

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso.

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

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

Por: Alonso R. Peña Cabrera Freyre[♦]

Sumario:

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

(Viene de la PRIMERA PARTE)

3.- El delito de Cohecho pasivo específico

Recapitulado lo dicho, en los delitos de Cohecho el bien jurídico tutelado es la “Imparcialidad” y la “Legalidad”, en el ejercicio de la función pública, que puede verse afectado y/o con aptitud de afectación, tanto cuando el funcionario omite realizar un acto propio de sus funciones, con evidente beneficio del particular que ofrece, da, o promete entregarse una dádiva o cualquier tipo de ventaja, como por esa misma conducta en la que participa el particular (*extraneus*), en el sentido de que su contribución fáctica resulta esencial, para que pueda ponerse en peligro el interés jurídico protegido. Por lo que puede postularse un criterio común de ambos injustos (Cohecho pasivo y activo), conforme al interés jurídico tutelado, lo que no puede ser postulado de forma coherente en el caso del Cohecho impropio, al consistir en una actuación que más que lesionar la Imparcialidad de la función pública, lo que pone en evidencia es un comportamiento en franca contravención a los valores éticos y deónticos, que han de seguir los funcionarios en la

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

prestaciones públicas que realizan, erigiéndose en verdaderos “mercaderes”, de la actuación pública; que si bien desde un plano puramente dogmático habría de rechazar su incriminación, desde razones en puridad de política criminal puede ser valedero, a fin de prevenir eficazmente estas conductas disvaliosas.

Las conductas típicas se manifiestan de la siguiente forma, en el caso del Cohecho propio, el servidor del área de fiscalización de una Municipalidad, a fin de no imponer la multa que merece el administrado, por haber contravenido la legalidad aplicable, solicita al administrado una suma de dinero determinada y, en el segundo de los casos, en el Cohecho impropio, el fiscalizador del Ministerio de Trabajo de las normas laborales, a efectos de acudir a una empresa, donde de forma injusta no se le deja ingresar a un trabajador, pero para realizar dicha función –propia del cargo-, le solicita al administrado una suma de dinero. Ambas figuras delictivas revelan, sin duda, un determinado contenido del injusto en su contenido material, que será mayor en el caso del Cohecho propio, por lo que recibe una reacción punitiva más severa, conforme es de verse de la comparación de los marcos penales entre los artículos 393º y 394º del CP.

Ahora bien, el legislador en el marco de la política criminal que trazó en la elaboración del texto punitivo de 1991, habría de tomar en consideración factores de mayor incidencia en el disvalor del acción y en cuanto al reproche de imputación individual, que motivó la sanción de una tipificación penal autónoma, cuando la infracción de los deberes funcionales, tomando en cuenta los principios jurídico-constitucionales antes anotados, aparece con más intensidad cuando el sujeto activo es un funcionario que realiza tareas de especial importancia en un Estado democrático de derecho. Se trata en todo caso, de un autor que posee un ámbito de “organización específica”, que se traduce en concretas áreas decisorias, resolutivas y/o dictaminadoras, como fundamento material del Injusto típico. Nos referimos de forma particular, a quienes la Ley Fundamental les ha encomendado la excelsa labor de la administración de justicia, a los magistrados que en las diversas instancias del Poder Judicial, cumplen la tarea de dirimir las causas que se someten a su competencia y, por otro, de hacer ejecutar lo juzgado, de conformidad con el principio “jurisdiccional”. Así también aparecen otros funcionarios, que si bien no administran justicia, cumplen una labor de primer orden en lo que respecta a la persecución e investigación del delito, como titulares del ejercicio de la acción penal, nos referimos a los miembros del Ministerio Público, que también asumen funciones en el ámbito civil, contencioso-administrativo y de familia, como parte o como dictaminadores. Ambas instituciones en conjunto, deben desplegar sus roles constitucionales según el orden de valores que se desprenden de la CPE, con objetividad, legalidad e imparcialidad. Sus funciones adquieren relevancia social, cuando a partir de sus dictados, resuelven determinadas controversias legales, que tienen por efecto la creación, modificación y anulación de relaciones jurídicas y, en el marco del proceso penal, decidir por la pretensión punitiva, disponiendo la privación de libertad del imputado o, en su defecto absolviéndolo. Por ello, dice Rojas Vargas, es que repugna a la conciencia del colectivo social la existencia de jueces (también Fiscales) cohechadores, de aquellos sujetos

que miran la judicatura como un botín o una tienda donde desarrollar sus cualidades de mercaderes³⁹.

Con todo, las resoluciones jurisdiccionales, los dictámenes fiscales así como sus disposiciones en ciertos casos (formalización de denuncia penal), deben ser el dictado de una decisión debidamente razonada, producto de un análisis lógico jurídico y, cuestión importante para el tema que nos interesa, que su motivación este desprovista de cualquier influencia ajena, de las partes, que pueda distorsionar la legalidad de su respuesta o simplemente acelerarla, al haber recibido una coima por parte del usuario de justicia. En este caso, el juez o fiscal estaría en curso en el tipo penal de Cohecho pasivo específico, que requiere de ciertas precisiones, para que se aplicación no contravenga el principio de legalidad, principio fundamental del Derecho penal en un orden democrático de derecho, el cual debe respetarse ora en un proceso penal ordinario (común) ora en los procedimientos penales especiales (terminación anticipada del proceso, colaboración eficaz, etc.).

Sujeto activo

Es un delito especial propio, por lo que sólo pueden ser autores a efectos penales, quienes tienen la calidad de Magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier análogo. De acuerdo a lo descrito, debe quedar claro, que no basta que el sujeto activo cumpla con tener dicha cualidad funcional, para ser considerado autor, sino que se requiere necesariamente que éste cuente con capacidad decisoria y/o resolutoria, precisamente este es el fundamento material del injusto del tipo legal previsto en el artículo 395º del CP: la mayor responsabilidad del funcionario dentro del aparato de la Administración pública y Administración de justicia; se trata de magistrados⁴⁰ o fiscales, sean titulares o provisionales, de las diversas ramas en que se desempeñan funcionalmente (civil, penal, contencioso-administrativo, familia, terrorismo, anticorrupción, etc.), que tienen a su cargo un Juzgado o una Fiscalía⁴¹ y, no aquellos que desempeñan labores auxiliares, de asistente de Despacho, secretarios jurisdiccionales, debiéndose incluir a los Fiscales Adjuntos Provinciales⁴², pues es de verse que ellos no poseen capacidad decisoria, únicamente cuando asumen la conducción del Despacho, que debe plasmarse mediante una resolución de la autoridad competente y; si estas personas, están

³⁹ . Rojas Vargas, F.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 714.

⁴⁰ . En sentido estricto, señala Rojas Vargas, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 715.

⁴¹ . En el caso de los peritos, al ser profesionales en ciertas materias de la ciencia, su deber es de emitir un dictamen imparcial, versado estrictamente en el estado de la técnica, evitando inclinarse indebidamente por una de las partes. Si bien su dictamen no es *per se* vinculante para el juzgador, lo ilustra de forma decida en la orientación que ha de seguir para decidir en cierto sentido; su imparcialidad es sometida a responsabilidad funcional desde el momento en que prestan juramento al momento de entregar el dictamen pericial; Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Teoría General del Proceso y la Práctica Forense Penal*, cit., p. 331; en todo caso, consideramos que la inclusión del perito, debe incidir en una pena mitigada con respecto a los otros, en vista de no poseer facultades decisorias.

⁴² . Así, el artículo 43º de la LOMP, que establece taxativamente que los Fiscales pueden contar con el auxilio de Fiscales Adjuntos en el ejercicio de sus atribuciones cuando las necesidades del cargo lo requieran y según las posibilidades del Pliego Presupuestal correspondiente.

incursas en actos de corrupción, sus conductas deberán ser reconducidas a los artículos 393^o o 394^o dependiendo de las naturaleza del caso concreto. Siendo que cuando se trata de un secretario judicial, relator, especialista, auxiliar o cualquier otro análogo⁴³, el comportamiento estará incurso en la figura delictiva contemplada en el artículo 396^o del CP (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), siempre y cuando se cumpla con las exigencias de tipicidad objetiva que se desprenden del artículo 395^o (in fine).

Dicho esto es importante, para delimitar ámbitos de protección normativa, en la medida, que pueden producirse conflictos aparentes entre las diversas modalidades delictivas de Cohecho y el caso del tráfico de influencias.

Modalidad típica

El tipo penal en cuestión describe las siguientes verbos rectores: (...) a fin de influir o decidir en asunto sometido a su “conocimiento” o “competencia”, de dicha descripción se colige que el particular (*extraneus*), pretende influenciar en el ámbito estrictamente decisorio del funcionario (*intraneus*), para que lo favorezca en un caso determinado, no lo busca para que agilice los trámites del expediente, para que resuelva con mayor prontitud, sino para que la resolución jurisdiccional y/o dictamen fiscal recoja su pretensión, por lo que generalmente el injusto penal in examine, entrará en concurso real con el delito de prevaricación, de no ser así, tendríamos necesariamente negar la tipicidad penal de este delito y, reconducir el juicio de adecuación normativa a los delitos comprendidos en los artículos 393^o o 394^o del CP.

Como lo sostuvimos en párrafos anteriores, se trata de un delito de participación necesaria, en el sentido de que la realización típica esta condicionada a la contribución fáctica de ambos protagonistas: de quien otorga la dádiva para influir en un caso que esta conociendo el magistrado y, éste último que la recibe para favorecerlo, motivado por el beneficio ilícito. Siendo así, la participación delictiva de cada uno se desdobra en una tipificación penal autónoma; el particular será reconducido a los alcances normativos del tipo penal previsto en el artículo 398^o del CP, mientras que el magistrado al artículo 395^o (in fine). Si la intermediación corruptora, no se dio bajo un ambiente de plena libertad, donde el funcionario público ejerció cierta intimidación, con prevalimiento del cargo, será constitutivo del delito de Concusión y no la figura in examine.

Ahora debemos definir los alcances de los términos “conocimiento” y “competencia”; antes de elucubrar una posible concepción, debemos precisar lo siguiente: la debida definición o, mejor dicho de interpretación de los elementos normativos de los tipos penales, no puede basarse de ninguna manera desde acepciones en puridad “gramaticales”, no olvidemos que estos elementos cumplen un rol en el marco del principio de legalidad, que debe cotejarse con los fines teleológicos de las normas penales, con ello del Derecho penal, a fin de buscar la *ratio legis* (ámbito de protección de la norma); caso contrario, estaríamos cobijando conductas que no se condicen

⁴³ A nuestro modo de ver las cosas, dicha inclusión terminológica de sentido amplio, no cumple con el principio de *lex stricta*, con el mandato de determinación, pues a la postre puede desencadenar una aplicación extensiva de la Ley, que no se condicen con los fundamentos materiales del injusto típico y con la ratio de la norma

con el fundamento material del injusto. En el caso concreto, todos aquellos que conocen el caso, incluido el de mesa de partes, hasta el muchacho que se encarga de la mensajería, podrían ser incluidos como posibles autores del injusto de Cohecho pasivo específico, lo que a todas luces resulta un real despropósito; entonces, el conocimiento debemos vincularlo con aquellos que se encuentran glosados en la tipificación del artículo 395^o, cuya función no la ejercen en virtud de una determinada “competencia”. De quienes no estamos refiriendo, de los peritos, ellos asumen su actuación conforme una delegación o una resolución autoritativa, no existiendo una delimitación por competencia, hasta donde nuestros conocimientos nos guían.

Por consiguiente, cuando se trata de “Magistrados” y “Fiscales”, debemos referirnos únicamente al término “competencia”. ¿Qué es la competencia? La potestad funcional que tiene el magistrado, para avocarse a un caso determinado, la atribución para ejercer sus funciones conforme la jurisdicción que le viene investido por la Constitución y la Ley. La competencia, anota Binder, es una limitación de la jurisdicción para cierto tipo de casos. Esto responde a motivos prácticos: la necesidad de dividir el trabajo dentro de un determinado Estado por razones territoriales, materiales, funcionales⁴⁴. En el caso de la materia, el fuero jurisdiccional se divide en el área penal, civil, laboral, contencioso-administrativo, comercial y de familia. Si un usuario de la administración justicia, solicita a un magistrado en lo civil, para que influya sobre otro en materia penal, el primero de ellos si es que recibe algún tipo de coima o, ante la promesa a futuro de recibirla, no será pasible de incurrir en el tipo penal de Cohecho pasivo específico, sino en el tipificación legal del artículo 400^o, concretamente en la figura delictiva de Tráfico de influencias y; si el segundo de los mencionados, es efectivamente tentado por el primero, para resolver en determinado sentido, siempre y cuando exista una dádiva de por medio, sí incurrirá en el delito in examine, puesto que autor del delito de Cohecho activo específico puede ser cualquier persona, inclusive un Magistrado, como es de verse en algunas ejecutorias. Cuestión aparte, es que para que pueda afirmarse la realización típica del Tráfico de influencias no se necesario que la intercesión ante el funcionario público que conozca el caso judicial, se llegue a concretar⁴⁵, eso sí debe tratarse de una influencia “real”, en caso de ser “simulada”, se tratará de una tentativa inidónea, por imposibilidad del medio empleado.

Por lo general, el autor (magistrado), que recibe la coima por parte del particular, ha de ser influido para resolver de forma favorable al litigante, por que se incurra en un acto en violación de sus obligaciones funcionales. Se trata de un cohecho pasivo antecedente, donde está implícito – aún cuando el tipo penal no lo pone de manifiesto- el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la administración pública al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad de todo el proceso sometido a su decisión⁴⁶.

⁴⁴ . Binder, A.; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, cit., p. 297.

⁴⁵ . Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 467; Orts Berenguer, E.; *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 928; Vizueta Fernández, J.; *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 43.

⁴⁶ . Rojas Vargas, F.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., ps. 718-719.

4.- Distinción del tipo penal del artículo 395º del CP con el delito de Tráfico de Influencias

A fin de realizar una distinción puntual del delito de Cohecho pasivo específico con el de tráfico de influencias, definiremos ciertos elementos de este último. La inclusión del injusto penal previsto en el artículo 400º del CP, obedeció en motivos estrictamente de política criminal, tipificación penal que no estaba comprendida en el catálogo delictivo del corpus punitivo de 1924 así como en otros textos en el marco del derecho comparado. Decimos razones de política criminal, en tanto de un vistazo de la estructuración típica de este injusto, hemos de destacar que en realidad se trata de una etapa preparatoria de los delitos de Cohecho, de un acto de intercesión a un acto previo que de lugar a la corrupción, por lo que su incriminación es objetada por sector importante de la doctrina⁴⁷.

Se desprenden dos actos, que deben ser valorados jurídico-penalmente de forma independiente: primero, cuando el vendedor de humos, el traficante de influencias pacta con el particular, mediando un donativo, promesa o cualquier tipo de ventaja o beneficio, para que el primero de ellos interceda ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial; segundo, la real intercesión del traficante sobre el funcionario que está conociendo el caso o ha de conocerlo a futuro. Si bien ambos actos están de cierta forma vinculados subjetivamente, no es menos ciertos que a efectos de consumación del delito de tráfico de influencias, no se requiere que se verifique la real intercesión con el funcionario que está conociendo determinado caso, son tipificaciones penales autónomas en todo caso, de no ser así, no estaría justificado la inclusión de la figura delictiva que estamos comentando. El acto de “*influir*” sobre una autoridad o funcionario representa el núcleo de la conducta incriminada por la gravedad de las formas específicas en que se lleva a cabo el ejercicio de influencia sobre la actividad funcional⁴⁸. Por otro lado, el bien jurídico que se tutela en ambas figuras criminosas es el mismo: la imparcialidad, objetividad y la legalidad de la actuación pública, (...) toda vez que se intenta influir en la toma de decisiones de los funcionarios públicos para que resuelvan de espaldas a los intereses públicos⁴⁹, donde la anticipación de la barrera de intervención en el caso de tráfico de influencias es más que evidente.

Se trata, en todo caso, de un delito de mera actividad, no se requiere para su realización típica, que la finalidad perseguida por el particular que compra las “influencias” al vendedor de humo se concreten en una resolución injusta, de acuerdo a lo antes expuesto. Por otro lado, se trata también de un delito de participación necesaria, en tanto la realización típica está condicionada a la contribución fáctica de los dos sujetos intervinientes:

⁴⁷ . Como apunta, Olaizola Nogales, es mayoritaria la doctrina que afirma que con los delitos tradicionales contra la Administración pública, especialmente con el delito de prevaricación y el delito de cohecho podrían quedar recogidas la mayor parte de las conductas tipificadas en el delito de tráfico de influencias; *El delito de Cohecho*, cit., ps. 465-466.

⁴⁸ . Polaino Navarrete, M.; *Delitos contra la Administración Pública (VI). Tráfico de Influencias*, cit., p. 391.

⁴⁹ . Orts Berenguer, E.; *Delitos contra la administración pública (y II): Cohecho...*, cit., p. 928; Así, en cuanto a la imparcialidad; Feijóo Sánchez, B.; *Delitos contra la Administración Pública...*, cit., p. 705.

del vendedor de humos y del comprador de influencias, siendo que éste último al participar en un negocio jurídico “ilícito”, será penalizado como cómplice primario o instigador de dicho delito, dependiendo de la naturaleza jurídico-penal de su participación. Como apunta Reaño Peschiera, el perfeccionamiento de la conducta típica de intervención requiere necesariamente la conjunción de ambos aportes, y del hecho de que el traficante sea quien configure lo esencial del injusto típico no puede deducirse que el pertenece exclusivamente a él, pues su configuración total no puede ser explicada si se prescinde de la aceptación del interesado⁵⁰.

Cuando un particular, usuario del sistema de justicia, busca por ejemplo a un auxiliar jurisdiccional, para que éste influya en la persona del juez o siendo un asistente de función fiscal para que lo haga en el Fiscal que conduce el Despacho, no será autor del Cohecho pasivo específico, sino autor del delito de Tráfico de influencias, empero sí podrá incurrir en el tipo penal del artículo 396º, siempre y cuando lo que pretenda el particular, es un decisión que se encuentra enmarcada en el ámbito de potestades del auxiliar jurisdiccional, v.gr., que posponga una diligencia, que omita notificar cierta diligencia a la otra parte, etc. Una diferencia importante, como apunta Olaizola Nogales, es que en principio, no sería relevante a efectos del delito de tráfico de influencias si la resolución es conforme o contraria a Derecho⁵¹; pero sí, a efectos de valorar la conducta del funcionario que está conociendo el caso, pues, si se hace para omitir un acto propio de sus funciones, será constitutivo de un delito de Cohecho pasivo propio y, si recibe la dádiva para realizar un acto propio de sus funciones incurrirá en un delito de Cohecho pasivo impropio. De todos modos, será de recibo, que la búsqueda de influencias para que se decida en un caso concreto, por lo general se hará con el propósito de que se realice un acto en omisión de los deberes funcionales. De ahí, vale decir, que si se trata de una intercesión que ha de calar en un funcionario con potestades decisorias, ingresaríamos a un Concurso real con el injusto de prevaricación; situación que no cabría admitir cuando la influencia se dirige hacia un acto sin faltar a los deberes funcionales (Cohecho pasivo impropio).

La delimitación normativa entre los delitos de Cohecho y de tráfico de influencias, ha de verse conforme la adecuación del comportamiento típico a los verbos rectores descritos en las diversas tipificaciones penales, concretamente en lo que respecta al ámbito decisorio y/o resolutor del sujeto que recibe y/o solicita la dádiva u otra ventaja. Pudiendo las diversas manifestaciones típicas de Cohecho realizarse, por intermedio de otra persona, sin que de lugar a la configuración del tipo penal de tráfico de influencias, esto es, mediante un intermediario, el funcionario (*intraneus*), solicita a una particular la entrega de un dinero, a fin de realizar un acto en violación de sus obligaciones funcionales, donde la intervención del intermediario será punible a título de cómplice primario, sea un servidor público o un particular, cuestión contraria se dará cuando el que ofrece una actuación irregular de un funcionario a cambio de una dádiva, lo hace directamente, ofreciendo la venta de “influencias”. Así, se dice en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2527-98: “*Las acciones de recibir o aceptar puede realizarlas el funcionario de por sí o por persona interpuesta, es decir,*

⁵⁰ . Reaño Peschiera, J.L.; *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, cit., p. 79.

⁵¹ . Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 469.

personalmente o por intermedio de un tercero. La referencia en orden a la participación, siendo aquella persona que a los ojos de terceros se haga aparecer como destinatario del beneficio”.

Siendo así, el tipo penal de tráfico de influencias no es un delito especial propio, en tanto puede ser cometido por cualquier persona, inclusive por un funcionario y/o servidor público, que en el caso de nuestra legislación positiva, ha incidido a la construcción de una circunstancia agravante, como consecuencia de la sanción de la Ley N° 28355 del 06 de octubre del 2004; por tanto, para la realización típica de este injusto, la entrega del beneficio debe apuntar a la actuación funcional de un tercero y, si éste finalmente accede a algún tipo de ventaja, por parte del vendedor de humos, estará incurso en los delitos de Cohecho. Pero, si quien recibe directamente la coima, el dinero, es el funcionario que está conociendo el caso concreto, no habrá posibilidad de tipificar por el delito previsto en el artículo 400º, sino será constitutivo de los artículos 393º, 394º y 395º; y con respecto al particular, pasible según los artículos 397º o 398º del CP.

Recapitulando, el delito de Cohecho pasivo específico, es de mera actividad, no necesita de la colima recibida por el autor se traduzca en una resolución injusta (condición objetiva de punibilidad), constituye un injusto de participación necesaria⁵², donde el particular o funcionario que ofrece o acepta la solicitud de soborno será penalizado, según los alcances normativos del artículo 398º del CP. Si el funcionario público que recibe y/o solicita el soborno, no tiene las potestades, facultades que el tipo en comento exige, para acreditar el mayor fundamento del injusto típico, la conducta se reconducirá a los tipos penales previstos en los artículos 393º y 394º del (in fine), sobre todo al primero de ellos, pues muy difícilmente la corruptela será destinada a que realice un acto propio de las obligaciones funcionales.

5.- El tipo subjetivo del Injusto en los delitos de Cohecho

En lo que refiere al tipo subjetivo del injusto, los tipos penales in examine sólo son posibles de incriminar a título de dolo: conciencia y voluntad de realización típica. Con ello, no descartamos el dolo eventual, al cual consideramos como el “conocimiento del riesgo típico”: el funcionario y/o servidor público que recibe un soborno, sabiendo que el particular los hace para que contravenga sus deberes funcionales, de torcer la voluntad de los intereses generales de la Administración Pública. Decimos esto, pues según nuestro punto de vista el dolo debe refundirse en un plano estrictamente “cognitivo”, por lo que el término “a sabiendas”, que se ha incluido en la construcción típica del artículo 395º del CP, no descarta el dolo eventual, lo

⁵² . En la siguiente ejecutoria RN N° 3765-2001-Cusco (Sala Penal Transitoria), se pone de relieve la naturaleza “plurisubjetiva” del delito de Cohecho pasivo específico de la siguiente forma: “(...) que el procesado en sus respectivas declaraciones ha negado ser autor del delito que se le imputa, son embargo las mismas han quedado desvirtuadas con la sentencia que obra a fojas doscientos treinta y tres a doscientos treinta y ocho en la que se condenó a Navarrete Rivadeneyra por el delito de corrupción de funcionarios en su modalidad activa, precisamente respecto de los mismos hechos que originaron la presente instrucción, es decir, el proceso civil que fue de conocimiento del procesado Arce Leandro sobre nulidad de rescisión de anticipo de legítima, en este caso Rivera Rivadeneyra sobornó a dicho Magistrado, ahora procesado, siendo confeso de los cargos reconociendo haber sorprendido al ex Juez Arce Leandro (...)”.

que para un sector de la doctrina no resulta admisible⁵³, inclinándose, evidentemente, en teorías más propensas al elemento “volitivo” del mismo. De plano, ninguna de estas figuras delictivas, exige un plus en la esfera anímica del autor, un elemento subjetivo del injusto: “malicia”, “mendacidad”, etc. El dolo es suficiente, cubriendo todo el espectro normativo de los elementos constitutivos del tipo penal, cuya posible ignorancia podría dar lugar a un Error de tipo.

-Conclusiones-

Las variadas formas que adquiere la Corrupción, incluida la “política”, corroe severamente las vísceras de nuestra sociedad, repercutiendo en las bases fundacionales de una sociedad democrática y en su plataforma Institucional. Para tales efectos, el Estado proyecta una política criminal que no siempre se ajusta a los preceptos constitucionales y, por otro, a los principios legitimadores del Derecho penal, bajo la lupa de un orden democrático de derecho, incidiendo normativamente en ámbitos no compatibles con la teleología que se desprende de la Ley Fundamental.

Lo descrito importa entender que el combate eficaz de las conductas cohechadoras, supone actuar en el marco de las acciones de control –propias de la vía administrativa- y, en lo que respecta a la persecución penal, concretamente promoviendo la real implementación del nuevo CPP.

El Derecho penal, por supuesto que ejerce una función de primer orden, para prevenir y reprimir estos comportamientos antijurídicos, en consonancia con los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad de común idea con los fines preventivo generales que se comprenden en la norma de sanción. De todos modos, los cometidos político criminales no deben rebasar el umbral de legitimidad que toma lugar con los criterios rectores del Derecho penal.

(FIN DEL ARTÍCULO)

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso.

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

⁵³ . Así, Rojas Vargas, F.; *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 719.