CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
16 JUL. 2024
RECIBIDO
Hora: 10:44 am

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, DECRETO LEGISLATIVO 635.

El señor Congresista de la República que suscribe, **WALDEMAR JOSÉ CERRÓN ROJAS**, integrante del **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 76º del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, DECRETO LEGISLATIVO 635.

Artículo 1. Objeto y finalidad.

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 69, 384 y 399 del código penal; con la finalidad de garantizar el sistema garantista en los procesos penales.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 384 y 399 del código penal.

Modificase del artículo 69, 384 y 399 del código penal, debiendo quedar de la siguiente manera:

> **"Artículo 384. - Colusión simple y agravada.**
>
> El funcionario o servidor público que, interviniendo **directamente**, 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 concierta

personalmente con los interesados **consumando el hecho determinante** para defraudar **patrimonialmente** al Estado o **cualquier entidad pública**, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, **debiendo ejecutarse una vez quede consentido la sentencia, no debiendo exceder el tiempo máximo de la pena impuesta**; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo **directamente**, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado **concierta personalmente** con los interesados **consumando el hecho determinante, y, defrauda** patrimonialmente al Estado o **cualquier entidad pública superando las quinientas unidades impositivas tributarias**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, **debiendo ejecutarse una vez quede consentido la sentencia, no debiendo exceder el tiempo máximo de la pena impuesta**; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, **conforme al plazo que establece la pena**, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo,

siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las **mil** unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria **debidamente decretado**, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Se exceptúa del acto colusorio, los actos omisivos, los hechos provenientes posterior a la consumación del acto colusorio, la tentativa, los actos contractuales o convenios que se desarrollan entre entidades públicas o mixtas o los actos que se desarrollan entre funcionarios o servidores públicos de cualquier entidad, las irregularidades o errores en los procedimientos administrativos o hechos que corresponde a la vía extrapenal o los hechos que en el derecho administrativo sancionador fueron absueltos.

Artículo 399. - Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa se interesa **personalmente tomando la decisión final**, 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 conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y **que no puede exceder el plazo que se fija conforme a la pena impuesta, y,** con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Se exceptúa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, los actos omisivos, los hechos provenientes posterior a la consumación del acto

principal, la tentativa, los actos contractuales o convenios que se desarrollan entre entidades públicas o mixtas o los actos que se desarrollan entre funcionarios o servidores públicos de cualquier entidad, las irregularidades o errores en los procedimientos administrativos o hechos que corresponde a la vía extrapenal o los hechos que en el derecho administrativo sancionador fueron absueltos."

"Artículo 69. - Rehabilitación automática.

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación **definitiva** de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.

Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales, judiciales y policiales **deberá ser de oficio y en plazo de máximo de cinco días y** será **definitivo una vez cumplido el tiempo de la condena impuesta** y sin que medie reincidencia o habitualidad.

La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de los delitos previstos en los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297; o por los delitos previstos en los capítulos IX,

X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal así como el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y los delitos previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, en cuyos casos la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurridos veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal."

Lima, junio del 2024.

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: TAIPE CORONADO Maria Elizabeth FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/07/2024 09:36:40-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: CERRON ROJAS Waldemar Jose FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 09/07/2024 18:52:32-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: AGÜERO GUTIERREZ Maria Antonieta FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/07/2024 16:27:39-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: PORTALATINO AVALOS Kelly Roxana FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12/07/2024 12:26:13-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: GONZA CASTILLO Américo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12/07/2024 16:04:50-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: TAIPE CORONADO Maria Elizabeth FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/07/2024 09:36:23-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MITA ALANOCA Isaac FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15/07/2024 17:11:44-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **16** de **JULIO** de **2024**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 8393/2023-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.**

GIOVANNI FORNO FLOREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

I. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA INICIATIVA LEGISLATIVA.

1.1 ANTECEDENTES SOBRE LAS CONTROVERSIAS EN EL DELITO DE COLUSIÓN:

El delito de colusión siendo un delito de encuentro el cual requiere necesariamente de la concertación para defraudar patrimonialmente al Estado con la participación necesaria del *intraneus* 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.

Partiendo de 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), ¿porqué prever la figura

española de "fraudes a la administración" en el artículo 384º? Son figuras muy similares y deberían excluirse una de la otra"[1]

El Comité Académico del Estudio Ugaz Zegarra, en su artículo académico sobre "Análisis jurisprudencial y problemática en el delito de colusión" resaltó que los problemas jurisprudenciales se han suscitado precisamente a partir de la interpretación de la Corte Suprema de estos elementos al momento de resolver procesos que han llegado a esa instancia; dichas problemáticas que hace referencia los producimos en extenso[2].

1. Un primer problema se genera del análisis de la Casación N° 661-2016-Piura, del Recurso de Nulidad N° 1969-2012-La Libertad y del Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Áncash. En estas ejecutorias de la Corte Suprema no existe una postura clara para determinar qué se entiende por defraudación en el delito de colusión simple, pues podría entenderse solo como un acto que viola la transparencia, neutralidad, imparcialidad o lealtad del funcionario, o podría entenderse que defraudar implica más que eso, es decir, que, además, deberá ponerse en peligro el patrimonio estatal; así, según la interpretación que se siga, algunos actos serán típicos y otros no, punibles o impunes.

[1] file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-AnalisisTipicoDelDelitoDeColusionYSuTratamientoJur-8054434.pdf

[2] https://estudiougaz.com/publicaciones/analisis-jurisprudencial-y-problematica-en-el-delito-de-colusion/

2. Un segundo problema lo encontramos en la Casación N° 661-2016-Piura, donde se absuelve a los funcionarios procesados porque, aun cuando no se les pudo responsabilizar como autores del delito de colusión, dado que no tenían competencia en razón de su cargo, se señala que tampoco pueden responder como cómplices, porque en el referido delito solo puede tener dicha calidad "aquel que designe el propio tipo penal", es decir, con esta casación se acaba la complicidad en el delito de colusión (fundamento jurídico 21).
3. Un tercer problema se encuentra en el Recurso de Nulidad N° 1126-2017-Áncash, donde se declara no haber nulidad en la condena de un gerente municipal en razón de la selección de una postora para la elaboración de perfiles y expedientes técnicos de un proyecto, aun cuando el tipo penal de colusión de aquella época solo sancionaba al funcionario público que intervenía directamente por razón de su cargo, siendo la base de esta ejecutoria suprema: "las funciones delegadas propias del alcalde, por lo que tenía que decidir en la contratación" (fundamento jurídico 3.5).
4. Finalmente, un cuarto problema se suscita en el Recurso de Nulidad N° 1015-2009-Puno, donde se declara haber nulidad en la condena del gerente y del administrador de una entidad, reformando su título de imputación de autores a instigadores, porque estos presionaron a los miembros del comité especial de adjudicación para que le den la buena pro a una empresa, con el que los miembros del comité no se habrían concertado; sin embargo, la Corte Suprema alega que dichos miembros del comité son responsables porque, a pesar de la presión, no habrían

"perdido su capacidad de decisión sobre la ejecución del favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa" (fundamento jurídico 5).

En la propuesta de legislativa, se propone que el acto colusorio, siendo un delito de encuentro y de resultado, se propone que la intervención del funcionario o servidor debe ser directamente y personalmente más no indirectamente, tal como se encuentra regulado en la actual norma vigente, conlleva a una posibilidad de condenar a quien no intervino directamente en la consumación del acto colusorio lo que expone a la condena de un inocente o que pueda liberare el principal sujeto activo, razón por el cual, atendiendo a la consumación del delito de colusión es importante establecer que la consumación del acto colusorio debe ser acreditado e un determinado hecho concreto y que esta debe estar ligado a la defraudación patrimonial del Estado. Con relación a la ejecución de la inhabilitación fijados, esta no debe ser mayor a la pena establecida; lo contrario, sería abonar un exceso de facultad punitiva del parte del Estado, lo que conlleva a aun abuso del poder y una evidente vulneración al principio y derecho de la función constitucional establecido en el inciso 22) del Art. 139° de la Constitución Política del Estado el cual regula que *"El principio de el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"*. En tal razonamiento, es notoriamente inconstitucional, cualquier forma de imponer medidas de sanción que va más allá de la pena establecida.

Sobre el extremo de la modificación de la colusión agravada, tiene su sustento, conforme a los argumentos expuesto en el

párrafo precedente, no obstante, para su determinación, del hecho agravado se propone la defraudación al patrimonio del Estado, que debe superar las quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias UIT, y para efecto de la imposición de la pena mínima de quince años y máximo de veinte años, la propuesta legislativa propone que la defraudación patrimonial, supere las mil UIT. Esta propuesta, tiene su sustento como parte de la política criminal que debe asumir nuestro país, y de esa forma se fija parámetros que ameritan la inversión de tiempo y costo, ante hechos de mayor trascendencia y alcance, más aún, si tenemos en cuenta que en la actualidad la Contraloría General de la República, las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios y el Poder Judicial han generados grandes gastos al Estado, en investigaciones y procesos penales donde no existió ninguna defraudaciones patrimoniales al Estado, pero que sin embargo, el Estado, viene ejecutando gastos millonarios a nivel nacional.

1.2 SUSTENTO SOBRE LA INCLUSIÓN LAS EXCEPCIONES AL DELITO DE COLUSIÓN.

Conforme a lo expuesto en el extremo de las controversias, se precisa varias evidencias de las múltiples controversias en los procesos penales del delito de colusión, en esa medida, se propone que, en nuestra legislación nacional sobre delito de colusión, se debe precisar algunos hechos concretos que no debe ser considerados hechos colusorios.

Estando lo referido, se propone que todos 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 las 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

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 pasibles 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.[3]

Conforme lo mencionado, es necesario establecer que los hechos provenientes con posterioridad a la consumación de los actos colusorios no deberían constituir un de ninguna manera un colusorio, puesto que, si el delito de colusión es de encuentro y de resultado, entonces el delito se consuma y queda agotado una vez que el hecho central fue consumado. Los demás actos provenientes tendrían otra connotación jurídica, a menos que se trata de otro hecho nuevo.

[3] https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/#_ftnref38

Con relación a la tentativa, tampoco debe ser considerado como parte del delito de colusión, por la naturaleza jurídica del delito de colusión el cual es asumido en la doctrina, tal como se muestra a continuación.

¿Existe tentativa en el delito de colusión?

NO

La doctrina mayoritaria señala dentro de este punto que en el delito de colusión **no es posible la tentativa**. Ello es así, debido a que el tipo penal establece como hecho delictivo la concertación de las partes para así perjudicar el patrimonio estatal. Con lo cual, su configuración se establece como un delito de actividad.

La colusión al ser un delito de mera actividad, no admite la tentativa, pues antes de la concertación ilegal no habrá hecho punible, las actividades antes del acuerdo colusorio serían actos preparatorios no punibles.

[4]

Otro hecho que no debe constituir delito de colusión son aquellos actos contractuales o convenios que se desarrollan entre entidades públicas o mixtas o los actos que se desarrollan entre funcionarios o servidores públicos de cualquier entidad. Sobre lo referido, debemos partir que, en principio, en la contratación pública donde anida la configuración del delito de colusión tienen que participar funcionario y *extraneus* (empresa o privado), pero no entre funcionarios o servidores público: los funcionarios de la entidad y otros funcionarios inclusive de cualquier entidad del Estado o que pertenecen al Estado. En una lógica distinta

[4] https://www.giullianaloza.pe/wp-content/uploads/2024/03/El-delito-de-colusion.pdf

se infringiría el art. IV del TP del Código Penal, es decir, al principio de lesividad que la pena requiere de la lesión o puesta en peligro bienes jurídicos. Lo afirmado podría dar la impresión de que los funcionarios no podrían ser partícipes. Podrían ser partícipes los funcionarios que no tienen relación funcionarial únicamente como instigadores o cómplices desde el ángulo de los funcionarios *intraneus*, pero no desde el ángulo de los *extraneus*. No hay que olvidar que el delito de colusión es un delito de encuentro donde se observa el encuentro de dos partes [entidad representada por funcionarios y contratista representada por particulares. Mientras no haya *extraneus* (privado o empresa) es impune la instigación o complicidad de un funcionario que no tienen relación funcionarial a otro *intraneus* que tiene relación funcionarial. Pues no existe el delito de instigación, sino instigación a un delito. Es el sentido que se le puede dar a una de las últimas casaciones: Casación N° 578-2023/Puno, de fecha once de marzo de 2024, fundamento jurídico sexto, que trata sobre el delito de colusión.

Lo dicho en la estructura del delito se traduce en la exclusión, primero, de la tipicidad objetiva al carecer los agentes [todos funcionarios públicos] de idoneidad para la contratación pública. Vale decir, no tiene capacidad de acción en sentido del art. 384 del CP. Asimismo, en la tipicidad subjetiva, otra vez, es posible postular tentativa inidónea absoluta. Por la inidoneidad de los agentes contratantes, no es posible la configuración del delito antes referido aun cuando se quisiera defraudar al Estado.

Con relación a las irregularidades o errores en los procedimientos administrativos, tampoco debe constituir delito de colusión, sin embargo, en la actualidad se tiene múltiples sentencias que se condena por irregularidades administrativa, el cual se aparta de la razón del ser del derecho penal, cuya aplicación es de *ultimo rattio*. Esta propuesta, no solo se encuentra desarrollada a nivel doctrinario, sino también, a nivel jurisprudencial emitida tal como se encuentra desarrollada en el fundamento *decimotercero* de la Nulidad N° 1436-2019/ANCASH, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; se muestra a continuación.

"**Decimotercero.** Del análisis de la sentencia recurrida, la verificación de los agravios planteados por los impugnantes y los actuados en autos, se observa que la Sala Superior no efectuó la debida compulsa probatoria y la adecuada apreciación, conjunta y razonada, de los elementos probatorios incorporados. Tampoco se realizaron diligencias probatorias de singular trascendencia que permitan establecer la inocencia o responsabilidad de los encausados.

Ahora bien, como se indicó en el análisis precedente, en los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública, como es el caso del delito de peculado; por lo general, la prueba a utilizar es la de carácter indiciario. En el caso, las irregularidades administrativas en las que los encausados incurrieron en su actuación funcionarial, pueden constituir indicios de la comisión del delito y de los mismos, se podría inferir la responsabilidad penal de estos. La Sala Superior, como en el caso del delito de colusión, efectuó un análisis unívoco de las referidas irregularidades administrativas." Lo resaltado es nuestro.

Otro hecho que no debe ser considero como parte de un acto colusorio punible, son aquellos hecho que corresponde a la vía extrapenal por lo mismo que, jurídicamente es inaceptable que muchas veces el derecho penal viene asumiendo el rol paternalista, buscando resolver o penalizar hechos que corresponde a la vía extrapenal, más aún si tenemos en cuenta que el derecho penal es de ultima *rattio.* Con relación a los hechos que en el derecho administrativo sancionador fueron absueltos, tampoco deben ser objeto de condena lo que es distinto que si un hecho es sancionado administrativamente si es posible una condena o una absolución.

1.3 SUSTENTO SOBRE LA MODIFICACIÓN EL ARTÍCULO 399 DEL CÓDIGO PENAL.

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 funcionarial 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*".

Con relación a la propuesta de que la inhabilitación que fija norma, no debería exceder al plazo o el tiempo que fija la pena, esto en atención al principio de reinserción del condenado a la sociedad, más aún si tenemos en cuenta la Jurisprudencia de esta Sala, en la resolución de 28 de septiembre de 2020,

hábeas corpus 423-2018, determinó que la readaptación social, reinserción o resocialización de la persona condenada es un derecho fundamental, que tiene base en el art. 27 inc. 3° Cn. y los arts. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicha decisión, esta Sala señaló que el mandato constitucional del art. 27 inc. 3° Cn. debía interpretarse como obligación exigible, con un correlativo derecho subjetivo de las personas sometidas al cumplimiento de las penas.[5]

Con relación a la propuesta de la excepcionalidad del delito de negociación incompatible, se ha propuesto en atención a los argumentos expuestos en los párrafos anteriores. Sobre la propuesta de modificación del artículo 69 referido a la rehabilitación automática, tiene su sustento a los fundamentos expuesto en los párrafos precedentes.

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

La presente propuesta legislativa es coherente con la Constitución Política del Perú, específicamente con lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 2° de la Norma Fundamental, el cual regula que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y principalmente, en ese contexto, con la vigencia de la propuesta legislativa se establece mayor fortalecimiento para la persecución de los delitos sobre colusión simple y agravadas y sobre los extremos de rehabilitación

5 https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2020-2029/2021/03/EAA28.HTML

automática, el cual esta regulado como parte de los principio de resocialización del condenado reconocido en la Constitución y las normas internacionales.

III. ANÁLISIS - COSTO BENEFICIO.

La aprobación y promulgación de la presente propuesta de Ley, no le significará ningún tipo de egreso adicional al Estado; contrariamente con la aprobación de la presente propuesta se fortalecerá al Estado Constitucional el cual debe proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos y se fija una política criminal con reglas claras donde se limite excesos. Otro beneficio importante que trae la propuesta legislativa es evitar condenas por hechos que no corresponde su persecución penalmente sino a la vía extra penal o simplemente que los hechos, no corresponde al delito de colusión o negociación incompatible. En esa medida se busca fortalecer la condición de *ultima rattio* del derecho penal.

IV. VINCULACIÓN AL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA.

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 nuestra normativa, así como la adecuación de estas al

ordenamiento supremo, sin contravenir con los principios de un Estado Constitucional de Derecho y fortaleciendo el principio garantista que brinda el Código Procesal Penal vigente.

Asimismo, se encuentra conforme a la Política N° 4: Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado el cual señala como compromiso *"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."*