

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR LA PENA DE
INHABILITACIÓN PERMANENTE EN EL DELITO DE COHECHO ACTIVO EN
EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL”**

Área de Investigación:

Derecho Penal

Autora:

Br. Peña Michilot, Nadia Leticia.

Jurado Evaluador:

Presidente: Dr. Castañeda Cubas, Carlos Miguel

Secretario: Ms. Tapia Diaz, Jessie Catherine

Vocal: Ms. Rebaza Carrasco, Héctor Martín

Asesor:

Ms. Cruz Vegas, Guillermo Alexander

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

PIURA – PERÚ

2022

Fecha de sustentación: 2022/06/27

DEDICATORIA

A Dios, por la sabiduría e inteligencia que me brinda día a día y ser mi principal guía y fuerza en todo momento.

A mis queridos padres María Ximena y Alfredo, por su amor y apoyo incondicional, y quienes me motivan a ser mejor persona y profesional cada día

AGRADECIMIENTO

A Dios, por brindarme una vida llena de aprendizaje y experiencias y guiarme en este camino, permitiéndome avanzar en mi carrera de derecho, por ser mi fortaleza y brindarme su compañía y amor en todo momento

A la Universidad Privada Antenor Orrego, por darme una educación superior de calidad llena de experiencias y conocimientos para alcanzar los objetivos relacionados al mundo jurídico, siendo una pieza clave para escalar un peldaño más en el campo del conocimiento.

A mis queridos padres Ximena y Alfredo, por su amor y apoyo incondicional, por inculcarme siempre valores, por ser mi fuerza motivadora de todos los días para llevar a cabo un triunfo más en la vida.

A mi asesor Ms. Edder Alberto Vera Infantes, por sus enseñanzas compartidas, tiempo y todo su empeño por guiarme en este trabajo

A mis profesores, por sus dedicadas enseñanzas, brindarnos sus conocimientos y experiencias en el transcurso de nuestros estudios profesionales.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Conforme a lo señalado por la reglamentación referida a “grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego y con la finalidad de obtener el título académico- profesional de abogado, presento a ustedes muy respetuosamente la presente investigación bajo el título de: **“Fundamentos jurídicos para modificar la pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.”**

Por la presente tesis de investigación lo que se pretende es dar a conocer un tema bastante controversial en materia de derecho penal constitucional, pues enfrente de un lado la rigurosidad de la sanción para su eficacia y el cumplimiento de los fines de la pena y el respeto de otros derechos como el del trabajo y el libre desarrollo de la personalidad;

La tesis de investigación está dirigida entonces, a determinar las bases fundamentales que garantizan, avalan y refuerzan nuestra toma de postura académica, teniendo un enfoque propositivo, pues se sugiere de” *lege ferenda*” un cambio normativo.

Esperando que esta investigación colme de manera satisfactoria las expectativas generadas.

RESUMEN

La presente investigación toca uno de los problemas observados y hartamente discutidos en el sistema de administración de justicia al que hemos denominado **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA MODIFICAR LA PENA DE INHABILITACIÓN PERMANENTE EN EL DELITO DE COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL.”** Este tema ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios y operadores de justicia en nuestro medio; el presente trabajo se centra en determinar los Fundamentos jurídicos para modificar la pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

Los métodos usados en esta investigación obedecen a métodos lógicos, siguiendo un análisis deductivo, analítico – sintético y comparativo, también hemos recurrido a los métodos jurídicos en los cuales nos permiten interpretar hermenéuticamente el código penal. A la vez que mediante el método doctrinario seleccionamos las posturas que se ajusten a nuestras propuestas.

El resultado de nuestra investigación se presenta a modo de conclusiones donde finalmente expresamos que: Los fundamentos jurídicos para modificar la pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial son: Quebrantamiento del fin resocializador de la pena; afectación del principio de proporcionalidad; vulneración del derecho al trabajo y libre desarrollo de la personalidad.

ABSTRACT

This investigation touches on one of the observed and widely discussed problems in the justice administration system that we have called "LEGAL FOUNDATIONS TO MODIFY THE PERMANENT DISABILITY PENALTY IN THE CRIME OF ACTIVE BRIBERY IN THE FIELD OF THE POLICE FUNCTION." This issue has been the subject of debate by notorious doctrinaires and justice operators in our midst; the present work focuses on determining the legal bases to modify the penalty of permanent disqualification in the crime of active bribery in the field of the police function.

The methods used in this research obey logical methods, following a deductive, analytical - synthetic and comparative analysis, we have also resorted to legal methods in which they allow us to interpret the penal code hermeneutically. At the same time, through the doctrinal method, we select the positions that adjust to our proposals.

The result of our investigation is presented as conclusions where we finally state that: The legal bases to modify the penalty of permanent disqualification in the crime of active bribery in the field of the police function are: Breach of the resocializing purpose of the penalty; affectation of the principle of proportionality; violation of the right to work and free development of the personality.

CONTENIDO

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
PRESENTACIÓN.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
CAPÍTULO I	1
EL PROBLEMA	1
EL PROBLEMA:	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:.....	1
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:.....	7
1.3. HIPÓTESIS:	7
1.4. JUSTIFICACIÓN:	7
1.5. OBJETIVOS:.....	8
1.5.1. OBJETIVO GENERAL:.....	8
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	8
1.6 VARIABLES:.....	8
1.6.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:	8
1.6.2 VARIABLE DEPENDIENTE:.....	9
CAPÍTULO II	10
MARCO TEÓRICO	10
SUB CAPÍTULO I	10
EL DELITO DE COHECHO ACTIVO DE LA FUNCIÓN POLICIAL	10
1. Definición de cohecho	10
2. Clase de cohecho.....	10
3. El cohecho en el derecho comparado	17
4. Cohecho en la función policial	21
SUB CAPÍTULO II	44
LA PENA DE INHABILITACIÓN.....	44
4. Antecedentes legislativos.....	46
SUB CAPÍTULO III	60

CAPÍTULO III	66
MARCO METODOLÓGICO	66
1. MATERIALES:	66
2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:	66
2.1 Métodos Lógicos:	66
2.2. Métodos Jurídicos:	67
3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:	67
CAPÍTULO IV	69
CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFÍA	71

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

EL PROBLEMA:

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

En su definición más elemental el derecho penal es aquella parte del derecho que tiene por objeto de estudio al delito y a las penas; estas últimas como sanciones penales a consecuencia de la comisión de infracciones penales (delitos o faltas) deben estar establecidas, conforme al principio de legalidad, en la ley: principio de reserva de ley (García Caverro, 2014). Así las cosas, nuestro artículo 28 del código penal, así como el 29-A regulan las distintas clases de pena: la pena privativa de la libertad, que incide sobre la libertad individual de la persona, y que puede ejecutarse de forma efectiva con internación en el penal o de manera suspendida sometiendo al condenado a determinadas reglas de conducta; las penas restrictivas de la libertad, dentro de las que se encuentra la expulsión del extranjero que comete delitos en el país y que se hace efectiva cuando se haya cumplido la pena privativa de libertad; la pena de multa que afecta el patrimonio del condenado imponiendo el pago de una suma dineraria en favor del Estado, la pena de vigilancia electrónica personal, incorporada con la finalidad de reducir la sobrepoblación carcelaria en el país; y, la pena limitativa de derechos (artículos 31 al 40 del código penal), las que a su vez se subdividen en prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, y la inhabilitación.

Es sobre la última de las penas mencionadas que girará el objeto de nuestra investigación: la inhabilitación. Se debe entender que esta es una pena limitativa de derechos que como lo ha mencionado la Corte Suprema en el acuerdo plenario N° 10-2009 CJ/116“... se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades públicas,

inclusive Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad” (fundamento sexto). El máximo tribunal de justicia común en el Perú, ha señalado también que “...a través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir” (Acuerdo Plenario N.º 02-2008 CJ/116). La pena de inhabilitación es una pena que puede ser principal o accesoria, cuando se trata de la inhabilitación como principal, esta es impuesta por el juez sin la necesidad de estar sujeta a la imposición de alguna otra pena, es necesario mencionar aquí, que se puede imponer de forma conjunta con cualquiera otra pena (penas conjuntas), pero ello no significa que la imposición de la inhabilitación se imponga con sujeción a la otra clase de pena. La inhabilitación es accesoria cuando carece de existencia propia, sino que más bien su imposición depende la imposición de otra clase de pena, que generalmente es la pena privativa de la libertad.

Es un error muy común en la práctica judicial confundir la accesoriadad de la inhabilitación con su imposición como principal acompañada de otra pena de forma conjunta. Conviene entonces aclarar ello utilizando los términos del acuerdo Plenario 02-2008 CJ/116 que señala que “mientras La pena de inhabilitación será principal cuando se establezca como sanción en la parte especial del Código Penal, operando de manera autónoma o conjunta con otras penas como la privativa de la libertad o la multa. Estamos ante una inhabilitación como accesoria cuando, sin aparecer en la parte especial, acompaña a una pena principal de manera complementaria, “fijándose en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo”, este error es tan flagrante que inclusive el propio legislador se equivoca, por ejemplo, al entender que el delito de cohecho específico, tienen como sanción una

inhabilitación accesoria cuando en realidad es principal. No olvidemos que una pena es principal cuando “están previstas de modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código Penal” (Gracia, 2004), esto es de forma expresa ya sea en el mismo tipo penal o en una fórmula genérica a final de un título de la parte especial del código penal, como sucede por ejemplo en el artículo 426 del Código Penal (técnica legislativa usada en el Perú); en cambio será accesoria cuando “no están previstas de forma expresa para el delito específico en la Parte Especial del Código Penal. En este sentido, el juez deberá recurrir a los criterios de la Parte General (art. 39 CP) para aplicar, de forma indirecta, estas medidas”.

Sobre la inhabilitación, es necesario poder establecer su duración tanto cuando es una pena principal o como cuando es una pena accesoria. Así el artículo 39 señala, que la pena de inhabilitación como accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal, esto es cuando hace alusión a “la pena principal” no se refiere a la duración de otra clase de pena impuesta como principal (la privativa de la libertad, por ejemplo) sino que hace referencia a la pena de inhabilitación como principal, con lo que, como ha señalado el Acuerdo Plenario N.º 02-2008, la inhabilitación como accesoria no podrá ser mayor a la duración de la inhabilitación como principal contenida en el artículo 38 del código penal, en ese mismo sentido se han pronunciado también el Recurso de Nulidad 384-2005: La Libertad. Fundamento 4. La pena de inhabilitación como pena principal, es de carácter temporal, salvo las excepciones que se señalan en la ley en función a la naturaleza de las cosas por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación.

Ahora bien, tras haber analizado brevemente los alcances de las penas y, en sentido estricto, de la pena de inhabilitación específicamente en cuanto a su duración, es insoslayable hacer mención de un tipo penal que en la consecuencia jurídica que se le asigna contempla como sanción

conjuntamente con la pena privativa de la libertad a la pena inhabilitación, este es el denominado “ cohecho activo impropio en el ámbito de la función policial”, delito que se encuentra recogido en el artículo 398-A (Modificado por el Decreto Legislativo N.º 1351) y cuya sanción de pena de inhabilitación se encuentra en el artículo 398-B con remisión al artículo 36 inciso 7 del Código Penal; veamos:

Artículo 398-A:

“El que bajo cualquier modalidad ofrece, da, o promete a algún miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita en violación de sus obligaciones derivadas en función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”.

“El que bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un miembro de la policía nacional donativo o cualquier beneficio o ventaja para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a sus obligaciones que se deriven de ella, será reprimiendo con la pena no menor de 3 ni mayor de 6 años”.

Artículo 398-B:

“En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36”.

Artículo 36:

“La inhabilitación produce, según disponga la sentencia”:

“Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo”

Aunque no es el momento, por ahora de hacer un análisis típico de la figura delictiva en mención, solo confines descriptivos diremos que este tipo penal

enuncia un delito contra la administración pública que puede ser cometido por cualquier persona, que se consuma inmediatamente al momento de dar, prometer u ofrecer el beneficio a un miembro de la Policía Nacional; sin embargo, y en relación a la sanción con pena de inhabilitación contenida en el artículo 398-B con expresa remisión al inciso 7 del artículo 36, debemos tener en cuenta que la norma hace mención que esta se aplicará cuando se corrompa a un miembro de la Policía Nacional que correspondan al sector de tránsito y seguridad vial, no cabe duda de esa inhabilitación indefinida o perpetua contenida en la norma aludida, se ha creado con el objeto de hacerle frente a un problema de corrupción generado en las actuaciones de los conductores de vehículos motorizados, buscando que estos se abstengan a influir de manera patrimonial o beneficiosa a favor de un efectivo de la Policía Nacional que los interviene, para que estos omitan sus funciones, o las realicen en motivación de esos beneficios extras; afectando al Estado y al correcto funcionamiento de la administración pública (como bien jurídico general) (Abanto, 2014). Debe quedar claro, entonces que la inhabilitación perpetua recogida en esta norma, y con la cual nos mostramos abiertamente contrarios, se aplicara como consecuencia de un acto de corrupción en el ámbito policial pero correspondientes a las funciones de tránsito y seguridad vial.

La sanción de inhabilitación explicada en al párrafo anterior es, a nuestra consideración, abiertamente vulneradora del principio de proporcionalidad, ya que no hay congruencia entre el daño producto del injusto penal y la sanción dado, y si bien es cierto el fin que se persigue con este tipo de sanciones puede ser legítimo (sub test de idoneidad), pues se pretende evitar este tipo de actos de corrupción, también no es menos cierto que con una medida menos gravosa, se puede cumplir el fin de reducir estos actos de corrupción (Sub test de necesidad), máxime si tomamos en cuenta que el fin de las penas es de prevención especial positiva, posibilidad que se anularía ante la imposición de penas atemporales e indefinidas; por otro lado, esta

sanción no se condice con el fin resocializador de la pena, pues lo que se quiere lograr con ello es que la conducta de las personas infractoras no se convierta en reiterativa, y solo se podrá afirmar la vigencia de la ley penal (cumplimiento por convencimiento del respeto a la ley penal) si la persona puede actuar de forma responsable luego de haber cumplido la sanción impuesta, posibilidad absolutamente negada con la inhabilitación perpetua; así también, como lo menciona la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Exp. N° 17112-2017 Lima, el artículo 398-B del Código Penal, al establecer la cancelación o incapacidad definitiva, impidiendo obtener autorización para conducir, se afecta el derecho a trabajar libremente, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados.

Encontrar una solución a la problemática aquí esbozada, nos conduciría a dos caminos: el primero que se identifica con el control constitucional de las penas por parte del juez en el caso concreto vía un control difuso y prefiriendo derechos fundamentales como el principio de resocialización como fin de la pena, el derecho al trabajo, el de libre desarrollo de la personalidad o el principio de proporcionalidad, e inaplicando la sanción contenida en la norma antes citada, imponiendo como inhabilitación una duración gradual conforme lo señala el artículo 38 del Código Penal, esto es, de seis meses a diez años, donde es tarea del juez conforme a los criterios del sistema de tercios imponer la sanción un pena que permita la consecución de sus fines. El segundo una reforma de la citada norma señalando que la pena se aplicará conforme al artículo 38 del código penal por ser una inhabilitación principal, siguiendo también los criterios actuales que la ley y la jurisprudencia imponen con respecto al sistema de tercios, el que no solo se aplica a las penas privativas de la libertad sino a todas las penas.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para modificar la pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial?

1.3. HIPÓTESIS:

Los fundamentos jurídicos para modificar la pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial son: Quebrantamiento del fin resocializador de la pena; afectación del principio de proporcionalidad; vulneración del derecho al trabajo y libre desarrollo de la personalidad.

1.4. JUSTIFICACIÓN:

Desde el punto de vista teórico, la investigación se justifica en razón que es necesario que el legislador al momento de establecer las penas abstractas para cada uno de los tipos penales debe observar los principios propios del derecho penal material, no puede guiarse únicamente por un afán netamente represivo, entendiendo a la pena como un mero castigo de suma gravedad, pues en un estado constitucional de derecho deben primar y regir la conducta del legislador en su tarea de establecer delitos y penas los principios como el de proporcionalidad, el fin resocializador de las penas que el Tribunal Constitucional ha defendido en un sinnúmero de sentencias y los demás derechos, pues de no hacerlo, seríamos un Estado vulnerador de nuestra propia Constitución Política.

A nivel práctico, la tesis servirá para que los operadores de justicia, tanto los fiscales, al momento de requerir la pena, así como los jueces cuando corresponde emitir la sentencia, puedan tomar en cuenta la problemática y preferir un control constitucional de las penas, para que de este modo se

dejen a salvo los derechos fundamentales del procesado, imponiéndoles una pena de inhabilitación proporcional y que sirva a los fines de las penas.

En el ámbito metodológico, se busca que este trabajo sirva como base de futuros trabajos de investigación no solo sobre la pena de inhabilitación en ese caso, sino en general, así como para que se trabaje académicamente la necesidad de someter las penas a un control de constitucionalidad por parte de los operadores jurídicos.

1.5. OBJETIVOS:

1.5.1. OBJETIVO GENERAL:

- Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para modificar la pena de inhabilitación permanente en el delito de “cohecho activo en el ámbito de la función policial”.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Señalar que tipo de pena es la inhabilitación en el ordenamiento jurídico código penal peruano.
- Explicar cuando la inhabilitación es principal y cuando es accesoria.
- Explicar los alcances del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en el ordenamiento jurídico penal peruano.
- Explicar por qué la pena de inhabilitación perpetua en el caso del “cohecho activo de la función policial” vulnera la proporcionalidad, el derecho al trabajo y libre desarrollo de la personalidad.

1.6 VARIABLES:

1.6.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:

Pena de inhabilitación.

1.6.2 VARIABLE DEPENDIENTE:

Delito de “cohecho activo en el ámbito de la función policial”.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I

EL DELITO DE COHECHO ACTIVO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Definición de cohecho

El cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede definirse como “el uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones”. (Rojas V., 2017)

El delito de “cohecho pasivo propio en función policial” está tipificado como tal en el “artículo 398-A del Código Penal”. Contiene un supuesto básico prohibido y un supuesto que agrava el hecho, es un tipo penal de mera actividad que se configura en el momento en que el tercero pretende corromper al miembro de la policía nacional para que realice u omite actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella. En ambos casos requiere en el agente corruptor, dolo directo. (Hugo Álvarez & Huarcaya Ramos, 2018)

2. Clase de cohecho

2.1. Activo

Los actos de corrupción necesitan la participación de dos sujetos: uno que inicia la propuesta corruptora, y el otro que acepta la misma, normalmente en la lógica de los códigos penales latinoamericanos, entre los que se encuentra el nuestro, quien inicia normalmente la oferta corruptora es el particular o extraños, por eso se le llama

cohecho “activo”, y el funcionario o servidor público es quien normalmente acepta o recibe dicha oferta; sin embargo, en algunos casos, es el funcionario público o servidor público quien inicia dicha oferta corruptora, la misma que se encuentra regulada en nuestro Código Penal, a partir del año 2004 (artículo 393°, segundo párrafo), convirtiéndose así el funcionario o servidor en una especie de cohechaste “activo” encubierto. En otras palabras, no todos los casos el extrañes es quien comienza el proceso corruptivo, configurándose un cohecho activo, sino que también en algunos casos, es el propio sujeto intraneus, quien inicia dolosamente la solicitud de los medios corruptores. Respecto al acto de corrupción cuando el Código hacía referencia al tratar de corromper, se refiere a cualquier acción dirigida a comprar la función pública o hacer que el funcionario venda la función pública. La doctrina la conoce como el cohecho activo de propuesta; el tipo penal exige siempre una conducta activa del sujeto activo (el acto de corrupción), lo cual incluye también a los actos concluyentes positivos del funcionario público. (Abanto, 2011)

«El delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe un donativo o ventaja para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago o del acto indebido, ya 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 jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado» (cfr. Gaceta penal.

T.7.Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2010 p. 160). (Recurso de Nulidad N ° 1406-2007-Callao).

2.2. Pasivo

Para la configuración del delito de cohecho imputado a los encausados, se requiere no solo una entrega concreta del dinero a un funcionario público sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal -infracción de deberes funcionales-, en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso, al no existir probanza alguna que compruebe aquello, por lo que al no haberse desmido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos» (cfr. Gaceta penal y procesal penal. T. 5. Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009, p.192). (Recurso de Nulidad N°4082-2006-Lima).

2.3. Propio

El tipo penal en estudio tiene a su vez dos clasificaciones bien definidas, que son: el delito de cohecho propio que se encuentra regulada en el primer párrafo (“el que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones (...)” y por otro lado, el delito de cohecho impropio que se encuentra regulada en el segundo párrafo (“el que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omite actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación”) (Frisancho, 2011)

2.4. Impropio

El delito de cohecho pasivo impropio “está regulado en el artículo 394° del Código y lo que reprime es la conducta del funcionario o servidor público que, si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Es más, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo con su competencia. Este delito requiere definitivamente -como en el anterior- de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestigie la función pública. Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del artículo 394° la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario entonces vale lo dicho anteriormente” (Bermúdez Tapia, 2015).

«Que, de la revisión de autos se advierte que los elementos probatorios recopilados durante la etapa policial e instrucción y valorados en el acto oral, lograron establecer la responsabilidad penal del encausado en el delito contra la Administración Pública en la modalidad de cohecho pasivo impropio, en tanto, existe la incriminación del ciudadano Francisco Laura sindicándolo como la persona que inicialmente le solicitó la suma de veinte nuevos soles, para posteriormente, solicitarle la suma de doscientos nuevos soles para la rectificación de datos en la partida de nacimiento de su hija» (Bermúdez Tapia, 2015)(Recurso de Nulidad Ni 49-2012-Lima).

«Que, el delito de cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, se configura cuando el agente -funcionario o servidor público- solicita a otro una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, siendo por ello un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado -en palabras del profesor Manuel Abanto Vásquez- consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar al “acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio”, no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que, como se ha dicho, puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; a su vez, el profesor Líder Rojas Vargas considera que en “el comportamiento activo de solicitar, el delito se consume con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja”, por lo que esta modalidad delictiva no admite la tentativa»(Recurso de Nulidad Ni 4130-2008-del Santa).

3.5. Especifico

Se encuentra tipificada en el artículo 395° -primer párrafo- del Código Penal existiendo una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: magistrados, fiscales (estos comprenden a todas las instancias) peritos, miembros del tribunal administrativo y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada en aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas

situaciones confrontaciones, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública.

En este contexto, ¿será más grave el cohecho del juez que el del Presidente de la República, ministro o el de un congresista? Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del artículo 393°, por lo de “funcionario público” pero la pena resulta ínfima: en el primer supuesto, es no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (artículo 395°) que es donde debería estar el cohecho del presidente, ministro, etc. -y porque sería mucho más grave- la pena es no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo genérico aún el supuesto típico más grave (tercer párrafo del artículo 393°) para los “altos funcionarios”.

La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) solicite los medios corruptores. Se trata de un Código Penal Comentado comportamiento activo y el legislador la prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el artículo 395° -primer y segundo párrafo- se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores pueden darse “bajo cualquier modalidad”. Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del artículo 396° -corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales- con el artículo 395° que venimos comentando en razón de que ambos responden a una misma finalidad política criminal: “cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia”. En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor disvalor del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados

para administrar justicia, y de otro lado, un menor disvalor del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas “ocultas”, en contra de su función pública. (Abanto, 2011)

El delito de “cohecho activo específico dirigido al magistrado , fiscal, perito, árbitro , miembro de tribunal administrativo o análogo”- En la segunda parte del artículo 398 del Código Penal se reprimen a aquellas personas naturales -pueden ser sujetos extraños, aunque pueden ser también funcionarios o servidores públicos pero que no tengan competencia o conocimiento del asunto o controversia a resolver- que entregan o prometen entregar donativo o ventaja indebida a ciertas personas que tienen capacidad de decisión sobre un asunto o “controversia que están efectivamente conociendo. Como puede verse, se tratarían de ciertas personas funcionariales que la Constitución Política y la ley le han conferido el poder de resolución o definición de la controversia -a unos más absolutos y autónomos que otros dentro de su ámbito de competencia. En realidad, la especialidad del presente ilícito no radica definitivamente en el sujeto activo o autor, que puede ser cualquier persona -delito común-, sino en la persona física sobre la cual recae la acción corruptiva del sujeto activo, que son las personas señaladas expresamente en el segundo párrafo del artículo 398°: magistrado, fiscal, perito, testigo, árbitro, miembro del tribunal administrativo u otro análogo”. (Reaño, 2014)

3. El cohecho en el derecho comparado

3.1. En Argentina

Bien jurídico en el delito de cohecho “La figura del cohecho implica un resguardo de la Administración Pública frente a la venalidad de los funcionarios, es decir, que el bien jurídicamente protegido en esta clase de delitos es siempre la moralidad y corrección que debe imperar en la Administración Pública”

“El cohecho para hacer valer la propia influencia no requiere necesariamente una relación funcional o disciplinaria de mayor jerarquía, configurando la más común de las formas de cohecho en donde las propias relaciones funcionales llevan a que, más allá de los grados, jerarquía o funciones, se logra (interceder) para conseguir que quien en definitiva es un compañero de trabajo haga o deje de hacer algo”.

“El delito de cohecho se consuma con la recepción del dinero de la dádiva o la aceptación de su promesa por el funcionario o por la persona interpuesta, sin necesidad de que el funcionario se conduzca según lo explícita o implícitamente acordado”.

Cohecho pasivo simple El art. 256 del Código Penal argentino (modificado por Ley Ni 25.188) establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”. Cohecho activo simple El artículo 258 del Código Penal (modificado por Ley Ni 25.188) describe el delito de cohecho activo simple de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere

dávivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 257 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, párrafo 2 y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”.

3.2. En Colombia

El art.141 del C.P. modificado por el art. 22 de la Ley 190 de 1995, dice al respecto: “El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario de sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

3.3. En España

La presión social, “como resultado de la revelación de los grandes casos de corrupción de los años 90, en España, condujo a la adopción de muchas medidas conducentes a hacer frente a este fenómeno. La más relevante entre ellas, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción conocida actualmente como la Fiscalía Anticorrupción creada a través de la ley 10/1995, de 24 de abril, que inició sus actividades a comienzos de 1996”. Este organismo forma parte del Ministerio Público español con el cual comparte diversas características, en especial la amplia base legal de sus actividades, conforme al Art. 124 de la Constitución y al Estatuto del Ministerio Público. Mantiene un carácter pluridisciplinario,

lo que lo distingue de otras fiscalías, apoyándose en las unidades especializadas que han sido destacadas por el Fisco (tres inspectores y seis inspectores adjuntos), por la Unidad de Apoyo de la Inspección Administrativa General de la Función Pública (dos inspectores y tres administradores) y por la Guardia Civil o Gendarmería y la Policía Nacional o Policía Judicial.

La combinación de agentes venidos de diferentes ramas de la Administración, bajo la exclusiva autoridad del Procurador General de esta Fiscalía, representa una orientación nueva en relación con los métodos tradicionales de funcionamiento de las instituciones judiciales españolas y ha servido de modelo a otros países europeos. Con recursos que provienen del presupuesto del Ministerio público, los que a su vez forman parte del presupuesto del Ministerio de Justicia, la Fiscalía Anticorrupción cuenta con once procuradores bajo la dirección de un Procurador General escogido por el Gobierno, después de una consulta al Consejo Fiscal y a propuesta del Procurador General del Estado. Los procuradores han sido formados en criminalidad económica y fraude fiscal. A través de su Unidad Fiscal mantiene un enlace directo con la base nacional de datos del Fisco que contiene el detalle de las declaraciones de renta de todas las personas naturales y jurídicas de España por los últimos seis años. Por otro lado, tiene acceso a otras bases de datos de autoridades públicas, incluso las de las fuerzas de orden.

La competencia de la Fiscalía se refiere a dos categorías de delitos, en principio independientes la una de la otra: las infracciones cometidas por agentes públicos en el ejercicio de sus funciones oficiales y las de tipo económico, no necesariamente cometidas por aquellos funcionarios. Se encuentran establecidos en el artículo 18, párrafo 3 de la ley 10/1995, de 24 de abril:

Delitos contra la Hacienda Pública, el contrabando y las infracciones al control de cambios; Delitos de prevaricación; Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada; Malversación de fondos públicos; Fraudes y exacciones ilegales; Delitos de tráfico de influencias; Delitos de cohecho; Negociaciones prohibidas a los funcionarios; Ciertas infracciones contra los bienes y el orden socio-económico, según lo establecen las secciones IV y V del Título XIII del Libro II del Código Penal, y Delitos conexos con los anteriores.

La Fiscalía, entonces, tiene una amplia competencia sobre materias de corrupción independientemente de la forma de criminalidad a la que esté asociada. Pero esto no depende sólo de que el delito esté considerado en el listado anterior, sino que también de que posea una “importancia particular” conforme con la definición dada por el Procurador General del Estado, de manera general o caso por caso en virtud de instrucciones específicas. Sin embargo, siempre “la importancia particular” debe ser objetiva y fundarse sobre criterios que sean frutos de la legislación o la jurisprudencia. Por ejemplo, en el caso de infracciones cometidas por funcionarios según instrucciones del Procurador General del Estado, de 15 de enero de 1996 debe tratarse de personas que gozan del estatuto de alto funcionario, según las disposiciones del artículo 1 de la ley 12/1995, de 11 de mayo, sobre incompatibilidades aplicables a los miembros del Gobierno del Estado y a los altos funcionarios de la administración general del estado, así como a sus homólogos de la administración regional, provincial o local.

También influyen, tratándose de funcionarios de menor rango, la complejidad de los hechos, su importancia económica o la inquietud social. Para el criterio cuantitativo se ha adelantado que, con un criterio flexible, una cifra indicativa sería de 100 millones de pesetas. La intervención de la Fiscalía se realiza en dos frentes: el procedimiento de investigación y la intervención en el procedimiento penal. El

procedimiento de investigación se inicia con la presentación de una querrela sea de un particular, sea de la Administración o de oficio. Iniciado, la Fiscalía informa inmediatamente a la Fiscalía que habría sido competente territorialmente, a fin de evitar todo entrecruzamiento de procedimientos. Asimismo, está en la obligación de mantener informado al Procurador General del Estado sobre las materias de que se ocupa y de todo hecho nuevo, especialmente de toda transferencia eventual de competencia.

4. Cohecho en la función policial

4.1. Aspectos básicos:

Como señala Peña Cabrera Freyre “el delito de Cohecho en el ejercicio de la función policial se encuentra tipificado en lo artículo 395-A y 395-B del Código Penal, en lo que respecta en su modo pasivo sea este propio o impropio; y en el artículo 398-A en su modalidad activa” (Peña Cabrera, 2018).

Si entramos al análisis del origen de esta modalidad delictiva, es necesario mencionar que mediante el Decreto Legislativo N°1351 fue que se incorporó al nuestro catálogo Penal sustantivo nacional, el tipo penal de “cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial y cohecho activo en el ámbito de la función policial” (denominaciones que acoge la norma penal).

La conducta punible que se describió con la incorporación de este delito, está estrictamente vinculado a los miembros de la Policía Nacional del Perú, en los casos que estos: “acepten o reciban donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones

derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas” (Texto de la norma)

Las sanciones que se recibirán producto de la comisión de este evento delictivo serán penas privativas de libertad que oscilarán entre los cuatro y doce años de pena privativa de libertad, según sea la modalidad o conducta típica de que se trate. Con la creación de este tipo penal, lo que se busca es “combatir la corrupción en el sector interior, específicamente la Policía Nacional que tiene la función de proteger a la sociedad y no ser uno de los entes que promueva y consolide la micro corrupción” (Reátegui, 2019)

La doctrina define a la corrupción como “el mal uso del poder para conseguir una ventaja ilegítima; es decir, es el abuso del poder que ejerce una persona para obtener beneficios particulares o en favor de un tercero, sean estos económicos o no, violando la norma en perjuicio del interés público, la cual generalmente es secreta y privada” (Abanto, 2007), claro está, que ese secretismo se da con la finalidad de eludir los mecanismos de control y prevención. Se trata, como dice Reátegui Sánchez, de cualquier actividad “a través de la cual se altera y perturba la forma y el objeto de una cosa, de un procedimiento o de una negociación; la cual destruye los procedimientos previamente establecidos, a cambio de la promesa u obtención de beneficios recíprocos entre sus protagonistas. Un acto de corrupción viene a ser entonces, una conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales o beneficios monetarios o de orden social; además que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales o de terceros” (Reátegui, 2018).

La corrupción, vinculada a la administración pública, señala Peña Cabrera “vendría a ser, todos los actos mediante los cuales un funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto a los

estándares normativos establecidos para su actuación, con la finalidad de favorecer intereses particulares o de terceros, a cambio de una recompensa, que no necesariamente tiene que ser de carácter económico” (Peña Cabrera, 2019).

Villafuerte señala, analizando el fenómeno de corrupción en general, “este tipo de fenómeno florece en todos los escenarios de las instituciones públicas, sean estas comisarias, municipalidades, hospitales, Registros Públicos, Ministerios, etc., y también dentro de las entidades privadas. Lo cual trae como consecuencia el desvalor funcional de autoridades de mayor y menor rango, nacionales y extranjeros, públicos y privados” (Villafuerte, 2019). Nos encontramos, señala el mismo autor, que “...frente a dos escenarios de corrupción; una macro corrupción o a gran escala y una micro corrupción o a pequeña escala. La corrupción a gran escala se compone de actos cometidos en un alto nivel de gobierno que distorsionan las políticas o el funcionamiento central del Estado, permitiendo a los líderes beneficiarse a expensas de la sociedad. Por ejemplo, las adquisiciones que se dan en licitaciones directas debido al estado de emergencia o las tan sonadas organizaciones criminales como *los cuellos blancos* o el *club de la construcción*, entre otros. La corrupción a pequeña escala se refiere al abuso del poder diario que se da por parte de funcionarios públicos en sus interacciones con ciudadanos ordinarios, que a menudo están tratando de acceder a los servicios básicos en lugares como hospitales, municipalidades, comisarias, registros públicos, y otras instituciones del Estado” (Villafuerte, 2019).

La profesora Diana TORRES QUISPE, señala que “en la Policía Nacional del Perú existiría una micro corrupción dado que es la primera en tener contacto con los ciudadanos, es el primer escalafón ante el imperante poder judicial o Ministerio Público” (citada por Villafuerte, 2019).

Ya adentrándonos en los delitos materia de investigación en este trabajo, es necesario señalar que dentro de todos los delitos contra la Administración Pública, definitivamente uno de los que merece una especial atención es el tipo penal de “Cohecho Pasivo Propio e impropio en el ejercicio de la función policial”; este delito requiere una especial atención por parte de los operadores y de la dogmática, debido a que se ha hecho una práctica muy frecuente la entrega de dádivas a efectivos policiales cuando estos se encuentran en el ejercicio de su función policial, con el objeto de evitar recibir algún sanción administrativa, tal y como sucede con el caso de las multas de tránsito vehicular, o para, también, con el objeto de obtener algún informe policiales que sea favorable al particular al momento de dilucidar alguna controversia, o también para adquirir “constataciones policiales” que no están ajustadas a lo que en la realidad acaeció, así mismo, para que se pueda agilizar algún tipo de proceso o procedimiento ante alguna entidad del Estado, entre otras muchas más conductas que encuadran a la perfección en el tipo penal materia de análisis.

En la doctrina nacional se hace una fuerte crítica pues se ha señalado que, “si bien podemos encontrar que es un delito muy común, no ha sido de mucho interés por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, pues solo existe un Acuerdo Plenario, N°01-2005, que constituyó precedente vinculante, donde se desarrolló el elemento *acceptar*” (Peña Cabrera, 2019). Ello nos conduce a sostener que este tipo penal de reciente data incorporado en el país en el año 2017 “obedece a una suerte de populismo punitivo; pues pareciera que el legislador se preocupó en incorporarlo a la normatividad jurídica penal y no ha seguido desarrollando jurisprudencia que nos guíe y determine una homologación no solo en conceptos, sino también en los distintos problemas que abarca el delito de cohecho” (Salinas, 2019). Ello sin perjuicio, del hecho que es una medida que abarca sanciones penales

rigurosas, pues es notorio, que la pena por la comisión de este delito en la mayor parte de los casos, -según el “verbo rector” de que se trata- va a tener el carácter de sanción penal efectiva. Entonces vemos, nos dice Villafuerte que “se trata de un delito que genera una problemática especial y por ende es necesario un estudio profundo con la finalidad de poder erradicar por completo los actos de soborno. El soborno es la acción por la cual se entrega el dinero, la dádiva o regalo para intentar que alguien tome una decisión a favor de quien lo soborna” (Villafuerte, 2019).

En palabras de Villafuerte “el ISO 37001 define el soborno como la oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja indebida de cualquier valor (que pueda ser de naturaleza financiera o no financiera), directa o indirectamente e independiente de su ubicación, en violación de la ley aplicable, como incentivo o recompensa para que una persona actúe o deje de actuar en relación con el desempeño de las obligaciones de esa persona” (Villafuerte, 2019). En tanto que el cohecho vendría a ser entonces “el delito cometido como consecuencia de la acción del soborno. En el ámbito del derecho, el cohecho es un delito que consiste en sobornar a una autoridad o funcionario público mediante el ofrecimiento de una dádiva a cambio de realizar u omitir un acto inherente a su cargo. En el delito de cohecho, la compra de la función pública, el dinero, la dádiva o regalo para intentar que alguien tome una decisión a favor de quien lo soborna, tiene que ver con una recíproca contraprestación entre el funcionario y el particular, donde el primero pone un precio para vulnerar o contravenir sus deberes inherentes al cargo que desempeña” (Reátegui, 2018).

Esto nos lleva a concluir entonces, dice Villafuerte que “no es el patrimonio estatal el objeto de afectación, pues lo que recibe el *cohechante* pasivo es dinero que proviene del bolsillo del particular o

quien fuere que actué como *cohechante* activo. Lo que es objeto de lesión, son los principios de legalidad e imparcialidad, que se ven transgredidos cuando el funcionario y/o servidor público recibe una dádiva, una coima, que al final de cuenta es un soborno y lo recibe para realizar un acto en violación de sus obligaciones legales o para realizar un acto propio del cargo que desempeña en la administración pública. Es por eso que, en los delitos de cohecho, el soborno no está supeditado a una determinada cuantía o monto del dinero objeto material corruptor” (Villafuerte, 2019).

La doctrina critica el hecho de que el cohecho no tenga un límite mínimo para su configuración, o que por lo menos se configure como una agravante en función de la cuantía de la dádiva o ventaja; así Villafuerte señala que “ustedes revisan los elementos objetivos del tipo penal materia de estudio y no van a encontrar que el legislador haya incorporado una cuantía mínima o determinada. Es lo mismo, para imputar cohecho, sobornar con 20 soles que con 100,000 soles; no importa si te regalo una gaseosa o un viaje doble a las islas Maldivas todo incluido; no interesa el monto, valor o tipo del medio corruptor empleado. Lo que en todo caso puede agravar el desvalor, es la naturaleza de los deberes infringidos, así como la relevancia de la investidura funcional del agente delictual” (Villafuerte, 2019).

El profesor Peña Cabrera afirma que este delito de cohecho es un delito de encuentro o también denominado delito de participación necesaria, además de ser un delito de mera actividad o de peligro, por el cual el funcionario solicita a su favor o de un tercero una dádiva o ventaja con la finalidad de “cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo”, existiendo una relación de causalidad entre la solicitud del sujeto y el acto que espera se logre ejecutar, siempre que, claro está, se encuentre dentro de su competencia funcional. En ese orden de ideas el solo el acuerdo de voluntades, basta para la configuración del

tipo penal, no siendo, entonces, necesario que se pueda o deba hacer efectivo el pago la promesa o el “acto indebido”, ello debido a que el bien jurídico penalmente protegido en estos delitos, justamente es la preservación la “regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos” (Peña Cabrera, 2019), y, por tanto, no es necesario la producción de un perjuicio económico patrimonial al Estado.

4.2. Descripción típica de los delitos de Cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial

Artículo 395-A. “Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial”. **(Primer párrafo)**

“El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36. (...)”

Señala Peña Cabrera que “este tipo penal precisa en su primer párrafo el cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, en cuanto a la aceptación o recibimiento del donativo, promesa o ventaja para realizar un acto en violación de sus obligaciones policiales funcionales, por lo que es una modalidad bilateral de naturaleza plurisubjetiva” (Peña Cabrera, 2019).

Nos dice el mismo autor que “se trata de un delito de encuentro, donde existen dos partes interesadas en el camino delictivo, pero con pretensiones distintas. Por un lado, tenemos el privado que requiere algo de su interés y por el otro lado tenemos a un efectivo policial que

pretende una dádiva a cambio de hacer o no hacer algo en violación de sus funciones o sin faltar a ellas, pero con motivación ilegal" (Peña Cabrera, 2019). En este primer párrafo del tipo penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, vemos, nos dice Peña Cabrera (2019) "que ambas partes dirigen su accionar de manera autónoma desde posiciones distintas que se encaminan una al encuentro de la otra. Es por esto que el legislador castiga al privado con un tipo penal distinto que al efectivo policial como funcionario público".

Artículo 395-A. "Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial". (Segundo párrafo)

"(...) El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal. (...)"

En su segundo párrafo, como puede advertirse, nos dice Salinas Siccha se puede apreciar "una modalidad de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial mono subjetivo, donde la materialidad de este injusto funcional toma lugar con el solo emprendimiento del agente policial, de solicitar una coima al particular, sin que se requiera la aceptación por parte del particular" (Salinas, 2019).

Así mismo Peña Cabrera apunta que “desde el momento en que el tipo penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial contempla la modalidad de conducta indicada en el verbo rector *solicitar*, se extingue la obligatoriedad de la bilateralidad, en el sentido de acuerdo de voluntades, ya que para el perfeccionamiento de esta modalidad delictiva basta que la petición o solicitud de donativo sea conocida por el particular sin importar la aceptación o rechazo a la solicitud formulada” (Peña Cabrera, 2018). Queda claro entonces nos dice Reátegui Sánchez (2019) “...no resulta necesario acuerdo alguno entre el funcionario y el particular toda vez que el delito se perfecciona con la mera solicitud del donativo o beneficio. (...)”.

Artículo 395-A. “Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial”. (Último párrafo)

“El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código Penal”.

Este último párrafo nos advierte la doctrina (Peña Cabrera, 2019) “da cuenta del cohecho pasivo propio condicionante, donde el efectivo policial condiciona la infracción de sus deberes funcionales a la recepción o promesa de un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio. De alguna manera el agente trata de forzar la voluntad del particular de formar parte de la ilícita negociación, reduciendo de cierta forma su libertad decisoria”.

Continúa el mismo autor señalando que “en efecto, constituye un agravante del tipo penal, no por la calidad del agente, sino por la forma

que adquiere la solicitud del efectivo policial, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Ahora bien, pasamos a revisar y analizar un poco el otro tipo penal materia de estudio, el cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial” (Peña Cabrera, 2019)

Artículo 395-B. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial.

“El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36. El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36”.

Señala Peña Cabrera que “este tipo penal contempla conductas completamente distintas y opuestas respecto al tipo penal anterior. Aquí lo que se reprime es la conducta del efectivo policial que, si bien es conforme con el ejercicio de su función, el origen o el motivo de tal comportamiento, está en una actitud dada anteriormente por un factor

corruptor que le proporcione un particular u otro cohechante activo que puede ser también otro efectivo policial” (peña Cabrera, 2019); es decir, dice James Reátegui (2018) “esa conducta regular de acuerdo a su rol en la sociedad, esta vez ha sido motivada por un factor externo de carácter ilegal que vendría a ser el soborno. Este tipo de cohecho tiene la naturaleza de impropio por que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario”. Completa Salinas Siccha, (2019) diciendo que “requiere también un trato previo y además no contempla la modalidad condicionante. Al final, igual este delito no requiere que el efectivo policial haga o deje de hacer los actos de acuerdo a sus funciones, basta solo el aceptar o recibir el soborno para que se consuma el delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial”.

4.3. Descripción y análisis del tipo penal de cohecho activo por la función policial:

4.3.1. Sujetos

El sujeto activo: Tiene como autor a tercera persona que ofrece, da o promete a un miembro policial donativo o cualquier ventaja. (Rojas Vargas F., 2016)

Como señala, Salinas Siccha (2019) “el sujeto activo puede actuar en su calidad de autor directo, autor mediato o coautor”. Por ejemplo, la jurisprudencia se ha pronunciado en forma atinada sobre un cohecho activo efectuado por autor mediato, en la ejecutoria suprema del 25 de mayo de 1998. Allí se sostiene que “para la comisión, entre otros, del delito de corrupción activa de funcionarios, resulta irrelevante que los sujetos activos no hayan estado en el país al admitir el Código

Penal la autoría mediata, es decir, la utilización de terceras personas”

El sujeto pasivo: Es el Estado.

4.3.2. Conducta típica

Como señala Fidel Rojas Vargas, citando lo que la norma penal nacional expresa, “el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la policía nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella”.

Como afirma Salinas Siccha “el objetivo explícito o implícito del actuar del agente es ser favorecido en el desarrollo de los actos funcionales” (Salinas, 2019). Este favorecimiento nos dice el mismo autor “puede traducirse en que le den la razón, le ayuden en su petición, aceleren el trámite, aceleren la dación del acto funciona...” (Salinas, 2019)., de igual forma señala el autor precitado “se configura cuando el agente, con la finalidad que el funcionario público (Policía Nacional) sin faltar a sus obligaciones normales, realice u omita actos propios de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, bajo cualquier modalidad o medio le ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio” (Salinas, 2019).

Dentro de las conductas típicas tenemos:

a. Ofrecer para realizar un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial:

Como se puede advertir claramente, el verbo rector o conducta típica en este caso es “ofrecer”. El delito de soborno, nos dice Rojas Vargas “se configura cuando el agente -tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público un particular- sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones” (Peña Cabrera, 2019) dentro del ámbito de la función policial; continua explicando el autor señalando que “la conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes policiales funcionariales” (ibidem).

El delito, explica el profesor nacional “se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese a que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos. Basta acreditar que el agente ofreció donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad” (Rojas, 2017); se entiende que todo ello dentro de la esfera funcionariales y de competencia de la Policía Nacional del Perú.

b. Ofrecer para omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial:

Este supuesto delictivo, en palabras de Salinas Siccha “se perfecciona o configura cuando el agente -tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular- sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que este omita o se abstenga de realizar un acto en violación a sus deberes normales que desempeña dentro de la función policial” (Salinas, 2019)

La conducta se perfecciona nos dice el mismo autor “con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes” (Salinas, 2019) policiales.

Según fidel Rojas el delito materia de análisis en este acápite “se configura independientemente, por ejemplo, de que lo prometido u ofrecido no se haga realidad. Basta acreditar que el agente ofreció donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto transgrediendo sus deberes funcionales policiales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad” (Rojas, 2017).

c. Da para realizar un acto en violación de sus obligaciones:

Aquí el verbo rector, nos dice la doctrina nacional es “dar” que significa “facilitar, conceder, otorgar, transferir, adjudicar o dar una cosa u objeto a otro” (Salinas, 2019). El delito de soborno se configura, señala el mismo autor “cuando el agente -tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular- de cualquier manera o forma facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un Policía que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que realice un acto en violación de sus obligaciones en el marco de la normatividad policial” (Salinas, 2019).

Según Fidel Rojas Vargas “este último aspecto se materializa cuando el sujeto público, que también comete delito, realiza un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional policial” (Rojas, 2019).

La conducta del agente se perfecciona nos dice Reátegui (2018) “con el simple hecho de entregar o dar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con lo entregado realice un acto en violación a sus deberes”. El delito, en palabras Salinas “se configura independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales. O de igual modo el delito se configura así el sujeto público no acepte lo entregado o facilitado. Basta acreditar que el agente dio, entregó o facilitó un donativo,

promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad” (Salinas, 2019).

d. Da para omitir un acto en violación de sus obligaciones

Al igual que la hipótesis anterior, menciona Salinas “el comportamiento delictivo se configura cuando el agente -ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular- de cualquier forma o modalidad facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un policía que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales” (Salinas, 2019).

La conducta se perfecciona, como se sabe “con el simple hecho de entregar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si el sujeto público no acepta lo entregado y más bien denuncia el hecho, o cuando el beneficiado con lo entregado no omita el acto que se le solicita, etc.” (Salinas, 2019).

Basta acreditar nos dice Fidel Rojas “que el agente dio o entregó un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse

el delito. Se trata también de un delito de mera actividad” (2018).

e. Prometa para realizar un acto en violación de sus obligaciones

En este supuesto punible el verbo rector es “prometer” que significa: “brindar, afirmar, anunciar, pactar, convenir o proponer algo a otro” (Salinas, 2019). El delito de soborno, dice Salinas Siccha (2019) “se configura cuando el agente -tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular- brinda, afirma, anuncia, propone o promete al funcionario o servidor público, que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones”.

Insiste Fidel Rojas en señalar que “la conducta se perfecciona con el simple hecho de prometer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si lo prometido o pactado no se hace realidad o, pese a que el agente realiza la promesa, el sujeto público no la acepta y más bien lo denuncia. Basta acreditar que el agente prometió la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin que el destinatario de la promesa efectúe un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad” (Rojas, 2019).

Prometa para omitir un acto en violación de sus obligaciones

Igual que la hipótesis anterior, “el comportamiento delictivo se configura cuando el agente -tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular- brinda, afirma, anuncia, propone o promete la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, con la finalidad que omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales” (Salinas, 2019).

Como dice Rojas Vargas, “la conducta se perfecciona con el simple hecho de que el agente prometa donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes” (Rojas, 2018). Así mismo, apunta Salinas Siccha “el delito se configura independientemente de si el sujeto público no acepta lo prometido y más bien denuncia el hecho, o cuando el beneficiado con la promesa no omita el acto que se le solicita, etc. Basta acreditar que el agente anunció, pactó, convino o prometió la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata también de un delito de mera actividad” (Salinas Siccha, 2019).

- f. Ofrece, da o promete para que realice u omite actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.**

Este es el cohecho activo impropio de la función policial al respecto, “Cabe precisar que el origen de la propuesta corruptora proviene de un sujeto indeterminado. Lo impropio radica en el hecho que el sujeto activo del delito intenta corromper al policía para que este haga u omite un acto inherente a sus funciones policiales, es decir, para que actúe de conformidad a derecho” (Rojas, 2018).

Nos dice, con absoluta corrección el profesor Salinas Siccha que “el núcleo del injusto penal se focaliza en el hecho del irrespeto del sujeto indeterminado a los agentes personalizados de la Administración pública, quienes gozan de facultades y competencias para actuar u omitir en el contexto de las expectativas del sujeto activo” (Salinas, 2019)

4.3.3. Bien jurídico protegido

En palabras de un sector de la doctrina, es “la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función policial” (Hugo Álvarez & Huarcaya Ramos, 2018)

En el caso del cohecho activo en el ámbito de la función policial el bien jurídico dependerá señala Salinas de si el tercero ofreció, prometió o entregó algún tipo de beneficio al funcionario público para que incumpla o no sus obligaciones”; así en la actualidad hay diversas posturas sobre el bien jurídico que penalmente se encuentra protegido en el delito de cohecho, así autores, como Polaino Navarrete, sostienen que el bien jurídico

que se protege en este delito esta dado por: “el correcto ejercicio de la función pública y por la incorruptibilidad de los titulares de la misma, sin exigencias de cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración Pública”. Por otro lado, cierto sector de la doctrina como Salinas Opina que “lo protegido es la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, debido a que lo primordial es la repercusión que en la opinión pública pueda tener la conducta del efectivo policial y del particular en la promesa o aceptación de la ventaja o beneficio; así como a la honradez e integridad de la condición de efectivo policial, específicamente en las actividades enmarcadas en sus funciones” (Salinas, 2019).

Al respecto, consideramos apunta Villafuerte que “lo protegido penalmente se encuentra vinculado a la expectativa que la sociedad tiene sobre el adecuado desarrollo de la Administración Pública, específicamente, en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, la expectativa que el efectivo policial no dirija su actuación pública en base a un incentivo externo, es decir no venda su función policial. Así, el efectivo policial que acepta recibe o solicita una dádiva, está actuando fuera de todo procedimiento regular, pues únicamente se debe a la Institución Policial que representa. En todo caso, frente a este debate es posible encontrar cierta conformidad de criterios a nivel de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera en relación al bien jurídico resguardado esto es: el correcto desenvolvimiento o correcto ejercicio de las funciones públicas, como concepto genérico” (Villafuerte, 2019).

4.3.4. Medios corruptores:

Donativo: “El donativo será todo bien material, mueble o inmueble susceptible de valoración económica, por ejemplo: dinero, joyas, acciones, títulos valores, etc. El aspecto primordial que otorga la calidad de medio corruptor al donativo está vinculado a la posibilidad ejercer en el efectivo policial una influencia tal que lo lleve a actuar de manera irregular con el fin de “vender” su función policial” (Rojas, 2013).

Promesa: “es aquel compromiso de entrega en el futuro de donativo, ventaja o beneficio formulado por el *extraneus*, en las modalidades precedidas por los verbos rectores “aceptar” o “recibir”, y expresado por el efectivo policial en las modalidades de las conductas típicas “solicitar” y “condicionar”. El contenido de la promesa tiene que ser dinero u otra dádiva; es decir, la promesa como medio corruptor, tiene que tener estrecha relación con la oferta de dádivas en el sentido amplio. En todo caso, el donativo, ventaja o beneficio que se promete debe contener la suficiente capacidad corruptora, esto es, que sea capaz de motivar en el efectivo policial a aceptar o recibir la ventaja o a solicitarla para la realización de un acto en violación de sus funciones” (Peña Cabrera, 2017).

Cualquier otra ventaja; es “un medio corruptor de carácter residual o subsidiaria, en la medida que abarca a todo aquello que no ha sido comprendido por el donativo. En ese sentido, se entiende por ventaja a todo lo que pueda motivar a un individuo a hacer u omitir un acto; no necesariamente debe de tratarse de un beneficio financiero. En consecuencia, entran a consideración no solo bienes de naturaleza patrimonial, sino

también prestaciones tales como el ofrecimiento de un puesto de trabajo, ascensos laborales, acceso a determinados servicios, becas o viajes al extranjero; asimismo los favores sexuales también son considerados como una especie de ventaja” (Peña Cabrera, 2017).

Cualquier otro beneficio, se entiende “a toda utilidad, ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil. En ese sentido, el beneficio a que se refiere la norma, consistiría en todo provecho o utilidad patrimonial o pecuniaria y no en un provecho o utilidad personal como serían los beneficios artísticos, políticos o religiosos. El beneficio que acepte, reciba o solicite el funcionario público tendrá que ser expresado en términos económicos. Los medios corruptores para que sean capaces de consumir formalmente el delito de cohecho deben tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora” (Salinas, 2019).

4.3.5. Elementos subjetivos:

El dolo supone que “el agente obra con voluntad propia y conociendo perfectamente que está intentando corromper al funcionario o servidor público a fin de que le favorezca en sus actos o decisiones funcionales. La finalidad puede ser para que actúe, realice u omita o prescinda de un acto oficial al que está obligado en violación de los deberes del cargo o función, o con la finalidad que realice u omita actos propios de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional” (Rojas, 2017). Todo bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio.

Como señala Salinas, “solo es posible el dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho activo genérico se

materialice con dolo eventual. El agente, desde el primer momento, sabe y conoce que ofrece, entrega o propone donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio al sujeto público con la finalidad de que este le favorezca al desarrollar sus obligaciones oficiales” (Salinas, 2019).

4.3.6. Consumación

Es un ilícito de consumación instantánea. “Basta que la acción típica llegue a conocimiento del sujeto público para dar por perfeccionado el delito. Que el sujeto público no acepte o acepte el medio corruptor es irrelevante a efectos de afirmar o descartar la corrupción activa, pero sí es importante para calificar la conducta del funcionario o servidor y determinar que es ajustada a derecho o reconducible por el tipo penal de cohecho pasivo mediante aceptación”. (Rojas Vargas F., 2016)

4.3.7. Penalidad

La sanción penal que recoge nuestro código penal señala que “el agente tratándose del primer párrafo del artículo 398-A del Código penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con relación al segundo párrafo con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”. (Hugo Álvarez & Huarcaya Ramos, 2018)

SUB CAPÍTULO II

LA PENA DE INHABILITACIÓN

1. Generalidades:

Nuestra Constitución Política de 1993 señala Bacigalupo “se inspira en un Estado social y democrático de derecho, por ello, resulta incompatible con la aplicación de las teorías absolutas de la pena, más aún, si en el artículo 139, inciso 22 establece: El principio del régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Haciendo de esta forma una clara alusión a la resocialización, en este sentido, el Código Penal de 1991 establece en el artículo I del título preliminar: Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”. (Bacigalupo, 2004)

La pena, en términos de Cuba, “tiene función preventiva, protectora y resocializadora, siendo el mecanismo legal que el Estado posee como respuesta ante la comisión de un ilícito de carácter penal, dada su naturaleza se impone a aquellas conductas que revisten mayor gravedad, es necesario que su imposición deba estar debidamente sustentada, reuniendo todos presupuestos legales” (Cuba, 1997).

La pena puede ser definida, “como una sanción que afecta la pérdida o restricción de derechos inherente a las personas de un individuo encontrado responsable de la comisión de alguna conducta punible. (Mein, 2013); Así mismo para Villavicencio la “Pena es el reproche que el juez pronuncia en nombre de la sociedad, dicha definición está en concordancia con la función que desempeña el juez quien actúa en representación de la sociedad cuando se comete un ilícito de carácter penal, menciona, la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituyente, por la

gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad". (Villavicencio F., 2007)

2. La inhabilitación: los fines de la pena

Las penas en general y la inhabilitación no es la excepción, comparten las mismas finalidades de toda pena en general; así pues, están no tienen un fin retributivo, es decir, su tarea no es, por medio de la irrogación de un daño, frente a la elevación más rigurosa de los deberes unidos al menoscabo de los bienes jurídicos, reparar el injusto grave y explicar la culpabilidad, y también, en cuanto sea posible asegurar a la comunidad estatal contra el injusto, y actuar mejorando educativamente al autor y a los otros miembros de la comunidad jurídica". (Cuba, 1997); sino que lo que se busca es un fin resocializador, adscribiéndose a un fin preventivo, el mismo que "se manifiesta en la necesidad de que la persona que ha cometido un delito no pueda cometerlo nuevamente. (Cuba, 1997). Cabe decir que la pena tiene una finalidad preventiva de la comisión de futuros delitos" (Jiménez De Asúa, 19992)

3. Formas de imposición de la pena de inhabilitación:

3.1. Como pena única

La pena única se impone como exigencia legal e incluso de tratamiento penitenciario; que siendo así, "cuando la ley prohíbe un beneficio penitenciario a quien ha sido objeto de una condena anterior no puede entenderse que está referida al dato formal de la existencia de una sentencia, pues ésta incluso puede comprender varios hechos típicos juzgados simultáneamente, de modo que si del análisis de la norma el resultado interpretativo incorporaría un factor de desigualdad irrazonable cuando, por circunstancias derivadas de la persecución penal, no se acumularon hechos delictivos en un solo proceso antes

de la sentencia. (Ejecutoria Suprema del 10/2/2005, R.N. N ° 4052-2004-Ayacucho)” (San Martín Castro, 2006)

3.2. Como pena alternativa

“Si el delito se encuentra sancionado con penas conminadas alternativas, la prescripción de la acción penal sólo opera al vencerse, de modo paralelo o secuencial, todos los plazos que corresponden a cada tipo de pena conminada; por tanto, si el delito sub iudice se halla sancionado con pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con multa o prestación de servicios a la comunidad, como penas alternativas, la prescripción de la acción penal se producirá extraordinariamente al cumplirse cuatro años y seis meses del hecho incriminado”. (Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 29 de mayo de 1998, Exp. N ° 250-94.) (Prado Saldarriaga, 1999)

3.3. Como pena conjunta:

Como ha anotado la Corte Suprema, se da esto cuando “la parte especial del Código Penal incorpora delitos cuya penalidad está constituida por dos o más penas principales. A esta modalidad de conminación penal se le denomina: *penas conjuntas*. Su característica esencial radica en que, en estos casos, la pena concreta que se aplique al autor o partícipe del delito deberá incluir todas las penas principales conminadas por la Ley” (Recurso de Nulidad, 3864- 2013 Junín)

4. Antecedentes legislativos

Como afirma Salinas Siccha “desde tiempo atrás, se ha criticado a la pena de inhabilitación aduciendo que es una pena infamante, pues supone la

privación deshonrosa de los cargos, derechos y honores del condenado, conduciendo a su auténtica: muerte civil” (Salinas, 2019); sin embargo, como afirma el profesor Prado Saldarriaga (2016) “esta crítica resultaba fundada en épocas en las cuales el principio de política criminal de recurrir al Derecho penal en última instancia -última ratio- no tenía real cabida. En aquella época, la inhabilitación era dispuesta al condenado de manera total y de por vida -la pena de inhabilitación se dividía en absolutas o relativas, artículo 27 del Código Penal de 1924, así como en perpetuas o temporales- para el ejercicio de sus derechos económicos, sociales, familiares y políticos. Tanto la inhabilitación absoluta y la perpetua comportaban o constituían lo que en la doctrina y legislación histórica se denominó la muerte civil del condenado, resultando, en consecuencia, absurdo pretender la reinserción social de una persona en tales condiciones” (Prado Saldarriaga)

” La pena de inhabilitación se constituye en una pena de carácter alternativa que el vigente Código Penal peruano contempla, tipifica y sanciona específicamente sobre imputados que perpetren delitos que vulneren el ejercicio de la administración pública, o que hayan cometido delitos de corrupción, a quienes conjuntamente aparte de aplicárseles las penas privativas de libertad que correspondan, también se les aplica medidas de inhabilitación para que no ejerzan cargo público alguno; a modo así de disuadirse a los funcionarios públicos a no perpetrar ilícitos de corrupción.

Para (A. Rojas Vargas, 2002): “el Código de 1991 presenta algunas modificaciones relevantes en el ámbito de la pena de inhabilitación, se suprime ciertos supuestos de inhabilitación previstos en el anterior Código Penal derogado (Código Penal de 1924) como el de la pérdida de la pensión, montepío, y otros ingresos, de esta manera se deja a la legislación administrativa la regulación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito en conexión con estas ventajas de orden pecuniario”.

El legislador del Código Penal de 1991 sólo consideró penas de inhabilitación temporales, pues la inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado, pero frente a la supresión de los supuestos mencionados, se agregó al Código de 1991 otras modalidades de inhabilitación, acorde con la creación o el aumento de las fuentes de peligro en la vida social, el legislador introdujo, en el art. 36. Del mismo modo, dejando de lado el tratamiento de la interdicción civil en el ámbito penal, le dio el carácter de pena.

5. Definición

Como señala el profesor Salinas Siccha “la pena de inhabilitación es una de las penas limitativas de derechos previstas en el artículo 28 del Código Penal junto a las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres” (Salinas, 2019).

Se debe entender que “aun cuando la pena privativa de libertad supone, esencialmente, la inhabilitación de derechos, esta última denominación se reserva en el Código Penal -artículo 36- para un grupo de situaciones que tienen como denominador común la privación temporal de derechos distintos a la libertad ambulatoria y que, o bien son propios de cargos públicos o profesiones, o bien son inherentes a determinadas situaciones jurídicas como el comercio, la patria potestad, la tutela, la actividad regulada por ley, etc.). Su justificación radica en la pérdida de legitimidad para el ejercicio de los mismos por parte de quien resulta condenado luego de un debido proceso penal” (Salinas, 2019)

La sanción punitiva que implica la privación y restricción de algunos derechos del delincuente (derechos de carácter político, económico o social), como consecuencia jurídica de un delito, es lo que se denomina inhabilitación. (Quintero Olivares, 1992) La pena de inhabilitación es una pena principal convertible en accesoria. Puede imponerse, por tanto, como única pena o junto con otra, al sostener la necesidad de mantener la pena de inhabilitación

para castigar a los malos funcionarios. (Mir, 2015); en ese mismo sentido Víctor Prado señala que “es indudable que el privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos es en esencia una alternativa punitiva, y que no puede ni debe ser dejada de lado, particularmente cuando el delito cometido ha significado un abuso ostensible de un derecho o de una facultad o atribución. De esa forma, la inhabilitación en tanto pena tiene como objeto la restricción, limitación y, en ciertos casos, la cancelación de los derechos del condenado, y se impone por lo general junto a la pena privativa de libertad -efectiva o suspendida- o a la multa, incrementando la gravedad del marco punitivo impuesto” (Prado, 2016)

La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado, a través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo; función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio de delinquir. Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116. (Urquiza O., 2019)

Según el autor (Lara, 2010), “la inhabilitación, puede ser entendida como la sanción por virtud de la cual se declara al sancionado como no apto o incapaz de ejercer ciertos derechos”, y que como pena de inhabilitación viene a ser toda medida de suspensión temporal o de inhabilitación que se puede llegar a aplicar accesoriamente con otras penas de acuerdo a lo que se tipifique en el ordenamiento jurídico penal respectivo sobre una infracción administrativa que se llega a tipificar y sancionar como delito a la vez. Aunque se puede determinar que la Sanción Administrativa de Inhabilitación también comprende tanto una sanción de suspensión temporal como una sanción inhabilitadora definitiva puede llegar a aplicarse de la misma manera como pena o sanción punitiva del Código Penal, que pueden sancionar una infracción administrativa que está tipificada al mismo tiempo como delito; diferenciándose únicamente al respecto, en cuanto a la entidad que

dictamina la sanción correspondiente, ya que la pena de inhabilitación puede ser impuesta por la autoridad judicial competente, mientras que la sanción punitiva de inhabilitación es impuesta por la autoridad administrativa representante de la Administración Pública.

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación para un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Sin embargo, en algunos casos, el Código Penal utiliza una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación principal y a su duración específica al final de un capítulo o título. Ello ocurre en el artículo 426°; delitos cometidos por funcionarios públicos el cual es aplicable, por su ubicación sistemática, al tipo penal previsto en el artículo 381». Ejecutoria Suprema del 4/5/2010, Exp. N°07-2007-LIMA. (Saldarriaga, 2010)

6. Fundamento

Si bien es cierto la pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado a través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, intención, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir. (Salinas S., 2009)

De ahí que como apunta, el mismo autor precitado que “con la pena de inhabilitación se busca apartar al condenado peligroso de aquella actividad, profesión o cargo que fácilmente puede instrumentalizar para seguir lesionando bienes jurídicos protegidos por el derecho, es decir, cometer hechos delictivos” (Salinas, 2019) ; esto es “El fin preventivo especial de la inhabilitación no reside tanto en la reeducación, sino en la efectiva eliminación de aquellas condiciones que podrían permitir la reiteración en el delito como en forma acertada” (Villavicencio, 2014); en pocas palabras “esta pena tiene mayor significado en la prevención especial, ya que priva al

sentenciado de la práctica de ciertas actividades en que se muestra irresponsable o peligroso” (Villavicencio, 2014).

Cuando se habla de prevención con respecto a los fines de la pena como sustento respecto al sustento de la existencia del delito la pena de inhabilitación debemos recordar que según nuestro propio Tribunal Constitucional la prevención implica que la pena se aplica para evitar que se comenten más delitos, pues la pena representa un fin útil, la resocialización, de ahí lo señalado por un sector de la doctrina que lo que se busca con la inhabilitación es “apartar al peligroso de aquella concreta plataforma profesional que puede instrumentalizarse para delinquir” (Prado, 2016)

4. Clases

4.1. Principal

“La pena de inhabilitación es principal cuando tiene un tiempo de duración determinado legalmente e independiente de cualquier otro tipo de pena, ya sea de privación de libertad o de multa (. 2 agosto 1991, S.P., Exp. N° 201-91-Lambayeque)” (Frisancho A., 2011)

Como apunta el profesor Rojas Vargas “la inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es de manera autónoma, aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o multa”. Acuerdo plenario de la Corte Suprema de la República N ° 2-2008-CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7. (Rojas Vargas F., 2016).

Siguiendo lo que la legislación penal señala el profesor Fidel Rojas Vargas sostiene que “la pena de inhabilitación como pena principal tiene un término de duración independiente a la pena privativa de libertad y se extiende de seis meses a diez años según el primer párrafo del artículo 38 del Código Penal, modificado por el Decreto

Legislativo N° 1367, de junio de 2018. Es poco frecuente que se aplique como pena única. Por lo general, en la práctica siempre se aplica de modo conjunto a la pena privativa de libertad, precisándose en el tipo especial específico la cantidad de pena a imponer” (Rojas, 2018).

Así mismo, la ley expresamente ha señalado que “la pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o 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 quince unidades impositivas tributarias” (Texto de la ley).

Además el texto de la ley también ha regulado actualmente una figura que no se encontraba recogida en nuestra legislación, la denominada inhabilitación perpetua, ase pues la disposición legal enuncia que “La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475 (delitos de terrorismo); los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106 (delitos de lavado de activos), así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal. La inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes,

efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas” (Texto de la norma).

Al respecto, cabe la preocupación de si la inhabilitación perpetua es un símil de lo que en su momento se denominó muerte civil, pero coincidimos con el sector de la doctrina nacional de que no se trata del mismo supuesto, esto debido a que la inhabilitación perpetua no es para el ejercicio de todos los derechos sino para el debido ejercicio de todos de algunos derechos puntualmente señalados según el principio de legalidad. En ese mismo sentido escribe Salinas Siccha: “en el caso de los delitos contra la Administración pública se le inhabilitará de manera definitiva si fuera el caso, los derechos previstos en los incisos, 1,2,4y 8, artículo 36” (Salinas, 2019). Explica el mismo autor señalando que ello se refiere a “la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; y privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito” (Salinas, 2019).

Al respecto resume y puntualiza el profesor y magistrado nacional Salinas Siccha (2019) “no se aniquila civilmente al condenado, pues simplemente se les recorta determinados derechos. Puede ejercer otros derechos para subsistir con su familia luego de cumplir la pena privativa de libertad impuesta. El recorte de derechos tiene su explicación en el hecho concreto de que, si el condenado no fue fiel ni leal al Estado y, por el contrario, lo defraudó en su condición de

funcionario o servidor público, es razonable que el Estado ya no vuelva a emplearlo como trabajador”.

4.2. Accesorio

La inhabilitación como pena accesoria se extiende por el tiempo de la condena y no posterior a ella (. 2 agosto 1991, S.P., Expo. N° 201-91-Lambayeque). (Frisancho A., 2011)

La inhabilitación accesoria “no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es pues, complementaria y castiga una acción que constituye violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derechos; se basa en la incompetencia y el abuso de función (artículo 39 y 40 del CP) Acuerdo plenario de la Corte Suprema de la República N ° 2-2008-CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7” (Rojas Vargas F., 2016)

La inhabilitación “se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley así mismo se extiende por igual tiempo que la pena principal”. (Rojas Vargas F., 2016)

«Habiéndose acreditado que el agente abusó de su oficio de chofer para perpetrar el delito, aunque no cabe inhabilitación principal, cabe la denominada “inhabilitación accesoria” en aplicación del citado artículo 39 del Código Penal, al haberse acreditado que el encausado desempeñó el oficio de conductor del vehículo incautado. Dicho criterio jurisprudencial, además resulta acorde con la finalidad teleológica que subyace en las inhabilitaciones enumeradas en materia de tráfico ilícito de drogas según el artículo 297° del Código

Penal, cuyo núcleo duro argumental, radica en sancionar el abuso o instrumentalización de profesión, función, cargo, comisión, empleo, comercio, entre otros; en el caso concreto el empleo o función de conductor de vehículos.

La inhabilitación, traducida en clave constitucional, se entiende como una limitación al derecho de trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, cuyo contenido esencial implica dos aspectos, esto es, el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Debiendo precisarse que la adopción accesoria de la referida inhabilitación no vacía de contenido el derecho constitucional involucrado. En efecto, sí, como quedó dicho, la legitimación del *ius puniendi* en la parcela de dichas actividades lesivas es evidente, y, además, la inhabilitación en el empleo o cargo de conductor o transportista no vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional, atendiendo a la multiplicidad de actividades en, que en el futuro pueda desempeñar el sentenciado» (Bermúdez Tapia, 2015) (Recurso de Nulidad Ni 3544-2011-Ayacucho).

En suma, “La pena de inhabilitación es accesoria cuando el delito cometido ha significado en su modus operandi la infracción de un deber o el abuso de una atribución o facultad especial prevista en el artículo 39 del Código Penal, y cuando se trata de delitos culposos de tránsito, sancionados en forma expresa en el artículo 40 del Código Penal” (Prado, 2016)

Además de ello es importante señalar que la inhabilitación accesoria no está prevista para cada delito de la parte especial como si sucede con la inhabilitación principal, ni tampoco se encuentra en una fórmula general (como sucede con la inhabilitación principal del artículo 426 del Código Penal), de ahí que no le falta razón a Salinas Siccha

cuando señala que “regulada resulta importante precisar que cuando la inhabilitación es accesoria, la clase de ella a imponer queda sujeta a la labor de determinación judicial que realizará la autoridad jurisdiccional en el caso concreto, conforme a la naturaleza del delito y a la violación de deberes por parte del acusado, de conformidad a lo prescrito en los artículos 36 y 39 del Código Penal” (Salinas, 2019).

Con respecto a la duración de la pena de inhabilitación accesoria, la Corte Suprema señala que “El artículo 39 del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38 de ese Cuerpo de Leyes” (AP N° 2-2008 CJ/116), esto es, que la duración de la pena de inhabilitación accesoria no podrá exceder a la duración de la misma pena de inhabilitación, pero cuando esta es principal. Como asume Salinas Siccha (2019) “...la última parte del citado numeral precisa que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal, de ahí que el precedente haya aclarado que la inhabilitación accesoria se entiende por el mismo tipo que la inhabilitación principal. Y esto es así debido a que la inhabilitación accesoria jamás puede ser por un tiempo mayor que la principal. En suma, la pena de inhabilitación accesoria, en el caso más extremo, tendrá una duración de 20 años”, esto lo dice el autor, en función que el plenario es del año 2008, sin embargo, han existido modificaciones legales con respecto a la duración de la inhabilitación como principal que inciden en la interpretación del referido artículo 39.

5. Duración temporal

5.1. Duración temporal

La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36; la pena de inhabilitación principal

se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. Artículo modificado por el artículo 2 del D. Le. Ni 1243, publicado el 22-10-2016. (Urquiza O., 2019)

5.2. La inhabilitación perpetua

La inhabilitación perpetua o la llamada muerte civil en el Perú, es una medida de prevención y condena, que tiene dos fines, disuasivo y restrictivo y es aplicada contra los funcionarios que han cometido delitos agravados contra la administración pública y, por medio de ésta, se les impide volver a trabajar para el Estado, Dicha medida tiene condiciones básicas para su aplicación que están tipificadas en el artículo 38° en un párrafo agregado tras la modificación del Código Penal por medio del Decreto Legislativo Ni 1243 y se configura de la siguiente manera: “el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; que la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, y siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias (Abanto, 2011)

La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o 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 quince unidades impositivas tributarias". En

ese sentido, como se puede observar, es notoria la modificación del artículo 38° del Código Penal, “incorporando un párrafo en virtud del cual se incrementa la pena de inhabilitación de 5 a 20 años cuando se trate de la comisión de alguno de los siguientes delitos de corrupción: concusión, cobro indebido, colusión, peculado, peculado de uso, malversación de fondos, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito”.

De esa manera, al señalarse una lista cerrada de delitos, se infiere que aquellos delitos que no se encuentran descritos y pertenezcan al Título II del Capítulo XVIII del Código Penal, se debe aplicar conforme al primer párrafo del artículo 38° del mismo una inhabilitación que comprende los 06 meses y 10 años. En otros términos, estas medidas son igual de efectivas, para delitos como el de abuso de autoridad regulados por el artículo 376°, omisión, remudamiento o demora en actos funcionales, configurado en Muerte civil por delitos de corrupción: algunos comentarios a propósito de los Decretos Legislativos 1243 y 1295. el artículo 377°, patrocínio ilegal, identificado en el artículo 385°, remudamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia, recogido en el artículo 391°, entre otros. Por otro lado, como se observa en el párrafo citado de la norma modificada, se indica que la inhabilitación será perpetua siempre que, además de cometer un delito de la lista que describen, se concurra en los siguientes supuestos: como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o 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 quince unidades impositivas tributarias. (Urquiza O., 2019)

SUB CAPÍTULO III

La pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo de la función policial; vulneración de los fines de la pena, la proporcionalidad, derecho al trabajo y el libre desarrollo de la personalidad: propuesta de reforma

1. De la incorporación del tipo penal y la sanción de inhabilitación definitiva:

El “cohecho activo en el ámbito de la función policial”, delito que se encuentra recogido en el artículo 398-A (Modificado por el Decreto Legislativo N.º 1351) y cuya sanción de pena de inhabilitación se encuentra en el artículo 398-B con remisión al artículo 36 inciso 7 del Código Penal; veamos:

Artículo 398-A:

“El que bajo cualquier modalidad ofrece, da, o promete a algún miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita en violación de sus obligaciones derivadas en función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”.

“El que bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un miembro de la policía nacional donativo o cualquier beneficio o ventaja para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a sus obligaciones que se deriven de ella, será reprimiendo con la pena no menor de 3 ni mayor de 6 años”.

Artículo 398-B:

“En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o

incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36”.

Artículo 36:

“La inhabilitación produce, según disponga la sentencia”:

“Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo”

2. Del sustento en la exposición de motivos:

La exposición de motivos de la reforma e incorporación del delito de cohecho en la función policial así como la reforma con respecto a la pena en el artículo 398- B, no señala el fundamento preciso del por qué se implementó la inhabilitación permanente; sino que, de forma general, señala que la corrupción policial ha ido en aumento y es necesario reprimirla con mayor severidad; así la exposición de motivos señala que “se ha considerado también la criminalización autónoma de la corrupción perpetrada por agentes policiales especialmente en aquellos que se materializan en actos de soborno y otras conductas que atentan contra su deber funcional; esta medida cobra especial valía si se atiende a la disciplina policial y al rol fundamental que cumplen las dinámicas sancionatorias en la formación de los agentes policiales...podrá contribuir eficazmente a la prevención de conductas ilícitas en el cuerpo policial” (La exposición de motivos).

La exposición de motivos no hace sino detallar -con cifras- algo que ya toda la sociedad puede percibir: la corrupción a nivel policial, lo cual inclusive, como se menciona es aún mayor a las cifras por cohecho que se dan en el Poder judicial y el Ministerio Público, por mencionar a las instituciones que conforman el sistema de justicia en el país, de este modo expresa la exposición de motivos que: “...está modificación normativa atiende a la realidad del fenómeno de corrupción en el ámbito policial peruano. Las cifras

policiales al respecto destacan que durante el año 2015 fueron 34 los casos de tal fenómeno los mismos que fueron intervenidos en actos flagrante; la incidencia se muestra superior a la registrada para funcionarios o servidores públicos del Ministerio Público y de poder judicial, lo cual invita a considerar su criminalización autónoma con espacios de censura penal que hagan referencia específicamente al desenvolvimiento del agente” (Exposición de motivos). Como puede verse se justifica la existencia del tipo penal, pero nada se dice con respecto a la sanción de inhabilitación señalada en el artículo 398-B.

Por ultimo lo que el legislador ha pretendido explicar es que la función policial, por ser considerada por la población como el rostro de la ley se debe ejercer con un plus de probidad, porque así lo demanda y exige la misma función, por lo que el rango de represión debe ser mayor, por el grado de reprochabilidad del que se es objeto; sin embargo, pierde de vista, la justificación del delito de cohecho activo de la función policial, pues quien comete el delito en ese caso es un particular, que no tiene el deber velar por las funciones de la institución policial. Mas allá de ello, es necesario indicar que no se hace referencia alguna a las razones justificativas de la inhabilitación permanente o perpetua que como sanción se impone. De esta forma la exposición de motivos señala que “es pertinente señalar que los miembros de la PNP por la labor sustancial que realizan en beneficio de la colectividad se encuentran en una condición especial y particular en el universo conformado por funcionarios o servidores públicos que prestan servicios en el Estado. Esta situación obedece al rol que asumen el personal policial como imagen representativa de la ley el orden y la seguridad y que por ello debe contar con altos principios y valores independientemente de la vocación de servicio profesional capacidades y competencias que permitan generar importantes niveles de legitimidad y prestigio social frente a la sociedad, razón por la cual, una conducta contraria a la ley y a derecho debe ser sumamente reprochable frente a la sociedad” (exposición de motivos)

3. La postura de la Jurisprudencia:

La Corte Suprema en varias ocasiones ha aprobado la aplicación del control difuso que hacen los jueces cuando imponen condenas por el delito de Cohecho activo de la función policial, ya que consideran que la cancelación definitiva o permanente de la licencia para conducir vehículo automotor, como pena de inhabilitación principal, vulnera los fines de la pena, y además los derechos al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, por lo que en función a esa línea de interpretación, inaplican esa sanción, vía control difuso, control de constitucional que ha sido aprobado por el máximo Tribunal ordinario de justicia de nuestro país.

De ese modo, la consulta recaída en el expediente N° 9752-2021 ha señalado enfáticamente que “ ...la aplicación de una inhabilitación permanente para obtener licencia de conducir violentaría el derecho al trabajo de esta persona, resultando una medida desproporcional, que no compatibilizaría con los fines que persigue la imposición de sanciones penales, pues dicha medida dificultaría la correcta reintegración de esta persona a la sociedad” (FJ 3.2); además luego la sentencia de la Sala Social y Constitucional señala que esta pena “...*evidencia la privación y afectación del derecho a trabajar libremente y a la resocialización ante la sociedad, lo que impacta en la dignidad de la persona humana, premisas que se afirman en atención a las particulares circunstancias que presenta el caso en concreto; en ese sentido, la aplicación de dicha pena limitativa de derechos constituiría, en principio, una medida excesiva y desproporcionada que afectaría gravemente el entorno familiar y derechos constitucionales del imputado...*” (FJ 13.3.).

Además, para determinar su constitucionalidad somete esta norma a un test de proporcionalidad o denominado test de ponderación y realza en análisis de los tres sub principios.

Con respecto al test de idoneidad; señala que “la búsqueda de protección de tal derecho, de rango constitucional, resulta válido, que, aunado a la protección del derecho a trabajar libremente y a la dignidad analizados precedentemente, se tiene por cumplido este sub principio de adecuación o finalidad” (FJ 3.16). A nivel del test de necesidad señala la Corte que “...solo podía detener la gravosa aplicación de la pena prevista en la ley, inaplicando el artículo 398°-B del Código Penal; entonces, no existiendo otra posibilidad, menos gravosa”. Ahora bien, con respecto al test de proporcionalidad en sentido estricto, señala la Suprema que: “(...) la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción en protección del mencionado derecho fundamental del imputado de la medida adoptada. De lo que se concluye que la norma penal señalada, tampoco cumple con este subprincipio (...)”. (FJ 3.17)

En ese mismo orden podemos citar la consulta recaída en el Expediente N° expediente N° 17112-2017 Lima, donde se ha señalado que “ el artículo 398-B del Código Penal al establecer la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir afecta el derecho a trabajar libremente así como el derecho al libre desarrollo bienestar y la protección de la familia y otros vinculados además colisiona con los principios de igualdad ante la ley de proporcionalidad y de resocialización del penado por lo que resulta adecuado proporcional y esencialmente igualitario la inaplicación de dicha norma”; igual razonamiento sigue el voto en minoría en la Consulta recaída en el expediente N° 5631 – 2020 Lima.

En virtud a los señalado propongo y por considerar lesiva la regulación de la pena de inhabilitación permanente y definitiva contenida en el artículo 398-B, propongo la reforma de esta en la siguiente forma:

Artículo 398-B:

“En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad para obtener autorización para conducir **por el mismo plazo que señalado para la pena privativa de libertad conforme al artículo 398-A.** (resaltado y subrayado es la modificación)

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. MATERIALES:

1.1. Legislación:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Penal Peruano.
- Código Procesal Penal.

1.2. Doctrina:

- Autores nacionales.
- Autores extranjeros.

2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

2.1 Métodos Lógicos:

▪ Método Deductivo

Con este método, pudimos llegar a determinar que fue necesario establecer la inhabilitación en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

▪ Método Analítico- sintético:

Respecto este método Se analizó todas las consecuencias del efecto jurídico, que sustentan la postura asumida en la investigación (analítico) llegando unificar el conocimiento que permitió derivar en los resultados y las conclusiones (sintético).

- **Método Comparativo:**

Dicho método permitió comparar el tratamiento jurídico que otros ordenamientos jurídicos han propuesto respecto la pena de inhabilitación permanente en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial

2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

Este método facilitó la posibilidad de interpretar los alcances jurídicos de la inhabilitación como líneas directrices que fundamentan la necesidad de establecer el efecto jurídico en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

- **Método doctrinario:**

Este método fue de utilidad, para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posiciones referidas a la inhabilitación en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- **Fichaje:**

Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento es la ficha.**

- **Análisis de Contenido:**

Mediante esta técnica se analizará como en la práctica se viene aplicando la pena de inhabilitación en el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, a fin de extraer resultados al respecto de ello. **El instrumento es la guía de observación**

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico penal peruano establece, conforme al principio de legalidad, las sanciones penales que se deben imponer a las personas que realizan delitos y cuya responsabilidad penal se acredita a lo largo de un proceso penal con respeto de las garantías que le asisten al investigado. Estas sanciones se traducen en penas, las mismas que nuestro país son: la pena privativa de la libertad, restrictiva de la libertad, la pena limitativa de derechos, la multa y la vigilancia electrónica personal; dentro de las penas limitativas de derechos encontramos la inhabilitación, esta consiste en privar a quien es objeto de una sentencia condenatoria de algunos derechos de índole personal, en el ámbito profesional, en la esfera política; así como también generar impedimento para que el condenado pueda ejercer funciones o actividades públicas, cuando se ha infraccionado un deber especial que subyace de su cargo. Las privaciones y restricciones en las que se traduce la pena de inhabilitación se deben imponer en estricta relación de coherencia con el delito cometido.
2. La inhabilitación puede ser principal o accesoria, la primera de ellas viene dada por la prescripción expresa en el delito o en una fórmula de genérica, que establezca la imposición de este tipo de pena, la que puede imponerse inclusive aun así no haya sido requerida por el Ministerio Público en su acusación. La inhabilitación como accesoria, por el contrario, no está prevista de forma expresa en cada delito, sino que el juez la podrá imponer cuando se cometa un delito abusando de la función o cargo, profesión que se desempeña u ostenta.
3. El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial del artículo 398-A, se incorporó al Código Penal mediante el decreto legislativo N.º 1351, sin

embargo, con una no muy buena técnica legislativa, la pena de inhabilitación, así como otras especificidades típicas con respecto al sujeto activo, se encuentran en el artículo 398-B de nuestro Catálogo penal, esta disposición señala la inhabilitación permanente (definitiva dice la norma) para obtener autorización para conducir, cuando se corrompa a un policía que esté ejerciendo funciones de tránsito o seguridad vial. El cohecho activo en el ámbito de la función policial es un delito que puede cometido por cualquier persona y que afecta el correcto funcionamiento de la administración pública al dar, prometer u ofrecer el beneficio a un miembro de la Policía Nacional; es por ello, que lo que se ha querido con la inhabilitación perpetua señalada como sanción a quienes corrompan a un agente policial que realice funciones de tránsito o seguridad vial, es frenar los actos de corrupción que a diario se presentan por parte de los conductores de vehículos motorizados.

4. La sanción de inhabilitación definitiva para el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial sirve es producto de una política criminal represiva, que se sustenta en la equivocada idea de la incidencia de los delitos se disminuye solo con penas graves, además es una sanción que vulnera el principio de proporcionalidad, pues con una sanción de menor entidad sería coherente con la acción cometida por el sujeto activo, máxime si se tiene en cuenta que hay conductas que revisten mayor gravedad y no tienen sanciones de inhabilitación definitiva o permanente; además, es contrario al fin resocializador de las penas, ya que es absolutamente negada la posibilidad al autor de actuar correctamente respetando la ley, luego de cumplir con la sanción que se le impuso; además de ello, también se incide de forma negativa en el derecho al trabajo que tienen quienes se dedican a la actividad de transportar personas, lesionándose con ello el desarrollo a la libre personalidad y bienestar de ellos y de sus familias.

BIBLIOGRAFÍA

- A. Rojas Vargas, F. (2002). *Jurisprudenciapenal y procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Abanto, M. (2011). *Los delitos contra la administración pública*. Lima: Palestra Editores .
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal*. Lima: Aras.
- Bermúdez Tapia, M. a. (2015). *Jurisprudencia Penal Actual de la Corte Suprema*. Lima: Ediciones Legales.
- Bermúdez, M. (2015). *Jurisprudencia penal actual de la Corte Suprema*. . Lima: Ediciones Legales.
- Beteta, C. (2009). *EL PROCESO PENAL COMÚN*. Lima: GACETA&procesal penal.
- Cáceres, R. (2005). *Código Procesal Penal comentado*. Lima:: Jurista.
- Cuba, R. (1997). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Rodas.
- Cubas, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima- Perú: Gaceta Jurídica.
- Cubas, V. (2017). *El proceso penal común*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre el derecho penal*. Buenos Aires - Argentina : Hammurabi.
- Flores, A. A. (2016). *Derecho procesal penal I*. Chimbote- Perú: Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.
- Frisancho A., M. (2011). *Delitos contra la Adminsitración de Justicia*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Frisancho, M. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Trujillo - Perú: Jurista Editores E.r.R.L.
- García Caverro, P. (2008). *Lecciones de derecho penal*. Lima: Grijley.
- García, P. (2008.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* , . Lima: ,Grijley.
- García, P. (2012). *Derecho Penal- Parte General*. Lima: Jurista Editores.
- Hassemer, W. (1984). *"Fundamentos de Derecho Penal"*. . Barcelona.
- Hugo Álvarez, J., & Huarcaya Ramos, B. S. (2018). *Delitos contra la administración Pública*. Lima: Gaceta Juridica.
- Jiménez De Asúa, L. (19992). *Tratado de derecho penal*. Argentina: Lozada.
- La Rosa, M. (2007). *Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado*. Buenos Aires- Argentina: La Ley.

- Laje Anaya, J. (1997). *Notas a la Ley Penitenciaria Nacional N°24.460*. Córdoba - Argentina: Advocatus.
- Lara, M. J. (2010). *Apuntes del derecho Penal*. Lima.
- Levene, R. (1993). *Manual de derecho procesal penal. Tomo II, Segunda edición*. Buenos Aires: Depalma.
- López, J. (2009). *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra- España: Tratado de derecho procesal penal.
- Manfroni, C. (1997). *La convención Interamericana contra la Corrupción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Meini, O. (2013). *La implicancia de la pena en las conductas humanas*. Lima: San Marcos .
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal- Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre Delitos contra la administración pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Peña, A. (2010). *Exegesis del nuevo código procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Peña, A. (2018). *Derecho penal parte general*, . Lima: Legales.
- Peña, A. R. (2004). *Derecho Penal Peruano*. Lima: Rodhas.
- Portocarrero, J. (1996). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- Prado Saldarriaga, V. (1999). *Derecho penal, jueces y Jurisprudencia*. Lima: Palestra.
- Prado, V. (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reaño, J. (2014). *La administración pública*. Lima: Grijley.
- Reátegui, J. (2019). *Código penal comentado - volumen I*. Lima: Legales instituto.
- Rojas V., F. (2017). *Código Penal*. Lima: Idemsa.
- Rojas Vargas, F. (1999). *Ejecutoria suprema 5/9/96*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Delitos contra la administración pública*. . Lima.: Idemsa.
- Saldarriaga, P. (2010). *Gaceta penal y procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salinas S., R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Iustitia.

- San Martín Castro, C. (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Lima: Palestra.
- Suintero Olivares, G. (1992). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Urquiza O., J. (2019). *Compendium Penal*. Lima: Gaceta Jurídica 2019.
- Villa, J. (2014). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Villavicencio T., F. (2001). *Adaptando la Legislación Penal de Perú*. Lima: Perú.
- Villavicencio, F. (2006;). *Derecho penal. Parte general*. Lima,: Grijley.
- Villavicencio, F. (2007). *Derecho Penal* . Lima: Grijley.
- Zaffaron, e., & Alagia, A.d. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.