

**PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso.**

**“Estudio Dogmático de los Delitos de Cohecho y sus Perspectivas Político-Criminales”. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Nº 111, Vol. 13, Lima, diciembre 2007, pp. 189-200 (PRIMERA PARTE).**

## **ESTUDIO DOGMÁTICO DE LOS DELITOS DE COHECHO Y SUS PERSPECTIVAS POLÍTICO CRIMINALES**

Por: Alonso R. Peña Cabrera Freyre<sup>♦</sup>

### Sumario:

*1.-A Modo de Introducción. 2.-El bien jurídico tutelado en los delitos de Cohecho. 3.-Análisis dogmático del delito de Cohecho pasivo específico. 4.- Distinción del tipo penal del artículo 395º del CP con el delito de Tráfico de Influencias. 5.-El tipo subjetivo del Injusto en los delitos de Cohecho. – Conclusiones.*

### **1.- A modo de Introducción**

La Corrupción constituye un flagelo que azota duramente las Naciones democráticas, causante del subdesarrollo de nuestros pueblos, en todo caso impide el despegue socio-económico que se requiere para luchar frontalmente contra la pobreza y el sub desarrollo, debilitando así la Institucionalidad propia del Estado de Derecho y la confianza de la ciudadanía en el Sistema Jurídico-Estatal.

Los actos de corrupción que acontecen en el seno de la Administración Pública, provocan una grave alarma social y conmoción pública, ante el pavor de los individuos de cómo sus autoridades más representativas se ven involucrados en coimas, sobornos y toda clase de negocios ilícitos, defraudando con ello las legítimas expectativas ciudadanas, pues es de recibo que toda la actuación del aparato público, debe sujetarse a los principios jurídico-constitucionales que se desprenden de nuestra Ley Fundamental, esto es, la objetividad, independencia e imparcialidad que han de acatar estrictamente todos los funcionarios y/ servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Así lo contempla el artículo 39º de la CPE. Cuando el funcionario público (*intraneus*), se encuentra incurso en los delitos de

---

<sup>♦</sup> Fiscal Provincial Titular del Distrito Judicial de Lima, Profesor de la Academia de la Magistratura del PCA, Ex –Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación, Magister en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en postgrado en Derecho procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), estudios de Litigación Oral en Colombia y USA, autor de las obras: Exégesis del nuevo Código Procesal Penal (dos ediciones), Derecho Penal. Parte General (teoría del delito, de la pena y las consecuencias jurídicas, dos ediciones), Derecho Penal. Parte Especial (Tomos I, II, III y IV), Delitos Económicos, delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual, etc. Se realiza la presente publicación con la autorización del autor. El Administrador del Blog agradece tal deferencia.

Cohecho, lo que se produce es una privatización del cargo, en franca contravención de los deberes funcionales inherentes al cargo.

Ante la situación descrita, el Estado (Poder Ejecutivo), articula una serie de respuestas, de la más variada índole, a fin de colmar las ansias de mayor criminalización por parte de la población, a fin de incidir en un plano en realidad de seguridad cognitiva y perceptiva a la vez. Empero, la necesidad de ofrecer una respuesta severa, en la lucha contra la Corrupción, sobre todo, en coyunturas donde se investigan ciertas irregularidades que tienen como protagonistas a altos funcionarios del Estado, cuya inmediatez en el ámbito de la sanción normativa, ha importado la adopción de una orientación administrativizada, en cuanto a los mecanismos e instrumentos que deben ajustarse para poner freno a la corruptela pública. De forma concreta nos referimos a la creación de la ONA (Oficina Nacional Anticorrupción), mediante DS 085-2007-PCM, a la cual se le atribuyen, tal como se desprende de los incisos a), b) y c) del artículo tercero, prevenir, promover la ética e iniciar investigaciones de oficio o a solicitud de parte, todas éstas son facultades que constitucionalmente se le han conferido al Ministerio Público, de conformidad con los artículos 158º y 159º de la CPE, concordante con el artículos 1º, 11º, 14º y 65º de la LOMP, de común idea con lo previsto con los artículos IV del Título Preliminar, 60º, 61º y 322º del nuevo CPP del 2004. De esta manera, apunta el Dr. Gonzáles Muñoz, se están superponiendo reglas que ya existían a favor del Ministerio Público, generando un conflicto de competencias entre la Fiscalía de la Nación y la ONA, lo que terminará con el desprestigio de ambas y así sólo se conseguirá reforzar la corrupción que ya está bastante inmersa en la sociedad en general<sup>1</sup>. No le faltan razones al autor citado, puesto que los más beneficiados serán a la larga los investigados, al existir varios frentes en el marco de la investigación, se entorpecerá la labor investigativa y los imputados, interpondrán los recursos y/o mecanismos legales que le franquea la Ley, cuestionado la competencia de la ONA o en su defecto, poniendo en cuestión la legitimidad de las evidencias que puedan haberse adquirido en dicho nivel (prueba prohibida).

Con lo expuesto, queremos dejar en claro, que desde nuestro modelo ius-constitucional, la función de investigar, de perseguir y acusar los hechos constitutivos de delito, se comprenden únicamente en el ámbito de atribuciones de los representantes del Ministerio Público, lo cual se ajusta plenamente a las garantías que deben garantizarse en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, de que los funcionarios públicos que ejerciten las labores preventivas e investigativas del crimen sean completamente independientes en su función, desprovistos de cualquier tipo de injerencia política. Condiciones todas estas, que sólo se pueden advertir en el caso del Ministerio Público, según lo dispuesto en el artículo 158º de la CPE. Trazado constitucional que encuentra eco en la legislación comparada, de mayor vigencia en la actualidad, producto de las reforma procesal penal que esta tomando lugar en varios países de Latinoamérica.

No sólo se atenta contra la autonomía funcional del Ministerio Público, sino también con los propios fueros del Congreso de la República. El artículo 99º de la CPE, contempla el llamado Antejjuicio político, como una especie de prejudicialidad administrativa, que debe cumplirse a fin de que los

---

<sup>1</sup> . Gonzáles Muñoz, W.; *El Ministerio Público merece respeto en el ejercicio de sus facultades (Inédito)*, cit., p. 1.

funcionarios públicos que se encuentran comprendidos en el articulado antes mencionado, puedan ser procesados por aquellos delitos vinculados con el cargo público que cometan en el pleno ejercicio de la actuación pública. En el marco de los controles políticos, se instituye el Antejudio Político como un filtro de análisis jurídico, previo e indispensable, al cual hay que someter el hecho denunciado, supuestamente punible, para poder someter legítimamente al alto funcionario estatal a la persecución penal del Estado<sup>2</sup>. De tal forma, que si se advierten indicios de la comisión de un delito, por parte de un Ministro de Estado, por ejemplo, la ONA, no puede intervenir investigando el hecho, pues serán los fueros congresales que de oficio deben iniciar una investigación exhaustiva del caso concreto y, de ser el caso denunciar el hecho ante la Fiscalía de la Nación. A lo más, sólo podría actuar la ONA, como mesa de partes.

En resumidas cuentas, consideramos que el Poder Ejecutivo se equivoca, tomando un rumbo erróneo, a nuestro modesto parecer, desde un doble baremo a saber: primero, que si bien podría resultar “constitucional” la creación de dicho organismo público, a la larga ingresa de todos modos a un ámbito de ilegitimidad normativa (constitucional), pues a ciencia cierta, tal como se ha dispuesto legalmente en el DS N° 085-2007-PCM, se le han conferido el desarrollo de funciones que el marco jurídico-constitucional y legal le reconoce de forma exclusiva al Ministerio Público, esto es, la investigación y persecución penal de los hechos punibles, tal como se ha ratificado en las normas fundamentales del nuevo CPP, función que ejecuta conjuntamente con la PNP. De no ser así, a esta Oficina sólo le quedarían las veces de una “mesa de parte”, entre los denunciados y las instituciones encargadas de procesar dicha información, lo que en definitiva no fue la intención del Gobierno al promulgar la norma en cuestión. A menos que se le incluya de forma legal y constitucional, en el aparato administrativo, como apéndice de la Contraloría General de la República. Segundo, si en realidad se quiere prevenir la comisión de actos de corrupción, se debe hacer lo siguiente: a.-Fortaleciendo el Sistema Nacional de Control, de la CGR, incidiendo normativamente en un mayor campo de actuación de las Auditorías públicas, descentralizando su actuación funcional y operativa, reglando una intervención anticipada de sus órganos de gestión y; b.-Promoviendo de forma decidida la entrada en vigencia del nuevo CPP, asegurando el presupuesto necesario para que en todos los Distritos Judiciales de la República se pueda contar con un mecanismo de persecución penal, que cuenta con las herramientas suficientes para tramitar el procesamiento de los hechos punibles con eficiencia y celeridad.

## **2.- El bien jurídico tutelado en el marco de los delitos de Cohecho**

El bien jurídico se constituye en la política criminal actual, el marco de referencia obligado para el legislador, a fin de construir la conducta penalmente prohibida o mandada a realizar, como plataforma legítima de criminalización y, a su vez como proyección de despenalización, tomando en cuenta, su contenido material a efectos de delimitar el injusto penal cualificado. Por consiguiente, el bien jurídico importa un instrumento de hermenéutica jurídica, para sistematizar ordenadamente los comportamientos

---

<sup>2</sup> . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 116.

típicos, conforme al contenido del interés jurídico a tutelar, de acuerdo a la *ratio legis* de la norma jurídico-penal, definido por los cometidos preventivos que ha de desempeñar el Derecho penal y; por otro, como herramienta de política criminal, revisando de forma crítica el derecho positivo vigente, a fin de corregir los vacíos de la ley, promoviendo las reformas legales que sean necesarias para procurar el funcionamiento real de los fines del *ius puniendi* estatal, con toda la protección preventiva de bienes jurídicos. Sin embargo, fin primordial del bien jurídico es de erigirse en límite a los ámbito de intervención del Derecho penal, sobre todo, cuando se pretende hacer de su uso, cometidos que no se condicen con su esfera de legitimación en un Estado Social y Democrática de Derecho, pretendiendo sofocar los focos de conflictividad social que carecen de suficiente nivel de lesividad y, por otro, ante conductas que sólo merecen una reprobación ético-social, pero no cumplen con el estándar de ofensividad que se exige, para la necesidad y merecimiento de pena.

En el campo de los delitos de Cohecho, en los últimos años, se han producido varias modificaciones, muchas de ellas necesarias, de acuerdo a los argumentos antes señalados.

En un Estado democrático y social de derecho, debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socio-económicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que en un ámbito colectivo, la persona humana no sólo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar. Surge así, desde las bases de un Estado Social, las prestaciones públicas que han de ejecutarse según los cometidos jus-constitucionales, esto quiere decir, dirigidos hacia los intereses generales, para que los ciudadanos puedan hacer uso real de las libertades que el orden jurídico plasma en su normatividad y, para ello, los diversos estamentos que se comprenden en la Administración Pública, deben prestar dichos servicios de forma objetiva, imparcial e independiente, a fin de satisfacer las expectativas sociales e individuales, que debe resguardarse según la máxima de legalidad<sup>3</sup>. En definitiva, el marco en el que deben situarse los Delitos contra la Administración pública es el que viene perfilado en la Constitución y, por lo tanto, son irrenunciables las referencias a que los poderes públicos, en general, y la Administración, en particular, se encuentran sometidos por mandato constitucional a la ley y al derecho<sup>4</sup>.

Recordemos que el bien jurídico tiene una base constitucional, pues en principio sólo pueden ser objeto de tutela aquellos intereses jurídicos que gozan de reconocimiento por parte de la Ley Fundamental y, de ahí que se diga con corrección que la función pública en el marco de un orden democrático de derecho, debe desempeñarse con objetividad, legalidad, imparcialidad e independencia, criterios que llenan de contenido material al bien jurídico y, que a su vez permiten negar la relevancia jurídico-penal de conductas que no ponen en peligros dichos principios constitucionales,

---

<sup>3</sup> . Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 87.

<sup>4</sup> . Rebollo Vargas, R.; *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L.II. del Código Penal Español*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In memoriam, Vol. III, cit., p. 553.

imprescindibles en la tarea delimitadoras de las meras desobediencias administrativas con el injusto penal.

No son entonces, bienes jurídicos personalísimos, que de forma concreta puedan ser percibidos por el común de las gentes, sino que por su naturaleza funcional, se encuentran vinculados directamente con los primeros, como mecanismo participativo de una real democracia.

Se trata, por tanto, de bienes jurídicos de naturaleza “institucional”, puesto que su titularidad esta atribuida al Estado, que se representa a través de sus diversos estamentos públicos y, a la vez, “intermedios”, pues su legitimidad reposa en un fundamento individual de la persona humana, funcional, al constituir en la plataforma necesaria para el desarrollo del individuo<sup>5</sup>. Ello se debe afirma Alcácer Guirao, que para el desarrollo de las condiciones de participación social del individuo no sólo será precisa la protección inmediata de los bienes inmediatamente circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estados intermedios de la organización social (bienes jurídicos “intermedios”, cuya ratio radica en una anticipación de la tutela penal de bienes personales, siendo el centro de la discusión no el ámbito de bienes a proteger, sino la técnica de protección), así como la protección de instituciones públicas, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos supraindividuales (bienes jurídicos “institucionales”)<sup>6</sup>.

Ahora bien, visto lo anterior, queda por dar un contenido material al bien jurídico tutelado en el Título XVIII, que de forma general pueda sistematizar el interés –objeto de tutela-, pues es de verse que las diversas figuras delictivas que se comprenden en dicha titulación, aunado a la especificación de la Administración de Justicia, responden cada uno de ellos a ciertos criterios de política criminal, amén a su propia naturaleza, lo que cual no es óbice a renunciar a la tarea emprendida. Máxime, si la definición material en cuestión, es imprescindible para delimitar el ámbito de incidencia entre las meras infracciones administrativas y los injustos penales, que ha de seguir pautas de determinación “cualitativas” o de trascendencia del acto administrativo<sup>7</sup>, en el sentido, de que únicamente las graves perturbaciones al bien jurídico “Administración Pública”, pueden ser reputadas conductas con relevancia “jurídico-penal”, cuando el funcionario y/o servidor público afecta de forma considerable el normal funcionamiento de la función pública, desde la perspectiva de los parámetros jurídico-constitucionales de imparcialidad, objetividad e independencia de toda actuación pública. Dicha concreción material, se ajusta plenamente a los principios legitimadores del *ius puniendi* estatal, conforme a la idea de *última ratio*, de mínima intervención y de subsidiariedad en la intervención del aparato punitivo del Estado. Evidentemente, señala Feijoo Sánchez, el Derecho penal, debido a su carácter fragmentario, no puede considerar injusto merecedor de pena toda infracción de un deber por parte de un funcionario. Sólo se reacciona frente a

---

<sup>5</sup> . Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 110.

<sup>6</sup> . Alcácer Guirao, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 137.

<sup>7</sup> . Quiere decir ello, que la legitimación del Derecho penal en dicho ámbito de la criminalidad, se sujeta a las actuaciones funcionales que trascienden en marco interno de la administración, al incidir en plano concretos de tutela hacia los administrados, por eso se afirma que los ataques al bien jurídico deben guiarse conforme una actividad finalista de la actuación pública, esto es, la tutela de los intereses generales de la sociedad.

los “ataques” más intolerables contra la función que la Administración Pública desempeña en nuestra sociedad<sup>8</sup>.

Con todo, el Derecho penal sólo de ha intervenir ante aquellas conductas que de forma trascendente, defraudan los intereses de la comunidad, que se ven afectados cuando el funcionario perturba dicho cometido, implicando a la vez un aspecto “funcional” de referente individual. La importancia que el bien funcionamiento de la Administración tiene para la sociedad en general justifica sobradamente la intervención penal respecto de los comportamientos que sean idóneos para lesionar gravemente la seguridad y la confianza de los ciudadanos en su correcto funcionamiento<sup>9</sup>. La necesidad de la intervención penal, (...), en un Estado democrático, sólo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad<sup>10</sup>.

A tales efectos, sólo las conductas típicas que vienen caracterizadas por el dolo, como tipo subjetivo del injusto, son factibles de punición, descartándose la penalización de las conductas imprudentes, bajo la excepción del Peculado culposo (Art. 387º del CP). Por consiguiente, quedan fuera del marco de punición, las conductas dentro del aparato público, que no afectan de forma significativa la actuación pública, sólo a partir de estándares de optimización y de rendimientos altamente calificados, como sucede en el caso de las contravenciones administrativas.

Dicho esto, cabe reputar como “intrascendente”, pretender llenar de un contenido puramente “axiológico”, el bien jurídico tutelado, en cuanto al “prestigio”, “decoro” o “dignidad” del cargo<sup>11</sup>, por carecer de fundamento político criminal desde los cánones de un orden democrático de derecho, donde la reacción punitiva sólo puede responder a criterios suficientes de lesividad social, que determinen a su vez, el merecimiento y necesidad de pena. De no ser así, habría que revestir de relevancia jurídico-penal, meras desobediencias administrativas, como comúnmente lo hacen las instancias administrativas, pues no saben delimitar con corrección las infracciones administrativas de los injustos penales, lo que a la postre desencadena persecuciones penales que no cuentan con el presupuesto material para su legitimación (sospecha vehemente de criminalidad=principio de intervención indiciaria).

La infracción del “deber”, puede resultar válida como premisa, para fundamentar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento que pueda realmente poner en peligro al bien jurídico, pero si no se le complementa con otros añadidos, que hayan de incidir en su contenido material de injusto penal “cualificado”, éste dato será insuficiente, permitiendo la punición de conductas carentes de dicha concreción material<sup>12</sup>, constitutivos únicamente de una

---

<sup>8</sup> . Feijóo Sánchez, B.; *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Número 7/8, Director: Urquiza Olaechea, cit., p. 708.

<sup>9</sup> . De La Mata Barranco, N.J.; *La respuesta a la Corrupción Política*, cit., p. 44.

<sup>10</sup> . Vizuela Fernández, J.; *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de Cohecho*, cit., p. 239; Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 85.

<sup>11</sup> . Así, Rebollo Vargas, R.; *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, cit., p. 554.

<sup>12</sup> . A lo dicho añade Rebollo Vargas, que no todos los sujetos activos son funcionarios públicos o autoridades con lo cual ese “deber”, que en principio, les era exigible ya no puede

contravención administrativa<sup>13</sup>. Como expone Octavio de Toledo y Ubieto, esta postura supone una visión del funcionario solamente en interés del Estado, de la Administración, olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve<sup>14</sup>. Expresado en otros términos, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, sino que es necesario que esa infracción comporte una cierta entidad para afectar a un correcto funcionamiento de la Administración, que incluso sin ulterior especificación constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar la necesidad de tutela penal<sup>15</sup>.

Cuestión muy importante, en los delitos de Cohecho, que ha de conciliarse con los criterios rectores, que hacen de la conducta una no típica, cuando precisamente no se alcanza los niveles de perturbación funcional, que exige la *ratio legis*.

¿Los delitos de Cohecho, entonces, qué aspecto del bien jurídico atacan, en el marco de la Administración Pública? En principio, habrá que precisarse, que el legislador de común idea con el derecho comparado, ha estructurado estos injustos en dos tipificaciones independientes; primero, el llamado “Cohecho propio”, cuando el funcionario o servidor público, falta al cumplimiento de sus obligaciones, esto es, infringe concretos deberes funcionales<sup>16</sup> (que puede configurarse mediante un hacer o un omitir), merced de la dádiva, ventaja u otro beneficio, que recibe o se le promete entregar por parte de un particular, v.gr., cuando el policía de tránsito recibe una coima por parte del conductor de un vehículo que ha cometido una infracción de tránsito, para que no se imponga la multa; por otro, se denomina “Cohecho impropio”, cuando el funcionario o servidor público, recibe, acepta, o se le promete la entrega de cualquier tipo de ventaja o beneficio indebido, sin faltar a sus obligaciones funcionales, en este caso el *intraneus*, no contraviene la legalidad, pues sujeta su actuación a los dispositivos legales pertinentes, v.gr., cuando un funcionario de una Comuna, recibe un dinero, para que la gestión de un trámite administrativo se efectúe con mayor celeridad<sup>17</sup>. Así, De

---

requerirse a todos los sujetos activos, en tanto que algunos son simples particulares; *Notas y consecuencias de una lectura constitucional...*, cit., p. 552.

<sup>13</sup> . Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., ps. 87-88.

<sup>14</sup> . Octavio de Toledo y Ubieto; *La prevaricación*, cit., ps. 238 y ss.

<sup>15</sup> . De La Mata Barranco, N.J.; *La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 62.

<sup>16</sup> . Debe entenderse que la contravención del cumplimiento del deber, puede suponer la infracción de una norma de orden administrativo o la comisión de un injusto penal, en todo caso se manifiesta su naturaleza antijurídica; como expone Polaino Navarrete, para la determinación del carácter antijurídico de la acción que la autoridad o funcionario ejecutan o aceptan ejecutar, será preciso recurrir al Ordenamiento jurídico en su conjunto; *Delitos contra la Administración Pública. Cohecho*, cit., p. 373; Así, Orts Berenguer, E.; *Delitos contra la administración pública (y, II): Cohecho...*, cit., p. 923; por otro lado, también se pone en debate, cuando el dádiva o la ventaja, en cuanto a la configuración del injusto de Cohecho, toma lugar cuando ya se realizó el acto funcional (con cumplimiento o sin cumplimiento de sus deberes públicos), pues lo que debe motivar al autor debe ser precisamente la entrega del donativo o, si se quiere la promesa de acceder a ella, lo que no se manifiesta en el acto posterior; Así, Molina Arrubla, C.M.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 292.

<sup>17</sup> . Para Arenas, A.V., analizando el artículo 142º del CP colombiano, señala la diferencia entre esas dos formas delictuales reside en que en el cohecho propio el servidor público se

La Mata Barranco, al sostener que tanto la objetividad como la imparcialidad, principios legitimados por la necesidad de actuación de la Administración en aras de la satisfacción de los intereses generales, se derivan del principio de legalidad, de modo tal que toda lesión del principio de imparcialidad implica una lesión del principio de legalidad, si no ocurre así a la inversa<sup>18</sup>.

Antes de pasar al análisis que nos interesa, del bien jurídico tutelado en los injustos de Cohecho, vale resaltar que ambos constituyen delitos de peligro abstracto, de todos modos la punibilidad de la conducta está a la aptitud de lesión ex -ante que desentrañe la conducta, verificable ex -post, por lo que aquellos, que si bien formalmente puedan adecuarse a la tipificación penal, deben descartarse, por no poseer un mínimo de lesividad social. Dicho esto, es de vital importancia, introducir criterios de corrección como la teoría de la adecuación social, del riesgo no permitido y el de insignificancia del disvalor del injusto, para dejar de lado conductas, que si bien formalmente pueden adecuarse a los términos formales del tipo penal, no poseen suficiente contenido material para poner en aptitud de lesión al bien jurídico tutelado<sup>19</sup>; v.gr., cuando el particular le regala una gaseosa al servidor que de forma impropia y eficaz está realizando un acto propio de la función pública.

En palabras de Corcoy Bidasolo, lo que pretende el legislador es motivar el control de los riesgos propios de la organización de instituciones que están al servicio del ciudadano<sup>20</sup>. La legitimidad de dicha construcción teórica, como técnica de tipificación, de adelantamiento de la barrera de intervención del Derecho penal, se explica en cuanto a su íntima relación con la autorrealización de la persona humana, desde un punto de vista “funcional”<sup>21</sup>.

Por otro lado, se trata de un delito de participación necesaria<sup>22</sup>, “plurisubjetivo” como dicen algunos<sup>23</sup>, pues para su realización típica requiere necesariamente la contribución fáctica del particular, hasta de otro funcionario, quien le ofrece la dádiva, beneficio o ventaja de cualquier índole<sup>24</sup>, o a la inversa siendo el autor (funcionario), quien la solicita, dicho

---

compromete a omitir en ejecución de un acto justo, a retardar uno de igual naturaleza o a ejecutar uno contrario a sus deberes, de suerte tal que los tres casos comete, por precio, una injusticia; al paso que en el cohecho impropio el servidor público recibe dinero o acepta la promesa remuneratoria por acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones, de tal manera que en esta hipótesis vende la justicia; citado por Molina Arrubla, C.M.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 296.

<sup>18</sup> . De La Mata Barranco, N.J.; *La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 38.

<sup>19</sup> . Ver al respecto, Mezger, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 407-408.

<sup>20</sup> . Corcoy Bidasolo, M.; *Delitos de peligro*, cit., p. 118.

<sup>21</sup> . A decir de Alcácer Guirao, que el grado de peligro para el bien jurídico –que tampoco es un concepto “naturalístico”, por cuanto presupone una valoración –viene así, a establecer el significado lesivo de la conducta para la autonomía del ciudadano; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., ps. 161-162.

<sup>22</sup> . Así, Blanco Lozano, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 506; Por participación necesaria, se entiende, dice Mezger, la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas; *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 323.

<sup>23</sup> . Así, Molina Arrubla, C.M.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 272.

<sup>24</sup> . En este caso para configurarse el injusto con respecto al intraneus, éste debe “aceptar” el soborno, en cuanto a dicho verbo típico, se ha señalado en la ejecutoria recaída en el RN N° 1091-2004-Lima (Segunda Sala Penal Transitoria), publicado el 26 de noviembre del 2005, que “(...) el término “aceptar”, el que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que



así: los delitos de Cohecho para su perfección delictiva, manifiestan el acuerdo ilícito entre el “corruptor” y el funcionario “susceptible de corromper”. De todos modos, vale decir, que en el marco de la política criminal, en la lucha contra la corrupción, ha supuesto que el disvalor de la conducta de cada uno de ellos, sea reconcedido a una tipificación penal autónoma, en el caso del funcionario será constitutivo de un delito de Cohecho pasivo y, en el caso del particular o funcionario<sup>25</sup>, incurrirá en la infracción penal de Cohecho activo<sup>26</sup>. Tratándose de participación de otros (*extraneus*) para la realización delictiva, quien recibe el dinero, para entregárselo al funcionario, no habrá problema para ser calificada dicha intervención delictiva a título de complicidad (primaria o secundaria), siguiendo el principio de la unidad en el título de la imputación de acorde con el principio de accesoriedad en la

---

*ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario (...)*”. En todo caso lo que se pone de manifiesto es que la configuración típica se da de forma autónoma con respecto al injusto que comete el *intraneus* y, el que de forma simultánea comete el *extraneus*, pues para la realización típica del primero sólo se requiere que el funcionario público acepte la dádiva, sin necesidad de que éste falte realmente a sus obligaciones funcionales, basta que la motivación del soborno sea aquella y, en el caso del particular, que le ofrezca la coima o que acepte la tratativa ilícita, sin necesitar que el servidor público infrinja realmente sus deberes funcionales; En palabras de la Mata Barranco, se estamos ante un delito de consumación anticipada; *La respuesta a la Corrupción Pública*, cit., p. 106; Así se expresa en la siguiente ejecutoria AV N° 14-2001-Lima (Sala Penal Transitoria), en cuanto a la conducta típica prevista en el artículo 393° del CP: “(...) *entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se ejecuta, omite o retarda el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características del tipo penal, sólo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa, no el acto indebido (...)*”.

<sup>25</sup> . Tal como se desprende de los tipos legales previstos en los artículos 397° y 398° del CP, no se exige una cualidad específica para ser autor, por lo que es un delito común específico, pese a estar comprendido en la Sección IV – Corrupción de funcionarios.

<sup>26</sup> . Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 370; en el caso de este injusto, la doctrina no es pacífica al momento de determinar la comunidad que debe expresar el contenido del bien jurídico, si se parte de la doctrina de la infracción de un deber, habrá de rechazarse de plano cualquier intención sistematizadora del interés jurídico tutelado, pues queda claro que el particular (*intraneus*), nunca podrá quebrantar dicho deber, pero si se toma en cuenta que los ataques a la imparcialidad de la función pública pueden ser provocados también por aquellos que no ejercen dicha función, puede incidirse en una convergencia en el bien jurídico a proteger, en tanto el ofrecimiento de una ventaja o beneficio por parte del particular también pone en peligro dicha imparcialidad, mas aún la intervención de aquél es imprescindible para la realización típica, al tratarse de un delito de participación necesaria, por lo que ambos injustos (cohecho pasivo y cohecho activo), se encuentran indisolublemente ligados; A decir de Olaizola Nogales, se trata de un bien jurídico común en el delito de cohecho pasivo y al delito de cohecho activo. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho será el correcto funcionamiento de la Administración pública; *El delito de Cohecho*, cit., p. 111.

participación<sup>27</sup>, siempre y cuando éste actúe con dolo y, no se trate de un acto de venta de influencia, pues de ser así, éste último estaría incurrido en el delito de tráfico de influencias a título de autor.

Se puede partir de lo siguiente: en el delito de Cohecho, cuando el servidor público, se deja tentar por la oferta corruptora del particular o, el mismo promueve el trato ilícito, para infringir sus deberes funcionales, para omitir un acto en violación de sus obligaciones<sup>28</sup>, está afectando dos aspectos puntuales: la imparcialidad en el ejercicio de la actuación pública, pues ésta es quebrantada cuando el autor pone de manifiesto la preponderancia de sus apetitos “personales”, sobre los estrictamente “generales”, que ha de guiar dicha actuación y, a su vez, el principio de legalidad, pues éste deja de aplicar la norma aplicable al caso concreto o, la interpreta de forma antojadiza para favorecer indebidamente al particular<sup>29</sup>. Lo que en un sector de la doctrina han denominado como “privatización de la función pública”, pues el *intraneus*, se aprovecha de su condición de servidor de la administración, para obtener un provecho indebido. El delito de cohecho, apunta Feijóo Sánchez, es el medio más radical que tiene el ordenamiento jurídico para luchar contra la “privatización” de la función pública<sup>30</sup>. Orts Berenguer concluye que el bien jurídico protegido en éstos se contrae a los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad e imparcialidad<sup>31</sup>.

Distinto es el caso de la Concusión, en este caso, el funcionario hace pagar al particular emolumentos o contribuciones por encima de la tarifa legal o indebidos al no estar previstos en la Ley, advirtiéndose una voluntad viciada en la persona del administrado, lo cual es distinto en el caso de Cohecho, donde el pacto sceleris es fruto de una voluntad libre de las partes. Claro, que los delitos de Cohecho, en algunos casos pueden resultar actos preparatorios (cuya propia sustantividad lo hace punible), para alcanzar la realización típica de un delito de prevaricación, dando lugar a un Concurso real de delitos.

La problemática estribaría, en el caso del Cohecho impropio, pues en este caso, el funcionario y/o servidor público, no incumple sus obligaciones

---

<sup>27</sup> . Así, Blanco Lozano, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 506.

<sup>28</sup> . De los elementos constitutivos de la tipicidad penal, que se desprende de los artículos 393º, 394º y 395º del CP respectivamente, se observa dos modalidades de conducta: primero, cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe el donativo y, segundo, cuando es el mismo funcionario quien solicita, directa o indirectamente el donativo. Esta última, ha merecido por parte del legislador una reacción punitiva de mayor intensidad, tal como se ha traducido en la reforma penal que se concretizó en la Ley Nº 28355 del 06 de octubre del 2004.

<sup>29</sup> . En la jurisprudencia nacional, en la resolución recaída en el RN Nº 3765-2001-Cusco (Sala Penal Transitoria), se ha estima que *el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo*; Con ello, se ingresa el Derecho penal a ámbitos de intervención que legítimamente no les corresponde, en cuanto a la “regularidad” en el ejercicio de la función pública, en la medida, que meras desobediencias administrativas pueden también afectar dicha caracterización de la actuación pública. Sólo la imparcialidad es un contenido legítimo de concreción del interés jurídico –objeto de tutela penal-.

<sup>30</sup> . Feijóo Sánchez, B.; *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 704.

<sup>31</sup> . Orts Berenguer, E.; *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 921.

legales, al realizar una actuación prevista en la Ley<sup>32</sup>. Con ello, sector importante de la doctrina, revela la dificultad de encontrar un bien jurídico común, en todas las figuras delictivas de Cohecho<sup>33</sup>, poniendo en cuestión la incapacidad del principio de “Imparcialidad”, como interés jurídico tutelado en el caso del Cohecho impropio. Advertimos, en realidad, que la necesidad por ajustar de forma intensa los cometidos político-criminales, es decir, en la lucha contra la Corrupción, flagelo que se acrecienta cada vez más en el aparato público, ha determinado la incidencia del derecho punitivo, en ámbitos sociales que en realidad no se condicen con sus parámetros de legitimación. Dicho así: *la inclusión de una serie de conductas típicas en el ámbito del Cohecho, mas que revelar un orden sistematizado, de la conducta prohibida, conforme la idea del bien jurídico, parten de una consideración puramente político criminal, de criminalizar conductas que no resultan compatibles con la idea material del injusto en esta esfera de la criminalidad, pero que manifiestan una reprobación social significativa.*

En palabras de Polaino Navarrete, la tipología del cohecho pretende ser un reflejo, aunque acaso resulte ser imperfecto y poco representativo, de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que proliferan en la hampa criminal circundante al mundo funcionarial, en rededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo, del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados y de la traición a las demandas sociales de la justicia democrática<sup>34</sup>.

Como pone de relieve Feijóo Sánchez, comentado la imposibilidad de que sea la Imparcialidad, el interés común de tutela en las figuras de Cohecho<sup>35</sup>, que parece que el legislador se ha excedido en su pretensión de evitar la “privatización” de la función pública y ciertos tipos tiene primordialmente un carácter ético: preservar la probidad, integridad y honradez de funcionarios y autoridades<sup>36</sup>. Definir el contenido material del bien jurídico en el caso del Cohecho impropio, nos conduce indefectiblemente por senderos que se alejan de los principios jurídico-constitucionales, como el decoro, la honradez<sup>37</sup>, en otras palabras la venalidad en el ejercicio de la actuación pública, la instrumentalización del cargo, cuando el servidor lo

---

<sup>32</sup> . Al respecto, cabe anotar que la actuación del particular, cuando entrega una dádiva, beneficio o cualquier tipo de ventaja, no lo hace muchas veces para obtener una decisión ilegal, sino para asegurar que su caso (administrativo y/o jurisdiccional), sea resuelto de forma impronta y de acuerdo a derecho, que en nuestra realidad nacional es una visión concreta, que en la generalidad de los casos, el particular cuando entrega dígame una pequeña dádiva, no lo hace motivado para que se infrinja la Ley, sino que para que se resuelva rápidamente el asunto, a veces ante el temor de que la otra parte, le dé también una ventaja, y así quebrante la normatividad. Son puntos de referencia sociológicos muy importantes a efectos de determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta del particular, no olvidemos que su actuación se reconduce a la tipificación de Cohecho activo, donde la urgencia de que se resuelva la controversia, hace que el ciudadano caiga en este tipo de comportamientos ilícitos.

<sup>33</sup> . Así, De la Mata Barranco, N.J.; *La respuesta a la Corrupción Política*, cit., p. 51; Vizuela Fernández, J.; *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., ps. 229-230; Orts Berenguer, E.; *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 919.

<sup>34</sup> . Polaino Navarrete, M.; *Delitos contra la Administración Pública. Cohecho*, cit., p. 364.

<sup>35</sup> . Si bien hace alusión al CP español, la crítica se hace extensible plenamente al CP peruano, al tipificarse ambas conductas, en los artículos 393º y 394º.

<sup>36</sup> . Feijóo Sánchez, B.; *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 704.

<sup>37</sup> . Así, Molina Arrubla, C.M.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 297.

utiliza sirviéndose de él, para colmar sus pretensiones patrimonialista. En resumidas cuentas, no resulta factible la construcción de un contenido material del bien jurídico, común para todas las figuras delictivas de Cohecho<sup>38</sup>, so pena de vulnerar su criterio sistematizador de común idea con la concreción expuesta en el caso del bien jurídico tutelado como vía generalizadora del Título XVIII del CP.

### **3.- El delito de Cohecho pasivo específico**

(Sigue en la SEGUNDA PARTE)

**PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso.**

**“Estudio Dogmático de los Delitos de Cohecho y sus Perspectivas Político-Criminales”. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Nº 111, Vol. 13, Lima, diciembre 2007, pp. 189-200 (PRIMERA PARTE).**

---

<sup>38</sup> .Así, Berenguer Orts, E.; *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 919.