dispuesto por la presente Ley.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ROSA MARIA BARTRA BARRIGA

ROSA MARÍA BARTRA BARRIGA
Congresista de la República

N. CUSOROS

VENTURA

M.F.M.

Carlos Tubino Arias Schreiber
Portavoz (T)
Grupo Parlamentario Fuerza Popular

MARCO E. MIYASHIRO A.

F. VILLAVICENCIO

MARTORELL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, ..15.....de.....MARZO.....del 2019.....

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77º del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición Nº .....4038..... para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de

.....JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.—

.....

.....

.....

GIANMARCO PAZ MENDOZA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. Problema que la iniciativa pretende resolver

Es innegable la existencia de procesos arbitrales que han involucrado al Estado peruano con empresas privadas hoy investigadas, y a la activa participación que en tales procesos han tenido diferentes profesionales en calidad de árbitros. Procesos que, a la luz de las indagaciones, han significado importantes pérdidas económicas para el país.

Por tanto, mediante el presente proyecto de ley se propone la incorporación de quienes emiten laudo arbitral como sujetos pasibles de sanción penal por la comisión del delito de prevaricato, observando la responsabilidad individual que debe ser asumida por quien ejerce justicia contraviniendo la ley.

2. Fundamentos

A.- Sobre el delito de prevaricato

Si bien, la actuación de un árbitro, como la de un magistrado (juez o fiscal), debe estar exenta de cualquier vínculo con las partes o el resultado del proceso, producto de un interés particular en la causa materia de resolución, no obstante si se aparta por voluntad propia de dicha aplicación, por conseguir un beneficio propio o por desconocimiento de las normas comete prevaricación.

De allí que a nivel penal se sancione como delito el prevaricato, es decir, la actuación consciente del operador del derecho de faltar a los deberes de su cargo tomando una decisión o resolviendo de manera arbitraria e ilegal[1].

[1] Acorde con el "*Diccionario de la lengua española*" la prevaricación es definida como:
1. Delito consistente en que una autoridad, un juez o un funcionario dicte a sabiendas una resolución injusta

De esta forma, tal como señala Alonso Peña Cabrera[2], la figura jurídica de prevaricato pretende proteger el normal y correcto funcionamiento de la administración de justicia, entendida como una actividad que incluye ciertos principios fundamentales como la imparcialidad y la independencia, derivadas de la plena observancia del debido proceso.

Si bien para caso del arbitraje se plantea un mecanismo en donde se privilegie la actuación de las partes y que aspira a ser lo más célere posible en la resolución de controversias, ello no significa que se encuentre exento de control y cumplimiento de las garantías que deben regir un debido proceso[3].

Dichos principios han sido ampliamente analizados por instancias como el Tribunal Constitucional (TC) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), reconociendo también su aplicación al ejercicio de la función jurisdiccional en sede arbitral[4].

Al respecto, sobre el principio de independencia, el Tribunal Constitucional[5],ha establecido lo siguiente:

> 11. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución establece que
> *"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
> *(...)*
> *2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional".*
>
> *La importancia del principio de independencia judicial en una sociedad democrática implica percibirlo como una garantía, orgánica y funcional, a favor de los órganos y funcionarios a quienes se ha confiado la prestación de tutela jurisdiccional y constituye un componente esencial del modelo*

---

[2] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo VI. Lima: Idemsa, 2011, p.434. (puede ser visualizado en: Legis.pe/prevaricato-corte-suprema)

[3] Tal como lo señala la norma que regula el arbitraje ***"todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial"*** (numeral 1 del artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1071, que regula la figura de la abstención y de la recusación).

[4] Sobre el reconocimiento del principio de independencia por el Tribunal Constitucional revisar el Expedientes N.° 02851-2010-PA/TC, así como la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009, parágrafo 68. Sobre le principio de imparcialidad judicial, reconocido también por el Tribunal Constitucional, revisar STC 2386-2008-AA/TC y STC 8105-2005-AA/TC; STC Nº 3361-2004-AA/TC; STC Nº 6149-2006-AA/TC, fundamento 62; STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

[5] Expediente N.° 02851-2010-PA/TC

constitucional de proceso diseñado por la Constitución. ***En este sentido el Tribunal Constitucional ha entendido que la independencia judicial debe ser aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley****. "Se exige así que se adopten las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.* ***La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política o económica*** *o de procedencia jerárquica* ***al interior de la organización que ejerce jurisdicción****"* (STC Nº 0023-2003-AI/TC, ff.jj. 28, 29, 31 y 33; STC 0004-2006-AI/TC).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre este mismo principio de independencia se ha pronunciado de la siguiente manera:

> *"El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción."* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009, parágrafo 68).

Dentro de esta misma línea, la CIDH ha señalado que:

> "*Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante "Principios Básicos"), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.*" (subrayado agregado) [Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 70).

Con respecto a la garantía de imparcialidad, el tribunal constitucional también se ha referido de la siguiente manera "*el derecho a la tutela procesal efectiva no sólo (sic) tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten*".[6]

De esta forma, para poner énfasis en los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los principios de imparcialidad e independencia, es pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento:

> "*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***

[6] STC Nº 3361-2004-AA/TC

encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso." (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

De esta forma, como se puede apreciar, existen ciertos principios, en virtud del ejercicio de la función jurisdiccional, que deben ser cumplidos por jueces y fiscales, su inobservancia implica una sanción penal, no obstante, no es el caso de los árbitros pese a cumplir una misma función.

B.- EL DELITO DE PREVARICATO EN EL DERECHO COMPARADO

La tipificación del delito de prevaricato, incluyendo al árbitro en dicha figura jurídica, ha sido reconocida por diversos países de Europa y Latinoamérica. A manera de ejemplo puede consignarse la siguiente información a través del cuadro elaborado en relación a la siguiente iniciativa:

País	Norma. Artículo
Alemania	Código Penal §339. Prevaricato Un juez, otro titular de cargo o un árbitro que se le encuentre culpable de un prevaricato, en la dirección o decisión de un negocio jurídico a favor o en desventaja de una parte, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta cinco años.[7]
Costa Rica	Código Penal 357: Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial [...] que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable, en su caso, a los árbitros [...]."[8]

[7] En: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/60E3C859078F4B9205257A7C005BE1A3/$FILE/monograph8.pdf

[8] https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos%20juridicos/14_cod_penal_edincr.pdf

Brasil	Código Penal Artículo 319. PREVARICAÇAO: El funcionario que retarde o deje de practicar, indebidamente, un acto de oficio, o lo practique contra disposición expresa de la ley, para satisfacer intereses o sentimientos personales, será sancionado con detención de tres meses a un año y multa.[9]
Paraguay	Código Penal Artículo 305, [...] con la rúbrica "Prevaricato", dispone una pena privativa de libertad de hasta diez años al Juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes.[10]

Como se verifica, a nivel comparado existe legislación que considera como sujeto pasible de sanción a quien en calidad de árbitro incurre en el tipo penal de prevaricato.

C.- PORQUÉ SE DEBE INCLUIR A LOS ÁRBITROS EN EL DELITO DE PREVARICATO.

Siendo el Perú el único país que por regla general somete a arbitraje las controversias de sus contratos de bienes, servicios y obras[11], cobra especial importancia como foro de solución de controversias en el que se examinan actuaciones de la administración pública referidas a la ejecución de contratos especiales[12].

[9] http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/60E3C859078F4B9205257A7C005BE1A3/$FILE/monograph8.pdf

[10] https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf
http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/60E3C859078F4B9205257A7C005BE1A3/$FILE/monograph8.pdf

[11] De acuerdo con Guzmán-Barrón Sobrevilla, este es un fenómeno particular del ordenamiento peruano. (Guzmán-Barrón Sobrevilla, César y otros. Ética en el Arbitraje de Contratación Pública: Problemas y Soluciones. Revista Arbitraje PUCP, Año V, setiembre de 2016, p.94)

[12] *Ibídem*

Más aún, si una resolución acorde al derecho y en donde no existan otros intereses más que el de la sociedad es fundamental que los contratos de carácter público cumplan con su finalidad primordial[13].

No obstante ello, recientemente el fiscal anticorrupción Marcial Paucar, en el marco de la investigación sobre los arbitrajes entre Odebrecht y el Estado peruano[14], sentenció:

> "***No solo estarían vinculados todos los árbitros que participaron como integrantes y presidentes de los diferentes Tribunales Arbitrales***, *sino también estarían vinculados funcionarios del Estado Peruano (del MTC) y además funcionarios de Odebrecht, quienes se habrían encargado de realizar coordinaciones previas, las acciones de concertación y la entrega de dinero ilegal,* ***tanto a los árbitros como a los funcionarios del MTC, para que los consorcios o concesionarios de Odebrecht sean beneficiados con los laudos arbitrales por grandes y cuantiosas sumas de dinero, en dólares.***"

Adicional a ello, en un informe emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), sobre el análisis de arbitrajes emitidos a propósito del Proyecto IIRSA SUR, se evidencia que de los treinta y dos arbitrajes emitidos en los tres tramos, la gran mayoría haya sido desfavorables para el Estado peruano, elevando el costo de proyectos como IIRSA SUR en aprox. US$ 171 millones[15].

En ese sentido, se puede apreciar que a pesar de la importancia que cobran los arbitrajes en cualquiera de sus modalidades, sin embargo se verifica que los laudos emitidos en los últimos años, como por ejemplo los relacionados a contratación pública, habrían sido resueltos de manera irregular, apreciando un vacío legal en la norma[16].

---

[13] *Ibídem*

[14] La disposición fiscal puede ser revisada en el siguiente enlace: https://es.scribd.com/document/378437881/Investigacion-fiscal-contra-los-a-rbitros-caso-Lava-Jato

[15] Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Memorándum N° 739-2018-MTC/07

[16] Diversas denuncias periodísticas así lo corroboran. "*Arbitrajes arreglados*", En: IDL-Reporteros, Lima, publicado el 05 de mayo de 2018. Puede ser visualizado en: https://idl-reporteros.pe/fiscalia-arbitrajes-odebrecht-coimas-horacio-canepa/; "Los sobornos de Odebrecht en Perú, al descubierto". En: El país. Madrid: 02 de octubre de 2017.

EFECTO DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

1.- ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

La presente norma es conforme al artículo 139 de la Constitución Política del Perú, mediante el cual se establece que los árbitros ejercen función jurisdiccional.

Asimismo, en el artículo 63 de la Carta Magna, en el marco de la inversión nacional y extranjera, prescribe que "*El Estado (...) pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional (...).*"

Por consiguiente, habiendo un reconocimiento constitucional de la figura del arbitraje como un mecanismo alternativo para la solución de controversias, de allí, su regulación a través del DL N° 1071[17], el cual establece que "*(...) 3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país. (...).*"

Por tanto, la presente propuesta implica la modificación del Código Penal[18], tipificado como delito de prevaricato la actuación consciente del árbitro (emitiendo laudo arbitral) de faltar a los deberes de su cargo tomando una decisión o resolviendo de manera arbitraria o ilegal.

2.- RELACION CON LAS POLITICAS DE ESTADO EXPRESADAS EN EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa tiene relación directa con la política de Estado referida al objetivo "*Estado eficiente, transparente y descentralizado*", particularmente, respecto a la promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas.

---

[17] Artículo 4.3. Decreto Legislativo N° 1071 y modificatorias. Vigente desde el 01 de setiembre de 2008.
[18] Artículo 418. Código Penal, Aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 635, promulgado el 03 de abril de 1991.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aplicación de la modificatoria del artículo 418 del Código Penal, no generará gastos adicionales en el presupuesto del sector público.

Por el contrario, generará un impacto positivo en la legislación nacional, para el Estado, las empresas que contraten con él, los operadores jurídicos que acudan a la vía del arbitraje para resolver una controversia y al público en general que acuda a esta jurisdicción.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ROSA MARIA BARTRA BARRIGA

ROSA MARÍA BARTRA BARRIGA
Congresista de la República