

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL DEL EXTRAÑO EN EL
DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE Y SU
VINCULACIÓN CON LA CONEXIDAD DELICTUAL**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

LISBETH ARACELY ROJAS VASQUEZ

ASESOR

ELIU ARISMENDIZ AMAYA

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2022

**LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL DEL EXTRAÑO EN
EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO
SUBSECUENTE Y SU VINCULACIÓN CON LA
CONEXIDAD DELICTUAL**

PRESENTADA POR

LISBETH ARACELY ROJAS VASQUEZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Cinthyacrisa Dunyoli Gastulo Muro

PRESIDENTE

Josune Graciely Paco Armestar
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya
VOCAL

Dedicatoria

A mis padres, por su apoyo incondicional y comprensión, por su esfuerzo constante para brindarme la mejor educación y motivarme siempre a alcanzar mis objetivos.

A mis abuelos: Leonilda Alarcón Rubio y Marco Leoncio Sánchez Calle, por ser el complemento para mi vida, asumiendo el rol de padres en mi formación a lo largo de estos años.

Agradecimientos

A mi Asesor Temático el Dr. Eliu Arismendiz Amaya, por su tiempo, dedicación y el apoyo constante para el desarrollo de esta investigación.

Índice

Resumen	9
Abstract.....	10
Introducción	11
CAPITULO I.....	13
ESTRUCTURA DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE....	13
1. Antecedentes	13
2. Técnicas de Tipificación del Delito de Cohecho Pasivo Propio Subsecuente.....	16
2.1. Tipo Objetivo.....	16
2.1.1. Elementos Referentes a los Sujetos	16
2.1.2. Elementos Referentes a la Conducta.....	19
2.1.3. Elementos Concomitantes	32
2.2. Tipo Subjetivo.....	34
CAPITULO II.....	35
LA IMPUTACIÓN JURÍDICA PENAL DEL EXTRAÑO EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE.....	35
1. El Injusto Penal.....	35
1.1. Tipo Penal	37
A. El Tipo Objetivo.....	39
B. El Tipo Subjetivo.....	42
1.2. Tipicidad	44
1.3. Antijuricidad	46
2. Tipos de Injusto Penal.....	55
2.1. Injusto Colectivo.....	55
2.2. Injusto Independiente	57
3. La conexidad delictual	57

4. La naturaleza del delito de cohecho pasivo propio subsecuente	59
CAPÍTULO III.....	67
CONEXIDAD DELICTUAL EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE.....	67
1. Generalidades.....	67
2. La Conexidad como Criterio de los Delitos de Participación Necesaria	73
3. La Conexidad y la Separación de Injustos Penales	77
4. Técnicas de Tipificación en los Delitos Conexos.....	83
5. El Principio de Legalidad como Criterio Fundamentador en la Conexidad Delictual	85
5.1. Los Apotegmas Binomiales en la Conexidad Delictual	86
6. Propuesta Legislativa respecto al Artículo N° 397 del Código Penal referente al Cohecho Activo Genérico	87
Conclusiones	89
Recomendaciones.....	90
Bibliografía	91

Resumen

La presente investigación versa sobre la problemática respecto a la imputación del extraño en un delito especial, de infracción de deber y conexo. El Perú ha optado por asumir la tesis que plantea la unidad del título de imputación, en ese sentido corresponde punir la conducta del particular en calidad de cómplice del delito que se le impute al sujeto cualificado, empero aquello que llama la atención es el trabajo del legislador al tipificar las conductas de los sujetos en el delito de cohecho, pues prevé tipos penales autónomos que le otorgan el estatus de autor tanto al *intraneus* como al *extraneus*.

En virtud de ello, resulta necesario analizar la técnica legislativa mediante la cual de manera individual el legislador pune la conducta de los sujetos, dicha técnica encuentra sus bases en la correspondencia delictual existente entre ambos tipos de cohecho (activo y pasivo), correspondencia que deriva de un escenario donde la regla es la conexidad.

Ahora, la conexidad supone el uso de técnicas legislativas de correspondencia, las que en el delito de cohecho siguen la dinámica: cohechante y cohechado, aforismos que permiten evidenciar la vinculación entre los citados delitos y que a su vez marcan la pauta para determinar el tipo de injusto que le es atribuido a cada agente criminal. No obstante, el legislador ha inadvertido las reglas de la conexidad al reprimir solo la conducta del sujeto público, en el tipo penal de cohecho pasivo propio subsecuente, y no positivizar supuesto de hecho que corresponde a dicha modalidad delictual en el cohecho activo genérico, generando impunidad en ese extremo.

Palabras clave: Cohechante; cohechado, intraneus, extraneus, conexidad.

Abstract

The present investigation deals with the problem regarding the imputation of the stranger in a special crime, of breach of duty and related. Peru has chosen to assume the thesis that the unit of the accusation title raises, in that sense it corresponds to punish the conduct of the individual as an accomplice of the crime that is imputed to the qualified subject, however what draws attention is the work of the legislator when classifying the conduct of the subjects in the crime of bribery, since it provides autonomous criminal types that grant the status of author to both the intraneus and the extraneus.

By virtue of this, it is necessary to analyze the legislative technique by which the legislator individually punishes the conduct of the subjects, said technique finds its bases in the criminal correspondence between both types of bribery (active and passive), correspondence that derives of a scenario where the rule is the connectedness.

Now, the connection implies the use of legislative techniques of correspondence, which in the crime of bribery follow the dynamics: coercing and bribery, aphorisms that allow evidence of the link between the aforementioned crimes and that in turn set the standard to determine the type of unjust that is attributed to each criminal agent. However, the legislator has ignored the rules of connection by repressing only the conduct of the public subject, in the criminal type of subsequent passive bribery, and not making the factual assumption that corresponds to said criminal modality in the generic active bribery positive, generating impunity at that extreme.

Keywords: Cohechante; cohechado, intraneus, extraneus, connectedness.

Introducción

La investigación se denomina “ La imputación jurídico penal del extraño en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente y su vinculación con la conexidad delictual”, se pretende dar a conocer la actuación del *extraneus* en un delito especial, de infracción de deber como es el delito de cohecho, las reglas a tenerse en cuenta por tratarse de un delito conexo y el reproche jurídico penal que se le debe atribuir al extraño en un tipo penal autónomo en virtud de una técnica legislativa de correspondencia.

El Perú tiene un alto índice de Percepción de Corrupción, así lo afirma un estudio realizado por la ONG de la Transparencia Internacional, pues revela que en su mayoría las malas prácticas se sitúan en el Ámbito de la Función Pública, en ese sentido la instrumentalización de cargos, con fines ajenos a los públicos genera un ambiente de inseguridad ciudadana y desconfianza en las autoridades de nuestro país, una forma de contrarrestar la situación antes referida fue la iniciativa del Estado al crear instituciones jurídico – penales que reprimen el actuar de Funcionarios y Servidores, en tanto dañen la Administración Pública, evitando de este modo la expansión del actuar delictivo de corrupción. Es así que nacen los delitos de corrupción funcional, ubicados en la parte especial del CP.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que las malas prácticas de los sujetos públicos algunas veces aparecen estrechamente ligadas al actuar de los particulares, como es el caso del delito de cohecho pasivo propio en todas sus modalidades delictuales, empero para efectos del desarrollo de la investigación centrémonos en la modalidad delictual de la subsecuencia o cohecho pasivo propio por recompensa, aquí el legislador pune la conducta del sujeto público o *intraneus* que habiendo emitido un acto funcional “ acepte” o “ solicite” el medio corruptor al particular o *extraño*, de allí que en el supuesto típico del artículo 393 del CP, se establezca “ a consecuencia de haber faltado a ellas”; es de advertir que la palabra ellas es puesta en virtud de una técnica legislativa a efectos de vincular al Funcionario o servidor con sus obligaciones.

En ese sentido el legislador se ha aproximado a contrarrestar la corrupción desde la óptica del sujeto cualificado, lo cual es válido, empero dicha tipificación no se ha desarrollado del

todo, puesto que el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, es propio de un escenario conexo, en donde existe prestación de un binomio de personas intervinientes, las mismas que se encuentran en plataformas jurídicas diferentes, y por tanto deberán responder de forma independiente según el tipo penal creado para cada uno ellos. Siendo así en virtud de la conexidad delictual habrá sanción jurídico penal tanto para el sujeto cualificado como para el no cualificado, pues esa es la lógica.

No obstante, el legislador ha inadvertido la atribución jurídico penal del extraño que participe en la modalidad delictual descrita líneas arriba, pues en el artículo 397 que regula el cohecho activo genérico, no figura algún supuesto típico proporcional y que corresponda al regulado en el cohecho pasivo propio subsecuente. Hecho que trasgrede la *conexidad delictual*, puesto que la lógica de los delitos de corrupción de funcionarios de tipos penales autónomos propia de un escenario conexo, implica punibilidad para ambos sujetos. Situación de la cual podemos inferir que, existe un vacío legal, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el cual debe llenarse a efectos de evitar la impunidad en todos sus extremos.

En virtud de ello nos planteamos la siguiente pregunta ¿Por qué la imputación jurídico penal del extraño en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente aparece vinculada a la conexidad delictual?

La investigación tiene como objetivo general determinar la imputación jurídico penal del extraño en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente y su vinculación con la conexidad delictual. Y como objetivos específicos los siguientes: determinar la estructura del delito de cohecho pasivo propio; analizar la imputación jurídico penal del extraño en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente y verificar la conexidad delictual en el delito de cohecho pasivo propio.

La justificación de esta investigación versa sobre la necesidad de tipificar la conducta del *extraneus* que intervenga en la comisión de un delito conexo, especial y de infracción de deber, puesto que en mérito al principio de legalidad *nullum crimen sine lege*, en la medida que no se encuentre positivizada dicha conducta no acarrearía punibilidad una situación palmaria que evidentemente si la requiere.

CAPITULO I

ESTRUCTURA DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE

En este apartado se abordará los antecedentes que determinan al delito de cohecho pasivo propio subsecuente, por ser tanto un delito contra la Administración Pública como por recibir el calificativo de ‘soborno’, pues está relacionado con la corrupción en el Perú.

Ahora, respecto a la estructura, se realizara el juicio de tipicidad, a través de técnicas de tipificación, esto es tipo objetivo y tipo subjetivo, detallando los elementos que encierran cada uno de ellos.

1. Antecedentes

En nuestra sociedad el avance de la criminalidad, la inseguridad y la corrupción son uno de los principales problemas que nos aquejan, pues tal como lo asevera Sánchez (2016) “esta preocupación colectiva se manifiesta en diversas regiones, países y sociedades en el mundo” (p. 4). Y de forma particular, en el Perú, la rama pública es la más afectada, diariamente se impide o perturba la organización y el desarrollo normal de las actividades de los sujetos públicos en el ejercicio de sus funciones” (Cabrera, 2016. p. 25), todo ello con la finalidad de satisfacer intereses privados.

Los medios de comunicación afirman que los casos de corrupción han aumentado a un ritmo alarmante, afectando a los Administrados, haciendo que estos pierdan la confianza en las

autoridades de nuestro país, y degradando el valor del trabajo para quienes ostentan el cargo público.

Daly & Navas (2015) señalan que:

La corrupción en nuestro país básicamente comienza en el Régimen Colonial, en el siglo XVI, sobre todo en las ganancias irregulares indebidas e ilegales conseguidas por los más altos representantes de la corona española al momento de distribuir los cargos oficiales de la administración virreinal. Con los cargos comprados, los administradores coloniales cometían abusos y exprimían la capacidad productiva de la población indígena dedicada a la minería, de paso sobornando a supervisores encargados de velar por el cumplimiento de los protocolos que reglamentaban la explotación de las minas (p. 03).

Como puede verse la corrupción antiguamente, está estrechamente ligada al abuso de un cargo o función pública con fines de aprovechamiento particular; por ello, hablar de corrupción es a todas luces caer en el mero utilitarismo y en la no valoración de un trabajo, es la consecuencia de un mal manejo de las libertades en el entorno laboral. La corrupción no solo ‘desnaturaliza los fines de nuestro modelo de Estado, sino también obstaculiza que la administración pública cumpla con sus funciones orientadas al bienestar general y a posibilitar el desarrollo igualitario de los ciudadanos’ (Montoya, 2015, p. 9).

Ante tal situación, el Estado a través del Sistema Penal vigente, ha creado instituciones jurídico - penales, a efectos de contrarrestar la corrupción de funcionarios y servidores públicos; evitando de este modo la expansión del actuar delictivo (Aquino, 2018). Ello se evidencia en la parte especial del Código Penal, referente a los delitos cometidos por sujetos públicos en desmedro de la Administración Pública, respecto a esto último centrémonos en los delitos de corrupción funcional, específicamente, delitos de cohecho.

El delito de cohecho, más comúnmente conocido como soborno (Sánchez, 2013); consiste en la compra-venta de la función pública, su característica más común es la bilateralidad pues consta de dos conductas que deben ser valoradas penalmente (Montoya, 2016) estas son la del funcionario público (cohecho pasivo) y la del particular o extraño (cohecho activo), en ese sentido el supuesto típico se encuentra en base a un binomio de personas: cohechador y cohechante, quienes al lesionar el bien jurídico protegido son acreedores de la consecuencia jurídica, que es la pena.

Resulta importante tener en cuenta la forma y el momento en que el agente delictivo despliega su conducta criminal, puesto que existen denominaciones que se le atribuyen al delito según el contexto en el que se desarrolle.

Existen dos formas en como el Funcionario o Servidor ejecuta el delito, por un lado si el agente delictual recibe la dádiva para violar sus funciones, estamos ante el cohecho pasivo propio, por otro lado si sujeto público recibe el soborno para realizar actos que de todas maneras debe hacer, pues se le atribuyen en razón de su cargo, a esto último se le conoce como cohecho pasivo impropio.

En relación al momento en que el sujeto de status actúa comprometiendo la función pública a cambio de una retribución no debida, el *nomen iuris* del delito es cohecho pasivo antecedente, pues la contractualidad está en base a un hecho aún no realizado, diferente es la situación cuando dicha contractualidad está basada en un hecho ya realizado por el sujeto público, a ello se le conoce como cohecho pasivo subsiguiente. En ese orden de ideas, y a efectos de desarrollar la presente investigación centrémonos el delito de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo propio subsiguiente.

Para Salinas (2009):

El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado, se entiende como la aceptación hecha por un funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto pasivo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional (p.424).

O como lo establece Abanto (citado en Montoya, 2016) indicando que es aquel que:

Sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio como consecuencia de haber faltado ya a sus deberes (p. 96).

Queda claro, que existen diferentes maneras de comprometer la función pública en venta, a través del cohecho pasivo propio, del impropio, pero también es evidente que el acto funcional puede ser vendido en diferentes periodos de tiempo, ello se refleja en el cohecho antecedente y subsiguiente conforme se ha descrito líneas arriba.

Si nos aproximamos a desarrollar la subsecuencia, en el delito de cohecho pasivo propio, podemos ver que está ligada a la conducta criminal, pues esta se despliega una vez ya realizado el acto funcional propio del cargo del sujeto público, admitiendo de este modo el medio corruptor, proveniente del extraño, comprometiendo la función pública (Arizmendiz, 2018).

Del mismo modo, Zárate (2017) indica que en la subsecuencia “la dádiva o beneficio se entrega con posterioridad a la ejecución del acto ilícito del funcionario” (p. 759); de ello se intuye que a efectos de punir la conducta del Funcionario o Servidor, el legislador utiliza una técnica legislativa teniendo en cuenta el tiempo pasado, al indicar en el supuesto de hecho del artículo N°393 del Código Penal vigente a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales.

2. Técnicas de Tipificación del Delito de Cohecho Pasivo Propio Subsecuente

2.1. Tipo Objetivo

2.1.1. Elementos Referentes a los Sujetos

a. Sujeto Activo

El delito de cohecho pasivo propio subsecuente tiene como sujeto activo, a uno con cualidades diferentes a un sujeto que se halle inmerso en un delito común, es por ello que el referido delito recibe el nombre de delito especial. En ese sentido, solo podrá ser realizado por éste; puesto que, el tipo penal está dirigido a sancionar la conducta de un funcionario o servidor, de allí que la denominación de este delito este en el ámbito de delitos de corrupción funcional.

Siguiendo la misma línea de ideas Arismendiz (2018) refiere que el delito materia de análisis, respecto a los sujetos es un delito de dominio, específicamente un delito especial propio, que solo puede ser perfeccionado por el sujeto que exige la fórmula legal, esto es funcionario o servidor, excluyendo de este modo a los particulares.

En efecto, el legislador, ha restringido el radio de autores del delito solo a un sector vinculado con la Administración Pública, empero, es de advertir que no basta la vinculación referida a efectos de atribuir sanción jurídico penal, sino que el tipo penal, ha previsto una exigencia. Tal como, lo estipula el Recurso de Apelación N° 05-2017-Huanuco donde determina que:

(...) es un delito especial propio y de infracción de deber el funcionario público por el estatus que ostenta, tiene el “deber especial positivo” de actuar con imparcialidad, rectitud, transparencia y objetividad. (...) Se exige al sujeto activo una cualidad especial, el autor no puede ser cualquier persona sino aquellos que ostenta el cargo público y cumple el rol funcional específico (Fundamento Jurídico N° 7).

Al respecto Salinas (2009), tomando como base el delito matriz del delito objeto de estudio, expresa que:

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público tiene que tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete, puesto que, si no tiene competencia y solo, por ejemplo, interviene para hacer que otro funcionario o servidor público lo realice, aquel no será imputado por el delito de cohecho pasivo propio, sino el delito de tráfico de influencias (p. 442).

Al ser el delito de cohecho pasivo propio, la base del delito de cohecho pasivo propio subsecuente, resulta aplicable lo referido por el autor, en ese sentido, del texto se infiere que, para la configuración del tipo penal, es necesario que el agente delictivo, esto es funcionario o servidor público, comprometa la función pública y emita el acto funcional, estando siempre habilitado para hacerlo, en razón del cargo que ocupa.

La afirmación expuesta se materializa en el Expediente Judicial N° 1067-2012, emitido por el Primer Juzgado unipersonal del Callao, en tanto refiere que ‘‘solo puede ser autor del delito de cohecho cual fuera su modalidad, el funcionario o servidor público en ejercicio de su actuación pública’’ (p. 15).

La actuación pública aludida, supone una exigencia imprescindible, esto es la competencia para realizar función pública, en ese sentido, ello puede utilizarse como un elemento determinante para descartar la configuración de un tipo penal diferente al que se está analizando.

A efectos de ilustrar lo expuesto veamos el siguiente ejemplo: el Funcionario A, que, no teniendo competencia para ejercer la función pública, invade funciones del Funcionario B, quien, si se encuentra dotado de competencia para ejercer dicha función, y se dirige a solicitar o aceptar el medio corruptor a un particular después de haber comprometido la función pública con la emisión de un acto funcional.

En ese contexto, la atribución del delito de cohecho pasivo propio subsecuente no puede ser para el Funcionario A, pues no cumple la exigencia, entendida como la competencia necesaria para realizar labor pública, empero, ello no quiere decir que su actuación quede impune, pues esta se adecua al tipo penal de usurpación de funciones.

Una vez aclarado ello, resulta necesario analizar la denominación de Funcionario o Servidor. El Expediente 0021-2011 indica que es suficiente para el Derecho Penal identificar al ‘‘funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones’’ (Fundamento Jurídico N° 10). Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita

en Perú el 29 de marzo de 1995, brinda un alcance al respecto, y refiere que son empleados del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

De lo expuesto se observa un concepto amplio de Funcionario o Servidor, al respecto Reategui (2009) refiere que:

La Convención Interamericana contra la Corrupción, tiene por objeto ampliar el alcance del sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública, estableciendo que la condición de funcionario público se produciría solamente con el elemento subjetivo, el título habilitante, sin que sea necesario el elemento objetivo, la efectiva participación en la función pública (p.474).

Por ende, se deduce del texto que, por reglas de política criminal, la Convención, ha optado por atribuirle punibilidad al sujeto cualificado, pese no haber concurrido el elemento objetivo como es el ejercicio efectivo del cargo. Es decir, el Funcionario o Servidor califica como autor en la comisión de delitos contra la Administración Pública. Por lo que, estando inmerso el delito de cohecho en los delitos aludidos, delitos de corrupción funcional, está abierta la posibilidad de considerar como autor de cohecho pasivo propio subsecuente, al sujeto cualificado que solo ostente el título habilitante como es la elección.

Por su parte Rojas (2002) sostiene que, el sujeto activo del delito de cohecho pasivo propio (delito base del que nos compete analizar) siempre será el Funcionario o Servidor, que actué poseyendo competencia en razón del cargo o función; es decir el concepto de sujeto activo del delito se ve marcado por el elemento objetivo referido en el párrafo anterior, y basta con ello para la atribución del delito.

Como puede verse el concepto de funcionario y Servidor, es intrigante y de suma complejidad debido a que no existe un consenso respecto a la delimitación de su concepto, más aún si en el artículo 425 del Código Penal, no precisa diferencia alguna, ni menciona aquellos elementos (objetivo y subjetivo), que necesariamente deben tener dichos sujetos, por lo que se infiere que el legislador en palabras de Arismendiz (2018), opta por una técnica legislativa genérica, unificando las nomenclaturas de funcionario o servidor público, y remite a dispositivos legales preexistentes, con la finalidad de que los términos aludidos se interpreten, según el caso en concreto.

Sin perjuicio de ello considero que el caso del delito de cohecho pasivo propio subsecuente, es necesaria la concurrencia de dos de los elementos citados en párrafos precedentes, esto es: objetivo y subjetivo, ejercicio efectivo del cargo y título habilitante respectivamente.

b. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo como bien sabemos “es el portador del bien jurídico afectado por la comisión del hecho delictivo” (Diez, citado en Martínez, 2019, p. 6), y respecto del tipo penal materia de investigación no es más que el Estado, pues detenta la “condición de titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la administración pública” (Recurso de Nulidad N° 2081-2012-Lima Norte, Fundamento Jurídico N° 9). Siendo aquella postura respaldada por el Expediente Judicial N° 1067-2012-Callao, al mencionar en un extremo que el sujeto pasivo siempre es “el estado como titular del ente administrativo, pues la conducta del agente afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública” (p. 15).

Es decir, el Estado adquiere el estatus de sujeto pasivo, en tanto se ve perjudicado socialmente, ante las actuaciones indebidas que los sujetos cualificados realicen cegados por el utilitarismo del cargo público, en donde el interés particular está por encima del interés general, inobservando que este último constituye el eje central de las actividades de la Administración y por ende del Estado.

Ahora, es preciso analizar que se debe entender por correcta administración pública, no cabe duda que, se encuentre relacionada con la integridad y principios éticos funcionariales; los que evidentemente son desvirtuados en la comisión del delito, imposibilitando que el Estado, en el desarrollo de las actividades ligadas a la Administración, llegue de manera eficiente e igualitaria, en relación a los servicios públicos que se le debe otorgar a la población, tales como la satisfacción de sus necesidades y la protección de sus derechos fundamentales, allí radica el fundamento para considerar al Estado como sujeto pasivo.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, considero que en la comisión del delito materia de análisis, se debe también tener en cuenta como sujeto pasivo, a aquel a quien se le afecta o vulnera su derecho a la justicia, colocándolo en una situación de desventaja respecto de una situación con relevancia jurídica, producto de un favorecimiento realizado, con ánimo de cobrarse, en un futuro.

2.1.2. Elementos Referentes a la Conducta

En este apartado se analizarán los supuestos típicos y los indicadores configurativos que se desprenden del Artículo N° 393 del Código Penal vigente respecto al delito de cohecho pasivo propio subsecuente.

a. Medios Corruptores

La presencia de los medios corruptores es indispensable para la configuración del delito, y según Reategui (2015) son “bienes individualizables con un contenido patrimonial o cualquier otra prestación sea o no con contenido patrimonial, a su vez deben ser capaces de consumir formalmente el delito y tiene que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora” (p. 677); puesto que, si se verifica la inexistencia de los citados medios, el delito no aparece.

a.1. Del Donativo

Es sinónimo de dádiva, obsequio, regalo, ello según el diccionario virtual de la RAE, empero, en el ámbito de la Función Pública el significado de donativo, independiente de ser aquello que manifiesta la Real Academia Española, debe reunir una serie de características, tales como: materialidad, traducibilidad pecuniaria, transferibilidad, orientación finalista, y suficiencia motivadora (Rojas, 2016); es decir, para hablar formalmente de un donativo este debe tener cualidades especiales.

Las características que refiere el autor, tales como materialidad, traducibilidad pecuniaria y transferibilidad, son de fácil comprensión pues expresan que el donativo puede tratarse de un bien mueble o inmueble, monto dinerario o valoración en dinero de un bien; en otras palabras, “algo económicamente evaluable” (Sentencia del Tribunal Supremo N° 990/2013, Fundamento Jurídico N° 10). Asimismo, es susceptible de transferencia a liberalidad del sujeto a quien se dirige, en este caso un Funcionario o Servidor, que puede trasladarlo a una esfera patrimonial diferente de la suya, a título gratuito u oneroso, y a fines.

Por ende, se infiere según el autor que el donativo debe tener una orientación finalista y con suficiencia motivadora. Puesto que, en razón del primero se entiende que el pacto de venta de la función pública, está dirigido siempre a tener contraprestaciones ilícitas, entre un sujeto de status y un particular. Y en cuanto a la suficiencia motivadora hace alusión al poder objetivo para doblegar o mover la voluntad del sujeto público hacia una conducta o resultado pretendidos.

Al tener las cinco características expuestas es considerado el medio corruptor por excelencia, sin embargo, para Rojas (2016):

Son estas dos últimas las que permiten establecer parámetros de interpretación y hacer diferencias entre los obsequios nimios o insignificantes, que se supone carecen de suficiencia motivadora, de los donativos significativos en la lógica del medio corruptor. Así, la entrega de caramelos, flores, lapiceros de escaso valor o actos de cortesía, aprovechando ocasiones de celebración personales por parte del sujeto público o favores convencionales, que no sobrepasen criterios de estimación socialmente aceptables, se salen del aspecto de significación de esta característica de relevancia penal (p. 292).

En ese contexto lo que el autor refiere es que, no basta que el bien sea puesto a disposición del sujeto público, sino que, para la configuración del tipo penal, se acredite la relevancia que tiene para doblegar la voluntad del sujeto cualificado e inducirlo a un actuar indebido.

Ahora, en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente se le llamara donativo a aquel bien que, reuniendo las características citadas, sea dado al sujeto público a consecuencia de haber desplegado la conducta criminal, en razón del cargo en el que se encuentra, ello no es más que haber faltado a sus obligaciones normales, toda vez que la función pública regularmente es gratuita respecto a los Administrados.

a.2. De la Promesa

Se entiende como aquella “expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa” (Reategui, citado en Montes de Oca, 2017, p. 35), que está hecha con la debida deliberación, y que esta aceptada por el otro, pues induce a su obligatorio cumplimiento. Sin embargo, para la configuración del tipo penal en mención; el cumplimiento de la promesa resulta irrelevante.

Al igual que el medio corruptor analizado en el apartado anterior, este presenta características tales como seriedad, a ello se le suma la posibilidad de concreción material y jurídicamente. En tal sentido la promesa es entendida como el ofrecimiento realizado directa o por intermedio de terceras personas al agente, de efectuar la entrega de donativo (bienes muebles, inmuebles, dinero) o ventaja o cualquier otro beneficio debidamente identificado, en un futuro (Salinas, 2009). O también, entendido como aquel “compromiso a una entrega de un bien o la realización de un acto, por lo que no requiere efectivizarse para su configuración, si la misma se realiza configuraría un acto de agotamiento del delito de cohecho pasivo propio” (Abanto, 2003, p. 433).

Respecto a esto último, puedo decir que la promesa efectuada al sujeto público, debe realizarse con ánimo de cumplirse con posterioridad y que exista posibilidad de que se concrete en la realidad, excluyendo de este modo a aquellas promesas imposibles jurídicamente, o de contenido fantástico, puesto que no reúnen condiciones de idoneidad y suficiencia, lo que no configurarían el delito analizado, en igual sentido, si son promesas vagas e imprecisas.

Ahora bien, dicha promesa puede ser aceptada o solicitada por sujeto cualificado de manera directa, es decir en la comisión del delito intervienen *intraneus* y *extraneus* y eso basta para la configuración del tipo penal; situación en cambio es que la comisión se realice indirectamente, esto es valiéndose de una tercera persona. En efecto, el sujeto público acepta o solicita la promesa valiéndose de otro sujeto todo en el contexto de la subsecuencia delictiva.

Respecto a la parte *in fine* del citado párrafo, en el delito de cohecho pasivo propio Subsecuente, se espera que la promesa sea cumplida por el extraño, como consecuencia de la emisión de un acto funcional del sujeto público que evidentemente le favoreció en un momento determinado; sin embargo, para la configuración del tipo penal, no es necesario que se corrobore que verdaderamente dicha promesa fue cumplida, bastaría entonces con que el extraño acepte o solicite la promesa, para atribuirle punibilidad.

Una vez precisado aquello que se entiende por promesa y su relación con la subsecuencia, resulta necesario señalar el momento en que ésta debe manifestarse al sujeto público, En ese contexto Rojas (2016) señala que:

El momento de la propuesta de la promesa deberá producirse cuando el funcionario o servidor tiene tal condición, siendo indiferente que se efectivice cuando esté el sujeto público en ejercicio efectivo de funciones o se halla gozando de licencia, permiso o vacaciones. Su materialización puede lograrse en un futuro cercano o mediato, incluso cuando el agente público ha perdido ya su condición funcional (p. 239).

En tal sentido, es necesario que para la configuración del delito materia de análisis la promesa realizada por el *extraneus* al *intraneus* se transmita cuando este último se encuentre habilitado de realizar la función pública, esto es, dentro del marco de su competencia, no importando para atribuir punibilidad, si la concreción de la promesa, se realizó cuando por ejemplo el Sujeto cualificado, hizo uso de sus beneficios laborales.

a.3. De cualquier otra Ventaja o Beneficio

Tanto ventaja como beneficio, tienen carácter subsidiario o complementario, el cual engloba todo aquello que no reúne las características necesarias para ser considerado un donativo o presente (Salinas, 2009).

En otras palabras, ambos comparten una connotación abierta, propia de una técnica de tipificación realizada a efectos de contrarrestar la corrupción; es decir, puede considerarse “ventaja o beneficio”, siendo “aquello que engloba cualquier provecho para el funcionario, sin que necesariamente tenga un carácter económico” (Orts, 2016, p. 659); en otras palabras, todo aquello que resulte útil al sujeto cualificado, esto es: empleos, promociones laborales, servicios, descuentos inusuales, ascensos, información privilegiada, accesos áreas reservadas de trabajo, etc. No siempre tendrá carácter patrimonial o pecuniario.

En ese contexto resulta aplicable la tesis de Ramos (1963) en tanto expresa que: “Cualquier beneficio provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, prestamos de cosas o dinero, descuentos, concesiones de crédito, nombramientos asensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos y el comercio sexual” (p.81). Constituyen dadivas, en efecto, cabe, todo aquello que este en potencia de ser utilizado por el Funcionario o Servidor Público, apuntando siempre a mover su voluntad, enmarcada en la función pública que desarrolla propia del cargo que ocupa. Ello en el marco de la subsecuencia del cohecho, se materializaría cuando la ventaja o beneficio sea puesta a disposición del sujeto público a modo de recompensa, por haber favorecido al extraño en una situación pasada.

b. Supuestos Típicos del Delito de Cohecho Pasivo Propio Subsecuente

b.1. El Funcionario o Servidor Público que Acepta Donativo, Promesa o cualquier Otra Ventaja o Beneficio a consecuencia de haber Faltado a sus Obligaciones Normales

Es preciso comenzar el análisis mencionando que la presencia de los verbos rectores es determinante para la configuración del tipo penal. En este supuesto, el Legislador utiliza el verbo aceptar, proveniente del latín *acceptare*, lo que significa recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga. (Arismendiz, 2018, p. 580) ello, a efectos de punir la inadecuada actuación del sujeto público.

De este modo, la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción por parte de sujeto público, en palabras de Abanto (2003), esta también puede ser vista como “la declaración

por parte del funcionario de querer vender la función pública'', o tal cual lo infiere Blanco (2015) siendo aquella "aprobación de una oferta futura de la dádiva o beneficio" (p. 286), demostrando en efecto su corruptibilidad. Ello se enmarca en la actuación pasiva de aceptar, que realiza el Funcionario o Servidor Público producto de la actuación activa del extraño, que es quien propone la entrega del objeto corruptor.

Actuación pasiva que es, entonces, consecuencia de una técnica de correspondencia que utiliza el legislador a efectos de punir conductas ilícitas, en donde participen dos sujetos que, pese a que se encuentren en status diferentes, estén inmersos en el delito por infracción a las normas de mandado y normas de prohibición.

Respecto a esto último, es evidente que el Funcionario o Servidor Público y extraño no lesionen los mismos intereses, toda vez el primero, lesionaría el deber o confianza en el desempeño imparcial y adecuado de los servicios públicos (norma de mandato), mientras que el segundo dañaría la regularidad con la que deben funcionar los mismos (norma de prohibición) (Muños, 2000).

En efecto, el Funcionario o servidor público tiene la obligación de velar o de Proteger el bien jurídico Administración Pública; ello según la norma de mandato y el extraño de no dañar el bien jurídico antes referido, actuación impuesta propia de una norma de prohibición. Es en razón de ello que, pese a no comunicarse las características personales del *intraneus* al *extraneus*, esto es la condición de sujeto cualificado; se comunica el injusto penal, al momento que dichos sujetos, convergen.

Es allí donde se aprecia la bilateralidad del delito materia de análisis. Esto es, cuando ambos sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor (Rodríguez et al., 2014, p. 50). Es decir, cuando el Funcionario Público haya aceptado el medio corruptor, cerrando de este modo la venta de la función pública con el extraño o particular.

En suma, de lo expuesto, queda evidenciada la codelincuencia, a raíz de la bilateralidad ya referida, pues como se ha expresado en párrafos anteriores. El funcionario ha tenido voluntad para aceptar el medio corruptor, habiéndose declarado interesado, en vender la función que realiza, producto del cargo que ocupa y el extraño ha mostrado el interés en ofrecer el medio corruptor, a efectos de satisfacer un interés en particular. Empero es preciso mencionar que, respecto de este último que ha practicado un "cohecho activo", cuya punibilidad está prevista

en un tipo independiente, no precisa del primero para su configuración, pues se consuma con el simple "ofrecer".

Ahora, en el marco de la subsecuencia, en palabras de Arismendiz (2018) refiere lo siguiente:

El legislador ingresa una técnica legislativa, considerando el tiempo pasado, por cuando, al indicarse a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales, nos advierte que el agente delictivo emitió el acto funcional en razón del cargo desempeñado, empero, producto de ello, admite el medio corruptor proporcionado por el tercero *extraneus*, comprometiendo la función encomendada (p. 580).

De hecho, el Funcionario o Servidor público se limita aceptar o admitir el medio corruptor (accionar pasivo), habiendo comprometido la función propia del cargo que ejerce, la cual realizó con anterioridad, al actuar del extraño o particular que le proporcionó el medio corruptor. En este extremo es preciso aclarar que, para la configuración del tipo penal, no es necesario se haga efectiva la entrega del objeto corruptor toda vez que el verbo aceptar es de comisión instantánea; es decir, basta con que el sujeto cualificado sea vea inmerso en el verbo rector aceptar para atribuirle punibilidad.

Respecto a la actuación pasiva del Funcionario o Servidor público, debo decir que en la doctrina, la citada acción, es catalogada como un actuar menos reprochable ético socialmente que el hecho de iniciar maniobras corruptivas, esto es, estar inmerso en el verbo rector solicitar, ello en palabras de Reategui (2009), quién justifica dicha afirmación refiriendo que la actuación del sujeto público se limita al hecho de aceptar, aquello que el extraño está dispuesto a otorgarle, sin más ni menos. Y al concordar con tal afirmación, donde si bien el resultado es el generar daño al Estado, en el extremo de alejar la confianza de los administrados e imposibilitar el nexo que los une, respecto del correcto funcionamiento de la Administración pública que llega para cada uno de ellos. Lo cual, trae consigo la vulneración de los derechos que estos ostentan, pues si bien es cierto que la actuación activa del sujeto de status, implica un mayor perjuicio para el Estado; sin embargo, ello no determina lo impuesto a este a través de la norma de mandato, respecto de la protección del bien jurídico, pues el sujeto cualificado que efectúa una actuación pasiva también este sujeto a sanción.

Es de agregar que la calificación de pasiva, también refiere a que el medio corruptor sea puesto a disposición del sujeto público sin que medie coacción, puesta que, si no se configuraría, un delito diferente al analizado Abanto (2003), tal como es el delito de

concusión. El cual se materializaría si el Funcionario público, valiéndose de su cargo emplee violencia, esto es obligando al extraño a que le entregue el medio corruptor.

b.2. El Funcionario o Servidor Público que solicita, Directa o Indirectamente, Donativo, Promesa o cualquier Otra Ventaja o Beneficio a consecuencia de haber Faltado a sus Obligaciones Normales

Este apartado es materia de análisis en dos escenarios:

Escenario primero: El legislador utiliza el verbo rector solicitar, proveniente del latín *sollicitare*, lo que significa pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado (Reategui, 2014, p. 381) a efectos de punir la conducta del sujeto de status.

Al utilizar el verbo rector solicitar, el legislador anticipa las barreras punitivas, con intención de tutelar el bien jurídico protegido en el ámbito de corrupción funcional. Tal cual, lo determina el Recurso de Nulidad N°454-2011- Ayacucho emitido por la Sala Penal Permanente de Lima, donde se menciona que “se configura el delito de cohecho pasivo propio cuando la directora de la institución educativa publica solicita dinero a una profesora a efectos de conseguirle un puesto de trabajo en la institución educativa que dirige” (Fundamento Jurídico N° 1); en ese contexto, este delito se delimita a la “actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones” (R.N. N° 2667-2010, Fundamento Jurídico N° 5) , es decir, se le atribuye punibilidad al sujeto público cuando sea éste quien tome la iniciativa para realizar actos de corrupción.

Ahora, en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, a diferencia del cohecho pasivo propio tomado como ejemplo en el párrafo anterior, la solicitud se materializa cuando una vez realizada la actuación pública no debida, en razón del cargo que ocupa el Funcionario o servidor público, sea éste quien se dirija al extraño y le manifieste su deseo de que se le entregue el medio corruptor, puesto que en una situación pasada, contribuyo en favorecerlo respecto de una situación jurídica determinada. Dicha conducta criminal, representa un mayor perjuicio para el Estado en razón de ser tutelar del bien jurídico Administración Pública y más dañino para las valoraciones sociales, así lo expresa el Expediente N° 17-2007-Lima emitido por la Corte Superior de Justicia de Lima, al señalar que “tiene mayor desvalor de acción un comportamiento que involucra activamente la voluntad delictiva del

sujeto público, que la simple conducta pasiva de aceptar o recibir” (Fundamento Jurídico N° 1); y el autor Reategui (2008) en tanto expresa que las conductas peticionarias sobornantes que realiza el funcionario público resultan ser más reprochables ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor.

Respecto a lo anteriormente mencionado, tanto la Corte Superior de Justicia de Lima, como el autor antes referido, reconocen el reproche social que acarrea el delito. Sin embargo, es la Corte, quien hace una marcada diferencia entre el verbo solicitar y aceptar, configurando al primero, como una actuación activa, y al segundo como una actuación pasiva, ya analizada en el supuesto anterior. La diferencia antes referida, sería uno de los fundamentos para que el legislador prevea mayor sanción al Funcionario o Servidor Público que incurra en el supuesto materia de análisis, en el extremo de que la actuación activa implica lesión a las normas de mandato impuestas al sujeto cualificado; que como ya se ha expresado, debió en todo momento proteger el bien jurídico encomendado.

Ante tal diferencia, el legislador impone una penalidad no menor de seis años ni mayor de ocho años al Funcionario o Servidor Público que solicite, a diferencia de la penalidad atribuida para el mismo sujeto, que incurre en el supuesto de aceptar el medio corruptor, aquí solo le atribuye una pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

En ese orden, queda justificada la penalidad impuesta al sujeto cualificado que solicita el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales, pues implica un mayor quebrantamiento de roles especiales del agente, lo que amerita el trato punitivo superior en relación a las simples conductas pasivas.

Escenario Segundo: Una vez adelantada la barrera de punibilidad con el verbo rector solicitar, el legislador bajo el mismo supuesto incluye el poder realizar el delito de cohecho pasivo propio subsecuente a mano propia o por medio de una tercera persona, al respecto, Arismendiz (2018) refiere que:

El sujeto cualificado pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa, o cualquiera otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal también aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, todo ello como consecuencia de haber incumplido sus obligaciones (p.584).

En tal sentido, se entiende que la configuración del delito, puede presentarse de modos distintos, con relación al pedido directo, es de fácil entendimiento, pues no es más que la incursión personal del Funcionario o Servidor Público, en el marco de la subsecuencia

delictiva del cohecho, esto es que, sea el sujeto público, quién actué, una vez quebrantados los roles impuestos en razón de su cargo, esto es, que una vez desplegada la actuación pública no debida; traslade su pretensión de ser acreedor del medio corruptor al particular. En otras palabras, este apartado se limita a punir la actuación del sujeto público que pida o solicite el medio corruptor al extraño.

La complejidad yace en el supuesto en que dicha petición se realice *interpósita persona*. Ello, se ve sintetizado en el Recurso de Nulidad N° 1990-2009- Lima, emitido por la Sala Penal Permanente, en donde se menciona que:

El delito de cohecho pasivo propio y la responsabilidad penal atribuida a la encausada se encuentran acreditados, especialmente con las declaraciones de la quejosa, pues aun cuando no indica que la encausada le solicito el dinero, de su contenido se evidencia que se ofreció a ayudarla en la demanda de alimentos que plantearía en esa judicatura, facilitándole la dirección de un domicilio real y otro procesal para que la precise en su demanda, así como la guio para que coordine con el secretario judicial la elaboración de la demanda, quien para realizar toda esa gestión le exigió el pago de seiscientos nuevos soles, lo cual fue corroborado con las declaraciones testimoniales efectuadas en el proceso (Fundamento Jurídico N° 3).

Del texto se infiere que, puede admitirse “terceras personas” particulares o funcionarios en la ejecución del ilícito Reategui (2008, p.14), así como también “solicitudes encubiertas”, para realizar la función pública, proveniente de sujeto cualificado habilitado para realizarla, con la finalidad de que el medio corruptor dado por el cohechante activo genérico, sea puesto a disposición del sujeto cualificado antes referido. Esto, en el marco de la subsecuencia cambia, pues la solicitud se realizaría una vez concretada la actuación indebida realizada por el sujeto público habilitado para hacerlo, siendo éste quien manifieste el deseo de obtener el medio corruptor.

En resumen, se tiene que, tanto Funcionarios como particulares son pasibles de participar en la comisión del delito de cohecho subsecuente. Respecto a la incursión del Funcionario Público, no hablamos como es evidente de una actuación directa, sino un actuación en tanto solicite en nombre de otro, que no es más que un sujeto del mismo status, el medio corruptor, una vez realizada la actuación pública indebida por éste último, lógicamente dentro del marco de su competencia; por ejemplo: El funcionario público (A), que solicita en nombre del funcionario público (B), el medio corruptor, toda vez que el funcionario público (b), realizo una serie de actuaciones públicas no debidas dentro del marco de su competencia, en tiempo pasado, producto del cual el particular, que es quién va dar el objeto corruptor, fue favorecido, es un escenario en el cual existe punibilidad para los tres sujetos, debiendo

responder el segundo Funcionario (b) por cohecho pasivo propio subsecuente, puesto que goza de competencia para realizar las acciones referidas, respecto al primer funcionario (a) al haberse limitado solo a mediar la solicitud corruptora, y a prestar auxilio en la ejecución del delito, no habiendo realizado la actuación pública indebida, no cabe el delito materia de análisis, sino que en palabras de Reátegui (2008) ‘‘estarían abarcadas en las reglas de autoría y participación’’(p.15), dentro de la complicidad, esto es el Artículo 25 del título Preliminar del Código Penal vigente.

La complicidad está en base a lo siguiente: como ya se ha expresado en párrafos anteriores el delito materia análisis, es un delito especial propio y de infracción al deber, la característica de estos delitos especiales propios, es que restringen el radio de autores, admitiendo solo autoría directa, debido a que el deber especial es personalísimo. Volvamos al ejemplo citado, el Funcionario público (A) pese a ser tal, no puede tener el status de autor, toda vez que no emitió el acto funcional en razón del cargo, situación que lo convierte en un tercero, tan igual que un sujeto no cualificado, respecto de las actuaciones del Funcionario Público (B).

El funcionario público (b) tiene un deber especial personalísimo de proteger el bien jurídico encomendado, que se subsume en una norma de mandato y a su vez tiene una norma de prohibición de no dañar el bien jurídico; ello en razón del cargo que ocupa, siendo responsable por lo que pase en el contexto de su competencia. Es por ello que se le atribuye punibilidad, por el hecho de infringir las citadas normas. Ahora, el funcionario público (a) solo media la solicitud corruptora, sin embargo, su conducta no es inocua, toda vez que la descripción típica del delito analizado, el legislador le impone sus propios deberes personalísimos y sus propias normas de prohibición en el marco de su competencia; sin embargo, al ser un extraño en el hecho punible, daña el bien jurídico Administración pública, al colaborar al plan del autor, para que se configure el delito, situación que lo convierte en cómplice.

Por último, en cuanto al particular, que da el medio corruptor debe responder por su propio injusto penal, esto es cohecho activo genérico, al no tener la condición de sujeto especial (Arismendiz, 2018). Es decir, se le atribuye sanción penal al *extraneus* en tanto realizó la operación determinada por el verbo dar, que apunta a la finalidad de que *intraneus* determinado por el verbo aceptar, quede recompensado con el medio corruptor, por un acto funcional no debido realizado en tiempo pasado. Sin embargo, es preciso mencionar que

“no es necesario acreditar que lo solicitado se haya realmente entregado” (Salinas, 2009, p. 471). Ello en razón de que el verbo solicitar es de comisión instantánea, hecho que convierte al delito analizado en delito de mera actividad, basta que el *intraneus* le transfiera al *extraneus* el deseo de que se le entregue el medio corruptor, para que se consume el delito.

En conclusión, siguiendo el ejemplo antes referido el particular, al momento de dar el medio corruptor, puede hacerlo entregándole tanto al Funcionario Público A, como al Funcionario Público B, su condición no se ve afectada, por lo que sigue respondiendo por delito de cohecho activo genérico.

c. Clase de Delito

La clase de delito debe analizarse según los supuestos de la descripción típica, pues bien, como se ha visto, los verbos rectores “aceptar y solicitar” que rigen el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, son de comisión instantánea Arismendiz (2018); puesto que, este tipo de delito “se caracteriza porque la sola conducta consuma el delito, no siendo indispensable que el autor siga realizando o efectué otras” (Cas N° 0819-2016-Arequipa, Fundamento Jurídico N° 12), es decir, que el sujeto cualificado incurra en los verbos citados para que el delito se concrete. Por ende, es imposible que alguna conducta se quede en el grado de tentativa, no habiendo lugar a formas imperfectas de ejecución.

En efecto, el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, es un delito de mera actividad, llamado también simple actividad, o de peligro abstracto, por lo que resulta incensario para efectos consumativos, que se efectivice la entrega del medio corruptor dado por el extraño, quien es autor del delito de cohecho activo genérico.

Dicho de otro modo, la atribución de penalidad para el Funcionario o Servidor Público, está basada en la voluntad que éste tiene para actuar ya sea de manera pasiva (aceptando) o de manera activa (solicitando) respecto del medio corruptor, por ende, dicha atribución no es dependiente del tercero. Sin embargo, resulta necesario dos cosas, primero, que el hecho de solicitar y aceptar se realice de forma pasiva, es decir que no medie coacción, a efectos de descartar la configuración de otro tipo penal, denominado concusión; y, segundo, que la incursión en los verbos se realice en el contexto de que el funcionario o servidor público haya desplegado la acción funcional, siempre en razón del cargo que ocupa, habiendo faltado de este modo a sus obligaciones, empero acepte o solicite el medio corruptor, comprometiendo su actuación.

d. Forma de Ejecución

El delito de cohecho pasivo propio subsecuente, en primero plano, resulta ser de comisión activa, sin perjuicio de haberse calificado el verbo aceptar como un actuar pasivo, y el verbo solicitar como un actuar activo. Se le atribuye actuación activa a raíz de la voluntad que tiene el sujeto de status de incursionar en el delito, y así también por la naturaleza de los verbos rectores, ‘‘acceptar – solicitar’’ que al ser de comisión instantánea basta con que el sujeto público, incurra en ellos para que exista punibilidad. Empero, es de mencionar que, cuando el legislador señala en la descripción típica del delito, ‘‘a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales’’, para referirse al delito de cohecho subsiguiente, se entiende que la falta a dichas obligaciones pueda ser resultado tanto de una acción como de una omisión.

Rojas (2016), respalda la teoría de que el delito materia de análisis pueda ser, cometido tanto en su modalidad comisiva como omisiva, ello en base a la forma en como el Funcionario o Servidor Público defraudan al Estado faltando a sus obligaciones, más no la forma en como incursionan en el delito aceptando o solicitando el medio corruptor al extraño, que como ya se ha expresado está relacionada a la voluntad del sujeto público.

Respecto a la modalidad comisiva, o activa, se entiende pues el sujeto público, acciona, es decir emite el acto funcional en razón del cargo que ocupa. Ahora respecto a la modalidad omisiva, la situación cambia pues el sujeto cualificado no realiza los actos funcionales que le fueron encomendados, o realice actos distintos a los que se halla obligado, todo ello en el marco de la subsecuencia delictiva.

A efectos de aclarar lo mencionado, veamos el siguiente ejemplo: El Funcionario Público, que una vez desplegado el acto funcional indebido, en razón del cargo específico que ocupa, faltando de este modo a sus obligaciones, acepte o solicite, al *extraneus*, el medio corruptor, estaría incursionando en el delito materia de análisis, esto es atribuirle punibilidad por delito de cohecho pasivo subsecuente en su modalidad comisiva; pues como se ha visto, el sujeto activo necesariamente ha tenido que actuar para que se materialice la acción referida. Situación diferente es cuando el Funcionario Público, una vez omitido una acción propia del cargo específico que ocupa, faltando de este modo a sus obligaciones normales, acepte o solicite el medio corruptor al *extraneus*, comprometiendo la Administración Pública, aquí se evidencia el cohecho pasivo propio subsiguiente en su modalidad omisiva.

Respecto a esta forma de ejecución del delito es preciso tener en cuenta que, el legislador en el supuesto típico ha descrito la forma de ejecución referida en el párrafo anterior de manera expresa, lo cual advierte la presencia de la omisión propia, por cuanto ‘por técnicas de tipificación, dicha categoría delictual aparece expresamente delimitada’ (p. 587). En cuanto a la omisión impropia, esta no aparece en la descripción hecha por el legislador, sino que es inferida, en virtud de una posición de garante, que ostenta el Funcionario o Servidor a raíz del poder estatal del que dispone (Salinas, 2017). Sin embargo, esta forma de ejecución no puede darse en el delito materia de análisis, puesto que ‘[dicha modalidad delictual solo opera, en la medida que el tipo penal analizado sea un delito determinado por baremo espacio- tiempo, es decir se trate de un delito de resultado’ (p.587); situación que no opera en razón de que el delito de cohecho pasivo propio subsecuente es un delito de mera actividad, conforme se ha analizado.

2.1.3. Elementos Concomitantes

A. Bien Jurídico Protegido

Para consignar el bien jurídico protegido en el delito materia de análisis es preciso partir del bien jurídico protegido en el delito matriz esto es, el delito de cohecho pasivo propio. Por un lado, Salinas (2009), refiere que, existen dos bienes que se protegen, primero está el bien genérico, que no es otro sino el correcto funcionamiento de la Administración Pública, dicha afirmación, encuentra justificación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Ello, es posible evidenciarlo con Polaino (2011), pues este sostiene que el bien jurídico protegido se encuentra integrado 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 Públicas” (p. 324). Y en cuanto a jurisprudencia se determina conforme tanto al Expediente. 00063-2011, emitido por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo donde expresa que “el bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la administración pública; es decir se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales” (Fundamento Jurídico N° 9); así como también, cual, lo sintetiza el Expediente N° 0038-2006, emitido por la Primera Sala Penal Liquidadora, donde se indica que:

El interés a cuya protección se ha tipificado (...), en términos genéricos, es el funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia (...) de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento (p. 52).

En resumidas cuentas, el bien jurídico general, está dirigido al interés público, en efecto, a resguardar el hecho de que los Administrados puedan acceder a la Administración Pública, sin verse perjudicados, por las desigualdades que puedan presentarse; aquello que se busca evitar es el daño a sus derechos fundamentales en todo el sentido de la palabra.

Seguidamente concierne analizar el bien específico, que en palabras de Arismendiz (2018), se basa en “El principio de imparcialidad el cual aparece ligado al deber de probidad, que le asiste a todo funcionario o servidor público que opera en razón del cargo encomendado” (p. 588); puesto que, es una “condición imprescindible y esencial para el funcionamiento adecuado de la administración pública, pues implica el deber (...) de obrar con neutralidad y objetividad para satisfacer el interés general y no los privados” (De la Mata, 2006, p. 112). Por lo tanto, al incurrir el sujeto cualificado, en el delito, dicho principio quedaría violentado, a ello se le suma el deber impuesto por la norma de mandato impuesta por el Legislador, trayendo como consecuencia, el daño a la Institución Administración Pública.

Ahora el bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, al desprenderse del delito de cohecho pasivo propio no cambia. Es así que el bien jurídico general y específico se verán lesionados en el extremo que el Funcionario o Servidor público, una vez emitido el acto funcional indebido en razón del cargo específico que ocupa, acepte o solicite el medio corruptor puesto a disposición por el extraño o particular (cohecho pasivo propio subsecuente por acción).

Así también cuando el Funcionario o servidor público, omita o no realice actos funcionales que le fueron encomendados, o en su defecto realice actos distintos a los que se halla obligado en razón del cargo específico que ocupa, empero producto de ello acepte o solicite el medio corruptor al extraño, comprometiendo la función pública (cohecho pasivo propio subsecuente por omisión).

B. Relación e Imputación Objetiva

El delito de cohecho pasivo propio subsecuente, como se ha expresado, es un delito especial propio y de infracción al deber, empero también es un delito de mera actividad, o de actividad simple y de peligro abstracto, por la naturaleza de los verbos rectores esto es aceptar -

solicitar, que resultan ser de comisión instantánea; es decir, para la imputación del delito no es necesario que se corrobore si el medio corruptor ha sido efectivamente puesto a disposición del Funcionario o Servidor Público, sino que basta con que este incurriere en ellos para atribuirle punibilidad.

En tal sentido, no cabe baremo espacio temporal, inmersos en los criterios de imputación objetiva, por lo que deviene decir que en el delito materia de análisis, no tiene lugar dicha imputación. Arismendiz (2018), toda vez que el sujeto de status consuma el delito con el solo hecho de aceptar o solicitar el medio corruptor dado por el extraño o particular, una vez realizada o no (caso del cohecho pasivo propio subsecuente por omisión) la acción funcional indebida, comprometiendo como es lógico la Administración Pública.

2.2. Tipo Subjetivo

El delito de cohecho pasivo propio subsecuente es de comisión dolosa, dicha afirmación es respaldada por Salinas (2009), en tanto refiere “todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 393 del *“Corpus iuris”* son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del Funcionario o Servidor Público” (p.528).

Ahora lo que concierne precisar es aquello que se entiende por Dolo; y es en palabras de Bacigalupo (1998) que se determina como la “actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico” (p. 103); en otras palabras, esto es entendido como el conocimiento y la voluntad que tiene el sujeto activo de realizar la acción antijurídica, pese a conocer que según la norma no es debida, sino por el contrario reprochada.

En efecto, el sujeto cualificado, tiene conocimiento y voluntad de realizar el injusto penal, en tal sentido acepta o solicita el medio corruptor, como consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales, comprometiendo la función pública en dicha actuación; a ello se le suma que por técnicas de tipificación la culpa es expresa y el dolo es inferido Arismendiz (2018). Situación que en la descripción típica del delito no aparece expresamente la culpa.

CAPITULO II

LA IMPUTACIÓN JURÍDICA PENAL DEL EXTRAÑO EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE

En este capítulo se analizará la imputación del *extraneus* en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, para ello se requiere desarrollar el injusto penal con sus dos categorías del delito: tipo penal, tipicidad y antijuricidad, para luego detallar la clasificación de injustos penales: colectivo e independiente a efectos de identificar en cuál de ellos se enmarca el delito materia de investigación. Así mismo se abordará la conexidad delictual, y la forma de ejecución del delito, enfatizando en que desde el punto de vista de los sujetos intervinientes es un delito de dominio, empero a su vez es considerado de infracción al deber, y finalmente se detallará la imputación jurídico penal correspondiente tanto para el *intraneus* como para el *extraneus*.

1. El Injusto Penal

Es preciso comenzar este análisis, reafirmando que la legislación penal constituye un medio de control social, que define ciertos comportamientos del hombre, los cuales no deben ser realizados, empero si fuesen desplegados por el ser humano, el Derecho Penal, en virtud del *Ius Punendi* que el Estado posee, puede valorarlos de manera negativa, acogerlos y penarlos, ello a efectos de reformarlos y orientarlos acorde a derecho.

Respecto a ello, Muñoz (2013) señala que:

De toda la gama de comportamientos que ocurren en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente conminándola con una pena. Es pues la conducta humana

el punto de partida de toda la reacción jurídico -penal y a su vez el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) (p.8).

En efecto, los comportamientos del hombre se manifiestan en el mundo externo (por acción u omisión), la legislación penal, toma de los referidos comportamientos, aquellos que resulten relevantes por trasgredir la norma y les atribuye punibilidad, siempre que concurren los predicados mencionados por el autor citado.

En este apartado se analizará la concurrencia de dos de los predicados referidos en el párrafo anterior (tipicidad y antijuricidad), puesto que ambos conforman la estructura del injusto penal.

La primera referencia de injusto tiene lugar en la filosofía de Hegel, quien toma como base aquello que se entiende por derecho, a efectos de desarrollar el injusto, de la siguiente manera: refiere que si el derecho es manifestación de voluntad general, de una sociedad organizada y justa, entonces, toda voluntad particular del hombre manifestada en sus acciones, debe coincidir con la voluntad general, de tal modo que exista obediencia a esta, empero cuando una voluntad particular diverge de una voluntad general y trata de imponerse a ésta, entonces se configurará el injusto (Granados, 2010).

En ese escenario, será “injusto” toda voluntad individual, imponente y contrapuesta a la voluntad general (derecho); es decir, la actividad individual del hombre manifestada en acciones u omisiones y contrapuesta a la masa general de voluntad social configurará el injusto; por tanto, será pasible de atribuirle punibilidad.

Actualmente, un sector mayoritario de la doctrina desarrolla el injusto y lo presenta como la afectación a determinados bienes jurídicos, materializada en una lesión o puesta en peligro de intereses o valores sociales relevantes para la sociedad. En este contexto se habla de antijuricidad como sinónimo de injusto, toda vez que se hace alusión a la afectación a valores o intereses jurídicos, como aquello que justifica el hecho de penar una conducta.

En tal sentido, corresponde establecer aquello que los diferencia; a lo largo del desarrollo de la estructura del injusto penal, se dará por resuelta la diferencia aludida, ahora, me limito a explicar aquello que compone el injusto, éste contiene dos categorías del delito, tipicidad y antijuricidad, ergo, su constitución sucede del análisis diferenciado de ellas. Para que lo referido pueda ser efectivizado, es preciso dividir el análisis en dos partes, el primero respecto al tipo - tipicidad y segundo en cuanto a la antijuricidad.

1.1. Tipo Penal

Es preciso comenzar este análisis, advirtiendo que es obligación del Estado tipificar conductas, en el extremo que éstas resulten intolerables y lesivas, e imposibiliten la interacción social. Siendo así cada país y por ende cada legislación, puede como ya se ha dicho, en razón del *ius Punendi* Estatal, describir con precisión las conductas inocuas relevantes en el ámbito penal, con ánimo de penarlas. Dicha descripción es lo que se conoce como tipo penal, en ese sentido, una conducta se hallará tipificada, siempre que coincida con la descripción exacta dada por el legislador, lo referido recibe la denominación de fase positiva del tipo. Empero, a su vez se debe tener en cuenta la fase negativa del tipo penal, en donde pese a estar la descripción de la conducta no debida y calificada como prohibida, la acción desplegada no resulta relevante penalmente, en razón de supuestos permisivos, véase los casos de error de tipo, falta de dolo, adecuación social, obrar por disposición de la ley o cumplimiento de un deber, delito putativo, y otros supuestos comprendidos en el artículo 20 del Código Penal.

Respecto a los casos señalados, resulta conveniente detenernos en el error de tipo y el delito putativo, puesto que son supuestos que podrían presentarse en el delito materia de ésta investigación, el primero se encuentra regulado en el artículo 14 del cuerpo legal antes referido, y se marca por un lado como error de tipo y por otro lado como error de prohibición, en ese sentido, estamos ante el primer escenario cuando, el autor ignore o no tenga conocimiento sobre el tipo penal o uno de sus elementos, el error o falta de conocimiento aludido puede ser vencible o invencible (Reaño, 2003). Escenario diferente se presenta en el error de prohibición, pues acontece cuando “sujeto cree que su comportamiento está permitido” (Roxin, 1997, p. 459); es decir, desconocimiento de la antijuricidad de su acción.

Para ilustrar lo expuesto, veamos el siguiente ejemplo: Leonilda, es una señora del campo, ama de casa, muy agradecida con quienes se muestren dispuestos a apoyarla en las situaciones en las que ella necesite. Tuvo un problema legal, en su contra habían interpuesto una demanda de desalojo, sin embargo, la resolución salió a su favor. La juez que dictó el fallo, se logra comunicar con ella después de tiempo, solicitándole la suma de s/400.00 soles por “gastos que le ocasiono el seguimiento del proceso”, Leonilda entrega el dinero, sin ninguna mala intención, puesto que pensó que era justo.

Este es el caso de un error de prohibición por parte del *extraneus*, pues la señora Leonilda desconoce que su actuar es contrario a derecho, por ende, no puede responder penalmente

por el delito de cohecho activo genérico. Empero, es de advertir que la acción del *intraneus*, si es punible, y se enmarca en el tipo penal de cohecho pasivo propio subsecuente, pues la Juez se ha visto inmersa en el verbo rector solicitar.

Respecto al delito putativo, este ‘‘consiste en la realización de un hecho no penado por la ley, creyendo erróneamente su autor que sí lo está’’ (Peña, 2004, p.232); es decir, supone una creencia errónea de que está prohibido algo por la legislación Penal. Por ejemplo: El funcionario que cree que el hecho de emitir un acto funcional favoreciendo a una persona es delito, empero no lo es, toda vez la emisión del acto referido es propia de su función.

Situación diferente podría presentarse en el mismo caso, por ejemplo: cuando a la luz de la creencia de que se ha cometido un delito el Funcionario decida darle continuidad o sacarle provecho, dirigiéndose, de este modo, a solicitar o aceptar el medio corruptor al *extraneus* que fue favorecido con anterioridad. En ese contexto, si tendría relevancia jurídico penal la actuación del sujeto cualificado, y responderá a título de autor del delito de cohecho pasivo propio subsecuente, pese a que en un comienzo su actuar se enmarco en un delito putativo.

Ahora bien, habiendo desarrollado los supuestos de la atipicidad propensos a presentarse fácticamente en el contexto de un delito de cohecho pasivo propio subsecuente, conviene detallar la fase positiva del tipo penal, siendo así, continuemos la secuencia fijada en párrafos precedentes (tipo penal y tipicidad).

Zafaroni (2009) respecto al tipo penal, refiere que, para seleccionar, del infinito campo de las conductas, las que interesan a la legislación penal, existen fórmulas legales que señalan prágmata conflictivos, integrados por una conducta y datos fenoménicos que son de interés para que una acción sea calificada como prohibida; es decir, existen figuras que crea el legislador para hacer una valoración de una determinada conducta delictiva. En este apartado cabe preguntarse ¿Qué es un prágma conflictivo?; siguiendo al autor, esto sería la conducta del hombre (acción) y los datos fenoménicos que la convierten en no debida, respecto a esto último, cabe precisar que los datos fenoménicos referidos no se aprecian en el tipo penal (aspecto formal), sino que está ligado al aspecto material de la norma, en donde se encuentra el bien jurídico, que, al ser lesionado por una acción, la convierte en prohibida y relevante penalmente.

En sencillas palabras, podemos decir que el tipo penal es una descripción abstracta de una conducta prohibida, por ende, puede catalogarse como un instrumento legal, lógicamente

necesario, que tiene por función la individualización de las conductas humanas relevantes para la legislación penal.

Siguiendo la misma línea de ideas Muñoz (2013), refiere que tipo “Es la descripción de la conducta prohibida, que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma” (p.40). Dicho de otro modo, es la descripción de un comportamiento que el legislador considera como intolerable y lesivo para interés sociales.

Ahora, la descripción hecha por el legislador, presenta una estructura, lo que en la doctrina se conoce como estructura del tipo penal, dividida por un lado en un tipo objetivo referente a todo lo externo material; y por otro lado en un tipo subjetivo relacionado a la voluntad con la que obra el sujeto en la descripción del tipo penal. En ese sentido, cuando hablamos de tipo objetivo y tipo subjetivo, nos referimos a las exigencias objetivas y subjetivas que el tipo le hace a la conducta para que esta pueda ser catalogada como típica.

A continuación, se analizarán los aspectos del tipo descritos en el párrafo precedente, empezando por:

A. El Tipo Objetivo

1. Sujetos

En la descripción típica hay una relación entre sujetos, uno denominado activo y otro pasivo, empecemos por el primero.

1.1. Sujeto Activo

Es aquel sujeto que dentro de la oración gramatical llamada tipo realiza la conducta activa u omisiva (Vega, 2016. p, 57), en efecto, es el agente que va desplegar la conducta.

En términos generales, puede ser cualquier persona, empero hay situaciones en donde el tipo exige una cualidad especial del agente, en ese orden existen: sujeto activo indeterminado y sujeto activo determinado.

Para ilustrar esto último, tenemos, por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal referente al homicidio, en donde el sujeto activo es indeterminado puesto que en el tipo penal existe el prefijo “el que”; y el artículo 393 del mismo código, referente al Cohecho, en donde la exigencia es que el sujeto activo sea Funcionario o Servidor Público.

1.2. Sujeto Pasivo

Es el titular del bien jurídico tutelado. La ubicación de este elemento del tipo depende de ubicar primero el bien jurídico y luego entonces deducir quién sería su dueño y por ende sujeto pasivo del delito.

Por ejemplo: En el caso de delitos de corrupción funcional, donde el bien jurídico protegido es la Administración Pública, el sujeto pasivo del delito de cohecho, será el Estado, pues este último es titular de la gestión pública.

2. Bien Jurídico

El tipo penal, o la fórmula hecha por el legislador, está dirigido a ataques que ciertamente dañen o pongan en peligro bienes jurídicos, quedando fuera del ámbito de protección de la legislación penal, aquellos ataques de mínima incidencia, que no ponen en peligro la paz social que el orden jurídico trata de asegurar (Bramont – Arias, 1996, p. 192); es decir, el tipo penal, siempre incluye un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro (real, claro e inminente) o la lesión de un bien jurídico, ello conforme al artículo IV del Título preliminar del Código Penal, referente al principio de lesividad.

3. Elementos Descriptivos y Normativos

El tipo penal, cuenta con elementos descriptivos y normativos. Los primeros tienen la función de lograr una definición concreta del tipo, es en razón de ello que la legislación penal, utiliza términos de fácil entendimiento, de lenguaje ordinario como por ejemplo “matar a otro”, en el caso del artículo 106 del Código Penal.

En palabras de Bramont – Arias (1996) “los elementos descriptivos son susceptibles de constatación fáctica” (p.192). Es decir, son aquellos que el sujeto puede conocer porque son hechos de la realidad natural.

En cambio, los elementos normativos, requieren una valoración de algunos conceptos previstos en el tipo, “son aquellos que comportan una valoración jurídica o socio cultural” (Villa Stein, 1998, p. 231); es decir, para su entendimiento se debe recurrir a métodos de interpretación, por ejemplo, un concepto típicamente normativo es el de Funcionario Público, enmarcado en el artículo 393 del Código Penal, referente al delito de cohecho.

4. Conducta

Cuando hablamos de conducta en este apartado nos referimos a la conducta como elemento del tipo, la cual se distingue de la conducta en el mundo real puesto que ésta tiene que seguir un proceso de adecuación, para encajar en el tipo, o lo que comúnmente se llama juicio de tipicidad. El elemento conducta tiene dos subelementos como son: Los verbos y las estructuras típicas.

4.1. Los Verbos

Pueden ser rectores y complementarios. Respecto a los primeros son aquellos que rigen el tipo penal, es de advertir que cuando un tipo penal tiene un solo verbo rector será un tipo penal elemental, y será compuesto cuando tenga más de uno. El tipo penal compuesto, a su vez puede ser disyuntivo, cuando los verbos se encuentren separados por la letra ‘O’, así como también copulativo, en donde los verbos aparezcan unidos por la letra Y (Vega, 2016). Por ejemplo: El párrafo primero, del artículo 393 del Código Penal Peruano:

El funcionario o servidor público, que acepte, o reciba donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (...). En este supuesto estamos ante un tipo penal compuesto disyuntivo, pues existe más de un verbo rector (aceptar, recibir), y se evidencia la disyunción ‘o’.

En cuanto a los verbos complementarios, cabe precisar que un tipo penal puede o no tenerlos, citando el ejemplo del párrafo precedente, los verbos complementarios serian: para realizar u omitir.

4.2. Las Estructuras Típicas

Las estructuras típicas guardan relación, con los diferentes tipos penales. En ese sentido, existirán tipos penales, de acción, omisión, de resultado, dolosos, culposos.

4.2.1. Estructura Típica de Acción

Un tipo penal será de acción, cuando para su configuración requiera un hacer por parte del sujeto activo, implícitamente contiene una norma de prohibición. Por ejemplo: El artículo 106 del Código Penal Peruano, referente al homicidio simple, toda vez que el texto dice El que mata a otro será reprimido (...).

4.2.2. Estructura Típica de Omisión

Un tipo penal será de omisión cuando para su configuración se requiera un no hacer teniendo implícitamente un mandato de realizar la acción.

La omisión impropia no está en el tipo, esta se encuentra en la categoría dogmática de la conducta y se presenta cuando una persona que tiene posición de garante sobre un bien jurídico (Vega, 2016), recurriendo a las fuentes formales o materiales, según el caso concreto y la postura que el agente del derecho asuma, veamos el siguiente ejemplo: El artículo 106, referente al Homicidio, puede realizarse por omisión impropia o comisión por omisión, cuando una enfermera con el dolo de matar no presta auxilio a un paciente grave

que necesita una medicina, la enfermera ha omitido el deber de garante que tiene en relación con el paciente, quedando configurado el delito.

4.2.3. Estructura Típica de Resultado

Cuando hablamos de resultado como elemento del tipo, nos referimos a un ‘resultado en sentido fáctico u ontológico’ (Vega, 2016, p.65); es decir, cuando se evidencie en el mundo externo, empero, es de advertir que no toda figura creada por el legislador, apunta a un resultado fáctico, puesto que éste por reglas de política criminal ha creado tipos penales que para su configuración no exige modificación del mundo externo, como son los tipos penales de mera actividad, en donde solo basta la manifestación de voluntad del sujeto activo.

Para ilustrar lo expuesto, veamos el artículo 384 del Código Penal, referente a la colusión simple y agravada, en cuanto a la primera, su texto dice: El funcionario o servidor público (...) que concierta con los interesados para defraudar al Estado, será reprimido (..), la mera concertación o manifestación de voluntad del sujeto cualificado configura el tipo penal denominado de simple actividad.

Una situación diferente se presenta en el segundo párrafo del mismo artículo, en tanto expresa: El funcionario o servidor público (...) mediante concertación con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado según ley será reprimido (...), aquí si se evidencia un resultado en el mundo externo (defraudar al Estado), por lo que no basta tan solo la manifestación de voluntad, a este tipo penal se le denomina tipo penal de resultado.

B. El Tipo Subjetivo

En el tipo subjetivo o parte subjetiva del tipo, el legislador al crear la fórmula penal, toma en cuenta posicionamientos subjetivos (voluntad y conciencia) en el caso de tipos penales dolosos, y en el caso de los tipos penales culposos “la insuficiencia de conciencia de la peligrosidad del acto” (Villa Stein, 1998, p. 223); es decir, el hecho de no prever consecuencias de aquello que se realiza. Es por lo referido que, la legislación penal, ha previsto en la creación del tipo penal una estructura típica dolosa y culposa.

B.1. Estructura Típica del Dolo

Un tipo penal es doloso o exigirá el dolo cuando de manera expresa no diga culpa, por ejemplo, en el Homicidio, previsto en el artículo 106 del Código Penal: “El que mata a otro, será reprimido con pena (...)”. Así mismo, el legislador puede incluir en el supuesto de hecho palabras para inferir el dolo, tal es el caso del Parricidio, previsto en el artículo 107 del citado código, puesto que en su texto expresa: El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural (...), el término a sabiendas hace alusión a elemento volitivo y consciente, propio de un actuar doloso.

En los delitos de corrupción funcional, especialmente en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, materia de esta investigación, el legislador por técnica de tipificación al crear la fórmula penal ha previsto verbos rectores tales, como aceptar- solicitar y medios corruptores como donativo, promesa, ventaja o beneficio, que hacen indudable la actuación dolosa del sujeto cualificado.

B.2. Estructura Típica de la Culpa

El legislador, crea el tipo culposo y lo hace a modo *númerus clausus*, ello, según los lineamientos del artículo 12 del Código Penal, segundo párrafo, en tanto manifiesta que “el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos en la ley”; es decir, existirá tipo penal culposo, siempre que en el texto del artículo la palabra culpa se encuentre expresa. Por ejemplo: El artículo 111 del código referido en el párrafo precedente, referente al Homicidio culposo: El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona será reprimido (...).

En ese sentido, el dolo y la culpa integran el tipo penal, y no así la culpabilidad, puesto que el legislador al individualizar una conducta en una fórmula legal, desde ya separa ambos modos de manifestación de la actividad delictiva, teniendo como base la concepción finalista de acción, por cuanto utiliza la voluntad como guía de aquello que se pretende alcanzar; por

ello, cuando el legislador expresa taxativamente culpa en el supuesto de hecho, aleja toda idea del elemento volitivo y consciente; es decir, según la teoría de la acción referida, el legislador se representa la idea de que el resultado lesivo no fue querido por el agente empero aconteció en la realidad; y, por tanto, debe responder penalmente, situación diferente es en el dolo pues toca inferirlo, para ello el legislador utiliza palabras certeras, que representen que la descripción que se está haciendo lleva consigo una intención que el sujeto tiene para alcanzar un resultado.

1.2. Tipicidad

En esencia, la tipicidad es una categoría de la teoría del delito, que en palabras de Villavicencio (2019) se sintetiza como:

La adecuación de un hecho al tipo penal. Es una operación técnica mediante la cual un hecho producido en la realidad es subsumido dentro del supuesto de hecho que describe la ley penal. Este procedimiento se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde se toma como base al bien jurídico protegido (p. 65).

Por ende, es la misma que nos advierte una vinculación con la conducta del sujeto activo; por tanto, conviene en ese sentido, considerar la categoría inmersa en la misma, esto es, el tipo penal, siendo este último que contiene el juicio de subsunción de los hechos a la conducta descrita, expresamente, por el legislador en la parte especial del código penal a título de delito.

Ahora bien, una vez expuesta la estructura del tipo penal en apartados precedentes, conviene detallar su función, al respecto Peña (2010), citando a Muñoz Conde señala que, en el Derecho Penal, el tipo cumple una triple función.

Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes, una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente, una función motivadora general, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición (p.127).

En efecto, el tipo penal está dirigido a la colectividad y su actuación, en la medida que ésta sea intolerable y lesiva; y, por ende, relevante para la legislación penal; la idea del legislador es prevenir la realización de conductas indebidas; por ende, con la fórmula legislativa, se

adelanta a los hechos y les agrega una sanción penal con la finalidad de que las ya citadas conductas no se concreten en la realidad.

Sin perjuicio de lo mencionado, Villa Stein (1998), le agrega la función indiciaria, basada en que “la realización del tipo nos anticipa la probabilidad de que la conducta sea antijurídica. En terminología tradicional se dice del tipo que crea un indicio, una presunción siempre refutable acerca de la antijuricidad” (p.232). En ese sentido, se puede decir que la realización del tipo legal es solo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, empero no se puede identificar con ella *ratio essendi*. Dicho de otro modo, el tipo es un conocimiento provisional que será completado cuando se determine la antijuridicidad.

Siguiendo la lógica del tipo penal, en su función indiciaria de la antijuricidad (*ratio cognoscendi*), resulta conveniente tomarla también en la tipicidad, pues como ya se ha dicho el tipo está inmerso en ella, por tanto, si existe el tipo penal y más aún si una acción desplegada en la realidad es considerada como típica; entonces a la luz de la lógica aludida, habrá indicio de que la acción referida sea también antijurídica; sin embargo, para catalogar una acción como antijurídica se requiere ciertas condiciones que, posteriormente, serán desarrolladas.

Ahora, que la acción humana sea considerada típica y por ende se enmarque dentro de la tipicidad, significa en palabras de Roxin (1997), que la conducta del hombre coincida con la descripción del tipo penal, esto supone la adecuación de un hecho a la norma.

Siguiendo la misma línea de ideas Peña (2010), refiere que la tipicidad es:

La adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito (p.131).

En efecto, la conducta voluntaria desplegada por el ser humano, tiene que ajustarse al artículo de la norma penal (tipo penal o fórmula penal), que regula el delito; por ende, si la conducta citada no se ajusta a lo impuesto por el legislador no estará justificada la punibilidad, ello en razón del principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, (solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerado como tales).

Respecto a esto último, como ya se ha dicho, la legislación penal selecciona de la amplia gama de comportamientos (conforme al principio de intervención mínima) aquellos que resulten más intolerables y lesivos para los valores o intereses jurídicos y los amenaza con sanción penal, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal (tipo),

cumpliendo las exigencias del principio de legalidad, en la vertiente descrita en el párrafo precedente, de modo que si una conducta no se adecua o ajusta al supuesto de hecho impuesto en una norma jurídico penal, no podrá considerarse como conducta relevante para la legislación penal, por lo que no podrá llegar a la categoría de delito, puesto que no es típico.

En síntesis, la tipicidad está orientada a la conducta, a valorarla y adecuarla de acuerdo a la fórmula dada por el legislador, en ese sentido, se advierte la diferencia que ésta tiene con el tipo penal, el cual es la mera descripción de la conducta considerada como intolerable en tanto afecta el orden social que se desea mantener.

Al respecto Zaffaroni (2005) señala que:

El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal (p.455).

En efecto, no cabe duda, que el tipo y tipicidad son distintos, puesto que el tipo es una creación del legislador a efectos de contrarrestar conductas no debidas, sin más, en cambio la tipicidad, es aquella cualidad que recibe la conducta del ser humano por ajustarse a la creación legislativa referida y, por ende, enmarcarse como prohibida.

Ahora, que la conducta esté calificada como prohibida por el derecho, significa que ha dañado o ha puesto en peligro un valor considerado fundamental para la sociedad, hecho que justifica la imposición de una sanción penal, lo referido da lugar al apartado siguiente.

1.3. Antijuricidad

La antijuricidad en sentido amplio es considerada un juicio de valor objetivo, puesto que se realiza sobre una acción que ya ha sido considerada como típica, en razón de que la acción referida a calzado en algún supuesto típico de la legislación penal, dando lugar a la violación de una norma prohibida o preceptiva.

Sin embargo, es de advertir que la cualidad de conducta típica, no supone la calificación de antijurídica, puesto que como se sabe el ordenamiento jurídico no solo está compuesto de prohibiciones y mandatos, sino también de normas permisivas; en ese sentido, un acto puede estar adecuado a un tipo penal, empero no ser ilícito.

Las normas permisivas citadas, no son, sino las causas de justificación de la antijuricidad; por ello, resulta necesario verificar si la conducta calificada como típica, está inmersa en

supuestos de actuación que el ordenamiento jurídico prevé como justo y acorde a derecho. En ese sentido, a través de un juicio de valor objetivo, se determinará en qué casos una conducta, que pese a estar adecuada a un tipo penal no es contrario a derecho; y, por tanto, no merece desaprobación del orden jurídico.

Desde esa óptica, la antijuricidad puede ser vista como un medio de control y una garantía para los administrados, pues a través de ella se puede evitar la arbitrariedad, por ejemplo, en caso se quiera punir una acción que se halle dentro de los supuestos permisivos del artículo 20 del Código penal peruano (eximentes de antijuricidad).

Siguiendo esa lógica, entonces existirá antijuricidad, cuando el juicio de valoración arroje que la conducta típica desplegada por el sujeto no ha sido desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación, tales como: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de deber o ejercicio legítimo de derecho, oficio o cargo; obediencia jerárquica, me limito a nombrarlas a efectos de no ahondar en aquello que no es materia de la presente investigación. Empero, considero que las causas referidas cumplen un rol sumamente importante puesto que son situaciones admitidas por el propio Derecho Penal dirigidas a eliminar la antijuricidad de un acto voluntario que se adecua en un tipo de delito, tornándolo jurídicamente lícito y acorde al orden social.

Quedando cerrada la idea referida en el párrafo anterior, resulta factible continuar desarrollando la antijuricidad, empero ya no en sentido amplio como se ha hecho en párrafos precedentes, sino centrándonos en el carácter dual que doctrinariamente se le ha reconocido, esto es en relación a sus dos vertientes: formal y material.

A. Antijuricidad Formal

En palabras de Roxin (1997) “Una acción antijurídica, es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o un mandato legal” (p.588); es decir, la antijuricidad en su vertiente formal, está ligada a la acción del hombre contraria a la fórmula legal.

Lo expresado también puede traducirse como una oposición de la voluntad particular, frente al orden jurídico, en tal sentido resulta aplicable la tesis de Montero (2016), toda vez que refiere que, hablar de antijuricidad, es a todas luces presenciar la contradicción entre la conducta prohibida o impuesta y orden jurídico que se quiere mantener, existiendo de éste modo un conflicto entre hecho y derecho.

Respecto a esto último, Quesada (2017), citando a Eduardo Demetrio Crespo, señala que:

La antijuridicidad en sentido formal indica la relación de contradicción de un hecho con el Derecho sin que se dé respuesta todavía a la pregunta de por qué un hecho es contrario al Derecho Penal, cuestión que será resuelta por el concepto de antijuridicidad material (p.3).

O como lo suscribe Plascencia (2004) indicando que esta “consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto” (p. 135)

Bajo el panorama expuesto, se advierte, que la vertiente formal de la antijuridicidad, está basada en la lesión al derecho positivo, al instrumento legal, a la fórmula jurídica dada por el legislador, hecho manifestado con una conducta que ataca el tipo penal o la norma; empero es de advertir que, el juicio de valoración de la antijuridicidad no se agota, en la disconformidad entre acciones y orden social, sino que requiere observancia del contenido material implícitamente fijado en la norma; por consiguiente, de lo dicho se infiere la correlatividad que debe existir entre las dos vertientes que conforman la antijuridicidad.

B. Antijuridicidad Material

Esta vertiente de la antijuridicidad, responde a la pregunta del por qué un hecho es contrario a derecho. La responde puesto que la acción resulta opuesta a la norma siempre que ésta afecte determinados valores o bienes jurídicos; siendo esta afectación la base para catalogar una acción como antijurídica, desde su óptica material. Es decir, esta manifestación de la antijuridicidad procura:

Destacar la violación de intereses vitales para la organización social, intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de esta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación (Arigabay, 1972, p. 251).

A efectos de desarrollar el aspecto material de la antijuridicidad, resulta pertinente, detenerme a esclarecer su base, como es el bien jurídico, en la doctrina existen diversas tesis al respecto, empero he considerado pertinente analizar dos de ellas: la tesis monista y la tesis funcionalista, con la finalidad de evidenciar cual se ajusta a nuestro sistema actual, ello según mi criterio, observemos:

B.1. Tesis Monista

Según Tavares (2010) citando a Von Liszt, define al bien jurídico, como “intereses de la vida humana jurídicamente protegidos” (p.176). Por su parte Kierszenbaum (2009), lo define como “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad

determinada” (p.188); es decir, para quienes postulan esta tesis, el bien jurídico es entendido básicamente como un interés jurídico, como aquello que la sociedad cree como su fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico.

De lo expuesto se infiere, que la legislación penal, brinda protección a los denominados intereses o valores jurídicos a través del tipo o fórmula legal.

Al respecto Bacigalupo (1999) señala lo siguiente:

El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos (pp. 43-44).

En ese sentido, el interés jurídico o valores jurídicos a los que refiere la tesis monista como bienes jurídicos, quedan protegidos por el Derecho, en virtud de estar ligados al hombre y al desarrollo de la sociedad; por tanto, su protección se evidencia a través de la creación de tipos penales o normas. Empero, es de advertir que los bienes referidos no se hayan en la descripción del tipo penal, sino se encuentran implícitos, y es por medio de la antijuricidad en su óptica material, que se analizan a efectos de verificar la existencia de una lesión u ofensa que dé lugar a una sanción penal.

B.2. Tesis Funcionalista

Tavares (2010) menciona que Jackobs procura darle otra conceptualización al bien jurídico, en vez de considerarlo como intereses o presupuestos existenciales, (interpretación monista), los identifica con la validez fáctica de las normas, de las cuales se puede esperar protección tanto de bienes jurídicos, como de normas y así preservar la paz jurídica.

Siendo así, el bien jurídico será considerado necesario para mantener el orden social, en síntesis, la funcionalidad del sistema social, por ello cuando la norma que contiene dicho bien sea vea vulnerada por una conducta del hombre, surge la necesidad de su reafirmación, de su validez a través de imposición de una sanción, solo y en esa medida se protegerán bienes jurídicos.

Habiendo expuesto las dos tesis referidas, considero que, la que se adecua a nuestro sistema actual es la tesis funcionalista, puesto que la legislación penal, como medio de control social al servicio del Estado protege expectativas normativas; es decir, a través de la fórmula o

instrumento legal llamado tipo, se busca proteger a la persona humana, su dignidad y su derechos fundamentales, los mismos que se encuentran en las expectativas referidas, ello con la intención de garantizar una convivencia social y pacífica.

En ese orden, se advierte que el Derecho Penal, no reprime ciertamente lesiones de intereses, sino el desvalor de los actos; es decir, comportamientos lesivos que alteran el orden social que se desea mantener. Por tanto, cuando el comportamiento referido lesione o ponga en peligro una norma, se debe imponer una sanción, a efectos de que la sociedad, quien es el centro del derecho muestre fidelidad al mismo.

En síntesis, se tiene que antijuricidad refiere, no solo la trasgresión a la fórmula legal, denominado tipo, sino también, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, los cuales se reafirman con la imposición de la pena que hace valer la norma que los contiene.

Ahora bien, cuando hablábamos de injusto (de manera general), dejamos pendiente resolver el dilema que se presenta en la doctrina, esto es la semejanza entre antijuricidad e injusto. Respecto a ello, es preciso mencionar que existen diferencias entre los términos jurídicos anteriormente descritos.

Al respecto Muñoz (2013) sostiene que:

La antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica, lo injusto es por tanto la conducta antijurídica misma (p.82).

En efecto, concuerdo con lo referido por el autor, puesto que como ya se ha analizado, la antijuricidad es la cualidad que se le atribuye a una acción por ser contraria al derecho positivo, hecho que da pie a la realización de un juicio de valoración a efectos de comprobar si la acción referida no está inmersa en alguna de las normas permisivas o causas de justificación; y, por tanto, es pasible de sanción penal. En cambio, injusto es un término jurídico utilizado para expresar que el juicio de valoración ya ha sido realizado y que dio como resultado, que en definitiva la acción objeto de análisis si es típica y que debe ser penada.

Habiendo marcado las pautas sobre la estructura del injusto penal, esto es tipo, tipicidad y antijuricidad, conviene analizar el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, tomando como referencia el injusto y haciendo hincapié en aquello que lo fundamenta, para ello es

preciso exponer dos tesis doctrinarias respecto a la infracción de deber, elaboradas por Roxin y Jackobs.

B.3. Tesis de Infracción de Deber según Roxin

Caro (2009);- afirma que, para Roxin, el eje central de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial de autor (p, 92), refiere que dichos deberes son vistos como realidades previas al tipo penal, denominados como deberes extrapenales; empero, más allá de ello no fundamenta en que consisten, y deja más bien la tarea al legislador de regular los tipos, en delitos de dominio y de infracción de deber, situación confusa pues ambos escenarios son completamente diferentes, ello se debe a que la intención del autor referido, al desarrollar la teoría de infracción de deber, fue desde un principio la determinación y delimitación de la autoría, es de advertir que para Roxin, ‘autor es la figura central en la realización de la acción típica’ (Pariona, 2014. p. 110).

Roxin usa la teoría de infracción de deber para identificar a la figura central del evento criminal; es decir, toma la teoría referida como criterio delimitador de su tema central (la autoría). En ese sentido, el deber que porta el autor lo convertirá en la figura central de una acción. Dicho de otro modo, la infracción del deber extra típico fundamenta la autoría.

Es de advertir, que el autor referido en el párrafo precedente, en base a su criterio político criminal, incluye diversas formas de autoría, esto es mediata y coautoría. Al respecto Abanto (2004) refiere que para Roxin no habría problema de atribuirle el título de autor mediato al sujeto que poseyendo el deber extrapenal (*intraneus*), se valga de un particular (*extraneus*) para la comisión de un hecho punible. Puesto que al permitir que la persona realice el hecho punible en nombre de él, ya está infringiendo el deber. Así como tampoco habría inconveniente en atribuirle el título de coautores a dos sujetos que poseyendo deberes extrapenales (*intraneus*), infrinjan al mismo tiempo su deber y hagan posible la ejecución del delito, toda vez que ambos son titulares del mismo deber y lo infringen de manera conjunta.

En contraposición a lo expuesto Sánchez Vera, citado por Abanto (2004) sostiene que:

En los delitos de infracción del deber no sería apropiado como hace Roxin hablar ni de coautoría ni de autoría mediata (coautoría, cuando varios intranei, con los mismos deberes, los infringieran; autoría mediata, cuando el intraneus emplee a un instrumento doloso no cualificado) sino de "autoría accesoria" y "autoría directa" correspondientemente (pp.10-11).

En efecto, los términos coautor y autor mediato, están ligados al dominio del hecho. Un escenario totalmente diferente a la infracción de deber, pues este posee una cualidad personalísima, que recae en el sujeto y lo convierte en obligado especial. Por lo que cuando el sujeto que porta el deber extrapenal, lo infringe, cualquiera sea la forma de ejecución del hecho punible (acción, omisión, a través de otro o personalmente) siempre lo habrá ejecutado él mismo y directamente, de allí que el autor referido en el párrafo anterior reemplace los términos por autoría accesoria y autoría directa.

A efectos de ilustrar lo expuesto veamos los siguientes ejemplos:

1. En el caso de la coautoría: Funcionario A y B, tienen en custodia caudales públicos, juntos se organizan para disponer del dinero en provecho personal. No pueden responder ambos a título de coautores, toda vez que el deber que recae en cabeza de cada uno es estrictamente personal, aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado. Por lo que deberán responder cada uno como autor del delito de infracción de deber, pues cada uno lo lesiona personalmente y por separado
2. En el caso de la autoría mediata: Funcionario A, que valiéndose del particular B, solicita el medio corruptor a un tercero, a efectos de ser favorecido en una resolución judicial. No puede responder el Funcionario A ha título de autor mediato, puesto que con el solo hecho de realizar el delito a través de otra persona, está infringiendo su deber como obligado especial. Por lo que se le atribuye el título de autor directo.

B.4. Tesis de Infracción de Deber según Jackobs

Si bien es cierto la teoría de infracción de deber fue descubierta por Roxin en 1963 (Caro, 2009, p. 87), Jackobs la ha asumido, integrándola en su propio sistema, bajo una concepción normativa, marcando las pautas entre deberes generales y especiales.

1. Deberes en Virtud de Competencias de Organización

Jackobs marca el deber general de actuación como el de no lesionar a los demás en sus bienes, (Caro, 2009), deber que toda persona por vivir en una sociedad organizada, está obligada a cumplir, a efectos de que todos sus integrantes vivan y se desarrollen en un espacio de libertad, y una convivencia pacífica. Por lo que, la inobservancia al deber referido acarrea responsabilidad jurídico penal.

Ahora es de advertir, que el deber atribuido a un sujeto es dado en virtud del rol que desempeña el sujeto en sociedad. Por lo que, si el agente infringe el deber del que es titular, correlativamente también infringe su rol, situación que acarrea imputación jurídico penal.

Al respecto García (2003) citando a Jackobs, refiere que:

El rol general del ciudadano se fundamenta en la separación de esferas de organización, entre los ciudadanos y la autonomía organizativa. Como contrapartida a esta libertad de organización, se le atribuye el deber negativo de evitar organizaciones en su propia esfera que afecten a otras personas (p. 300).

Del texto se infiere que, la atribución de roles se presenta en atención al mantenimiento del sistema social. Por lo que, cada ciudadano deberá actuar en sociedad, limitando su autonomía al rol jurídicamente atribuido. Por ejemplo, el rol general del médico, mecánico, camarero. Es por ser titular del rol que se le atribuye el deber de no dañar a otras personas. Siendo así, la imputación en un delito de organización responde a la lesión de un deber, que deriva de un rol del sujeto. Por lo que la inobservancia del deber traerá como consecuencia la defraudación del rol. En ese sentido, la lesión al deber y al rol fundamentan el injusto.

2. Deberes Especiales en Virtud de una Competencia Institucional

Estos deberes están ligados a un *estatus* especial que un sujeto ha adquirido por estar vinculado con una institución.

Al igual que en el análisis anterior, los deberes referidos derivan de un rol especial. Al respecto García (2003) señala que:

El desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere relaciones estables con otras personas, existen roles especiales derivados de instituciones sociales, que vinculan de manera concreta una esfera de organización con otras. Si el titular de un rol especial no cumple, con estos deberes positivos, cabra entonces imputarle el hecho jurídico penalmente (p. 301).

En efecto, los roles especiales son atribuidos a un sujeto por estar vinculado o en una relación con una institución social. En ese sentido, la persona a quien se le ha atribuido el rol referido, se identifica como obligado especial, y adquiere deberes de corte institucional, por estar ligado al objeto jurídico de la institución a la que pertenece. Por lo que, si el titular de un rol especial inadvierte los citados deberes, se da lugar a la imputación del delito, empero, no por el solo hecho de haber lesionado el deber especial, sino también por haber defraudado el rol. En ese sentido, la lesión al deber y al rol, fundamentan el injusto.

Respecto a lo expuesto, considero que la tesis aplicable para explicar el injusto en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, es la realizada por Jackobs, en la óptica de deberes especiales en virtud de una competencia institucional, pues no solo fundamenta la autoría sino también el injusto, conforme se detallará en líneas venideras.

Ya se ha detallado en el capítulo I, que el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, se encuentra regulado según la fórmula legal, instrumento legal o tipo penal, cualquiera de las tres formas como quiera denominarse, en el artículo 393 de la legislación penal, esta acción o comportamiento ha sido catalogado por el legislador como lesivo para la sociedad por atentar contra el orden social. En ese sentido, y a efectos de contrarrestar la corrupción en el ámbito de la Administración Pública, es que se ha enmarcado la acción inocua del funcionario o servidor en un tipo penal calificándose como un delito especial y de infracción al deber.

La actuación del obligado especial, esto es Funcionario o Servidor, se convierte en típica cuando esté inmerso en el tipo penal compuesto disyuntivo, de mera actividad; es decir, en los verbos rectores principales, disyuntivos, de comisión instantánea (solicitar o aceptar) y los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio), que el legislador ha fijado para marcar su participación delictual, ello en el marco de la subsecuencia; es decir, después de haber realizado el acto funcional, en razón del cargo que ostenta.

Y es antijurídica formal y materialmente, en la medida que su actuación ha sido desaprobada por el derecho, en virtud de no haberse comportado según los lineamientos fijados por el deber institucional, puesto a disposición del sujeto en virtud del rol especial que cumple en sociedad, esto es el ser Funcionario o Servidor, condición que como ya se ha dicho es dada en razón de un vínculo o relación con la institución Administración Pública.

En ese sentido, cuando el sujeto cualificado que habiendo con anterioridad emitido un acto funcional en razón del cargo que ocupa, se ve inmerso en la conducta típica del delito (verbos rectores y medios corruptores); es que se infringe el deber especial de corte institucional, dado en virtud del rol que cumple como obligado ante la Administración Pública, esto es su rol como Funcionario o Servidor.

En ese contexto, al infringir el deber, el agente criminal a su vez defrauda el rol del que es titular. Empero, además de ello, fracciona la institución a la que pertenece, puesto que al solicitar o aceptar los medios corruptores, compromete la función pública realizada en tiempo pasado, dando como resultado la corrupción en las esferas del sector público. En síntesis, la infracción al deber, la defraudación del rol, y el fraccionamiento de la institución Administración Pública, fundamentan el injusto penal.

2. Tipos de Injusto Penal

2.1. Injusto Colectivo

En este apartado resulta necesario plantearse las siguientes interrogantes ¿se debe delimitar solamente una conducta individual como injusta? O si ¿Existen casos en los que se pueda responsabilizar penalmente a un conglomerado de sujetos a través de un injusto común?

El injusto común o colectivo, para su configuración requiere que en la fórmula legal se describa taxativamente la intervención de varias personas. En tal sentido, en este tipo de injusto se encuentran los delitos de participación necesaria o delitos pluripersonales (Abanto, 2003); divididos según la dogmática penal en dos grupos, delitos de convergencia y de encuentro.

A. Delitos de Convergencia

Abanto (2003), refiere que “en los delitos de convergencia, el tipo penal exige la contribución de varias personas para la afectación del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección” (p.67). Es decir, la fórmula legal, debe contener la presencia de dos o más sujetos que compartan la idea de lesionar un bien. Por lo que para ello será fundamental la distribución del hecho punible, por ejemplo, en Perú, el delito de hurto agravado cometido por dos o más personas, banda criminal y organización criminal.

Páucar (2016), toma como ejemplo la organización criminal, y brinda una aproximación de aquello que contiene el Decreto Legislativo 300775 (ley contra el crimen organizado) en su artículo 02, el autor refiere que se trata de:

Pretensiones estandarizadas, seguidas con un conglomerado de variables e indicadores de distinta índole, y entre los que destacan los siguientes: la concurrencia de dos o más personas, la comisión de delitos graves, el ánimo de lucro, la distribución de tareas (p.33).

En efecto, para indicar que se trata de un injusto colectivo, el legislador deberá que describir la presencia de los agentes criminales, determinar un número aproximado de cuantos deben ser y el ánimo con el que actúan.

En ese orden, al tratarse de pluralidad de sujetos, y por ende pluralidad de conductas, los niveles de peligro aumentan. E, es por ello la consideración de estos tipos penales como delitos de peligro abstracto (banda y organización criminal), en donde el fundamento del injusto radica en el estado de peligrosidad de que se crea socialmente.

Al respecto y tomando como ejemplo el delito de organización criminal, Páucar (2016), cita a la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual en uno de sus fundamentos jurídicos respecto a la naturaleza del citado delito señala lo siguiente:

Este delito, doctrinariamente concebido por su naturaleza, criminaliza el solo hecho de pertenecer a una organización, asociación o agrupación de personas que tienen fines delictivos, bajo el criterio de peligro abstracto que implica una organización criminal (...) pues no se requiere la materialidad de delito alguno, sino que se configura con la sola conformación de la asociación con fines delictivos (p. 57).

De lo referido, se deduce que para el legislador es irrelevante la real materialización de un hecho lesivo, ni siquiera el inicio de su ejecución para atribuirle sanción jurídico penal, ello siguiendo las reglas de autoría y participación fijadas en un solo delito.

En síntesis, en un injusto colectivo, todos los sujetos que lo integran, en virtud de sus aportes individuales, responden penalmente a un tipo penal específico, ya sea organización criminal, banda criminal, asociación ilícita, terrorismo, puesto que sus aportes se encuentran concatenados a un ente colectivo, empero, se han fijado parámetros para medir la responsabilidad penal aludida, los cuales se determinan en función de las aportaciones objetivas o cuantitativas en el curso del delito, valorándose las aportaciones referidas en un contexto colectivo.

B. Delitos de Encuentro

En los delitos de encuentro, si bien es cierto actúan pluralidad de personas hacia un fin común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria (Abanto, 2003). Dicho de otro modo, los sujetos actúan desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse.

La diferencia con los delitos de convergencia es que, en este tipo de delitos los intervinientes actúan en una posición distinta a la que se encuentra el autor (Abanto, 2003);

es decir, aquí la conducta del interviniente no converge con la conducta de la figura central (autor), para luego vulnerar un bien jurídico, sino que ambas se encuentran. En ese contexto, es de advertir, que el autor siempre actuará de manera aislada y autónoma; empero, ello no quiere decir que responderá por un injusto propio.

2.2. Injusto Independiente

En este tipo de injusto penal, el legislador describe y marca la actuación de un solo agente delictual, utilizando técnicas legislativas que indiquen e individualicen al sujeto activo, por ejemplo, el prefijo “ el que”, para referirse a delitos comunes, o elementos normativos, para referirse a un Funcionario o Servidor, en el caso de delitos especiales.

A diferencia de los delitos de participación necesaria en dos o más conductas se encuentran o convergen, dando como resultado un injusto común o colectivo; en el injusto independiente, el autor, como figura central del hecho punible se dirige a lesionar el bien jurídico de manera autónoma. (Tavares, 2010). Es decir, responderá por su propio injusto, el cual se encuentra descrito en el tipo penal dirigido por y para él.

Ahora bien, habiendo expuesto los dos modelos de injusto penal, es preciso analizar en donde se enmarca el delito de cohecho pasivo propio subsecuente. No se puede negar que en el delito referido se requiere la participación de dos personas cohechante y cohechado, en ese sentido, podríamos pensar que se trata de un delito de encuentro, que en efecto lo es. Empero, la legislación penal ha previsto para el Funcionario y el particular tipos penales diferentes; es decir, cada sujeto responde por su propia acción, ello en virtud del rol y deberes que cumplen socialmente: rol especial y deber especial para el sujeto cualificado y rol general y deber general para el extraño o particular. Es en ese contexto, que puedo afirmar que el delito materia de la presente investigación, pese a ser un delito de encuentro, desde el punto de vista de la actuación de los sujetos, desde el punto de vista del “injusto” es un delito independiente tanto para el intraneus como para el extraneus.

3. La conexidad delictual

El término conexidad delictual puede analizarse de dos formas: Como un medio idóneo para simplificar el proceso y resolver la causa en un tiempo célere, desde que la investigación preparatoria ha cumplido su objetivo.

Por ende, se determina como aquel “tipo de vínculo existente entre los delitos que se quieren juzgar conjuntamente” (Cubillo, 2017). Y en palabras de Balmaceda como aquella donde:

Los hechos conexos, según estas dos previsiones, permiten la configuración y estudio de situaciones donde un mismo autor realiza varios hechos -conexidad subjetiva o casos de concurso de delitos (real o ideal)-, o cuando varios sujetos intervienen en un mismo hecho -conexidad subjetiva o casos de autoría y participación, sobre todo- (p. 352).

Asimismo, esta se determina por una conexidad objetiva y subjetiva. Por ende, se determina que cuando:

Un mismo autor realiza varios hechos o ante el supuesto de «concurso real medial» – conexidad-objetiva–, cuando es posible que algunos supuestos tengan los injustos relacionados (art. 31.1 y 31.4 del NCPP); o cuando varios sujetos intervienen en un mismo hecho o ante los casos de autoría y participación – conexidad-subjetiva–, donde es seguro que sus injustos están relacionados (art. 31.2 y 31.3 NCPP) (Balmaceda, 2014, p. 27)

Y en razón del tipo penal del cual versa la presente se determina que su conexidad delictual según el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (citado en Moreno, 2014):

Suele estar presente (...) en la solicitud o recepción de dádivas por la autoridad o el funcionario que están conectadas, y de ahí su carácter bipolar, con concretos actos u omisiones de dichas personas que pudieran ser constitutivos de delito (posibles delitos de prevaricación), injustos, simplemente propios del cargo, como recompensa del acto ya realizado, o meramente tendentes a procurar una abstención en la realización de un acto propio del cargo (p. 7).

En ese sentido la conexidad delictual es entendida como, la relación de bilateralidad que existe entre un delito y otro, esto advierte la presencia de un binomio de personas, que encontrándose en plataformas jurídicas diferentes conforme sucede en el delito de cohecho, configuran el delito, empero el legislador pune sus conductas en delitos autónomos (cohecho pasivo- cohecho activo), en virtud de una técnica legislativa de correspondencia.

En relación a lo expuesto, puedo afirmar que en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, el legislador ha trasgredido la conexidad delictual, toda vez que si bien es cierto pune la conducta del sujeto cualificado, deja impune la conducta del extraño, puesto que en el tipo penal plasmado en el artículo 397 el CP, no figura algún supuesto típico proporcional, que establezca punibilidad al particular que ofrezca, de o prometa el medio corruptor al Funcionario Público, una vez que este haya desplegado su actuación criminal.

4. La naturaleza del delito de cohecho pasivo propio subsecuente

Para poder hablar del delito de cohecho pasivo propio subsecuente debemos incidir en sus raíces. Por ende, se tiene que la palabra cohecho proviene de la voz castellana “conhecho” en referencia a la acción simultánea o ejecutada entre dos personas y para unos terceros, y de la locución latina “confecto” que quiere decir preparado o arreglado. Siendo en palabras de Carrara (citado por Paytan, 2018) que se denota como “una venta entre un particular y un funcionario público de un acto al que pertenece a las funciones del servidor público y que deberían ser gratuitas”. O también sustentada como aquella que consiste en poner precio a un acto de la administración pública que debía ser gratuito (Carranca y Trujillo, 1962).

Sin embargo, otros doctrinarios del derecho determinan que el delito de cohecho encierra más connotaciones y es sujeto de mayor discusión doctrinal. Para empezar, esta figura detenta su origen en ordenamientos jurídicos primitivos como el de la Antigua Roma, mediante la Ley Cornelia Fulvia, la cual ordenaba que los votos no se comprasen con dádivas o regalos, denotándose un corte tradicional y de relevancia, pero que con el transcurrir del tiempo ha estado sujeto a numerosas interpretaciones doctrinales controvertidas y de jurisprudencia abundante y cambiante.

Ante ello, se tiene que en la determinación de la estructura típica de este delito no puede soslayarse la mención de la discusión que se sostenía, en relación a su naturaleza plurisubjetiva, respecto a ser un delito de encuentro y de convergencia - bilateral o unilateral, esto es, si el cohecho cometido por el funcionario público o el realizado por el particular responden a un mismo delito o a tipos penales autónomos. Los partidarios de la concepción bilateral emplean principalmente argumentos que se fundamentan en que para la comisión del cohecho, y su respectivo perfeccionamiento, se requiere del acuerdo de voluntades del funcionario y el particular.

Por ende, debemos tener en cuenta en palabras de Espinoza (2020) donde indica que:

La dogmática tradicional suele clasificar a los tipos penales, atendiendo al número de sujetos activos que intervienen en el delito, en delitos monosubjetivos y plurisubjetivos. Por lo general, la gran parte de los ilícitos previstos en el Código Penal constituyen delitos monosubjetivos o unidireccionales, toda vez que el tipo penal requiere la intervención de un solo autor para la realización del comportamiento delictivo (...), en tanto que la intervención de otros sujetos distintos de los autores en la realización del delito ya sea colaborando o instigando obedecerá a otras formas de participación delictiva como la instigación (art. 24) y la complicidad (art. 25).

Por ello, es que frente a los delitos monosubjetivos se encuentran los delitos plurisubjetivos o pluripersonales para los que el legislador exige la concurrencia de dos o más personas en su ejecución, los cuales se desdoblán en delitos de convergencia y delitos de encuentro. Los primeros, refieren que las colaboraciones de los intervinientes son del mismo tipo y se dirigen en la misma dirección u objetivo que es la consecución de un resultado común; en cambio, los delitos de encuentro, refieren a los comportamientos que son correlativos o complementarios; puesto que, la pluralidad de intervinientes dirige su accionar de manera autónoma desde posiciones distintas que se encaminan una hacia otra a un encuentro, el que puede traducirse en un acuerdo, dentro de los cuales se encuentra el cohecho pasivo propio y por ende el subsecuente.

En ese sentido, la adopción de este criterio clasificatorio no se encontraría descaminado en la medida que, por un lado, sería imposible el diseño de ciertos delitos sin la concurrencia de varios sujetos, y de otro lado, aun cuando el hecho sea posible sin la concurrencia de varios intervinientes, la participación de estos facilita al legislador la posibilidad de valorar el hecho y sancionar a los intervinientes por títulos de imputación distintos, pues mientras al funcionario público se le imputa como autor del delito de cohecho pasivo al particular se le imputa como autor del delito de cohecho activo.

Al tener claro ello, se puede caer en la cuenta de que el delito de cohecho requiere necesariamente la intervención de dos o más sujetos, al menos en dos de sus modalidades delictiva, como es el aceptar y el recibir. Y ello, debido a que el funcionario o servidor público es sobornado por un particular, para lo cual ambos sujetos intervienen con el despliegue de dos conductas típicas diferentes y confluyentes entre sí, ya que, por un lado el comportamiento del funcionario que acepta o recibe un donativo con el fin de actuar antijurídicamente (cohecho pasivo) y por otro, el sujeto extraneus o particular que la ofrece (cohecho activo).

Planteadas estas conceptualizaciones, todo apunta a la adopción de la noción de la bilateralidad como característica principal del cohecho, dicho de otro modo la conexidad delictual es el eje central de este delito, el mismo que se desarrolla en un escenario conexo, en donde el legislador ha contemplado tales comportamientos de manera autónoma cada uno en un respectivo tipo penal, pues conforme a lo establecido en el Código Penal Peruano el funcionario responde por el delito previsto en el art. 393 del CP, y el particular por el tipo penal previsto en el art. 397 del CP.

Siguiendo la misma línea de ideas a nivel del derecho comparado, los códigos penales tipifican separadamente el cohecho del funcionario y del particular en tipos penales autónomos. En consecuencia, podemos afirmar que la tendencia mayoritaria se orienta firmemente a la adopción de la postura que sostiene la naturaleza bilateral del cohecho. Determinando así, que este tipo penal se clasifica en dos tipos, es decir, en cohecho pasivo y activo.

Sin embargo, la presente investigación tiene como objeto de análisis la modalidad pasiva, el cual se subdivide en dos formas: cohecho propio e impropio, submodalidades que a su vez se desdoblán en dos tipos de cohecho, uno antecedente y otro subsiguiente.

En relación a las dos formas básicas de cohecho, Rodríguez Puerta (1999) nos señala lo siguiente:

Tradicionalmente se ha distinguido, en el delito de cohecho, entre cohecho pasivo y activo. El primero estaría integrado por la conducta del funcionario que solicita o recibe una ventaja por la ejecución de un acto propio de su cargo, justo o injusto; el segundo, por la conducta del particular que ofrece o entrega una ventaja a un funcionario para obtener de él una resolución o decisión que le favorezca (p. 153).

Por ende, se puede manifestar que el delito de cohecho asume la forma de pasivo respecto a la condición del sujeto activo, que viene a ser el funcionario público que se deja corromper y al cual se le atribuye conductas pasivas como el recibir o aceptar donativo o beneficio. La modalidad pasiva se fundamenta no tanto en la forma externa que adopte la conducta típica, sino más bien en atención a la condición del agente delictivo y a los comportamientos delictivos de aceptar, recibir o solicitar efectuados por el funcionario o servidor público. Aun cuando los verbos rectores solicitar o condicionar impliquen fenomenológicamente una conducta “activa”, a diferencia de los verbos rectores aceptar o recibir que presuponen comportamientos “pasivos”, la modalidad de cohecho será la pasiva, atribuible siempre al intraneus funcionario o servidor público. Mientras que, en el cohecho activo, el injusto recae sobre el comportamiento del extraneus tendiente a sobornar al intraneus mediante el ofrecimiento, dación o promesa de donativos o ventajas indebidas. Entonces, las dos principales características que definen al cohecho en su modalidad activa recaen, al igual que en la forma pasiva, en la formulación de los verbos rectores, así como, y principalmente, en la condición del agente delictivo.

El cohecho pasivo es propio conforme a Espinoza (2020) cuando:

Los actos que realiza el funcionario vulneran el normal ejercicio de sus funciones o, lo que es lo mismo, cuando se tratan de actos ilegales o antijurídicos transgresores de los deberes y atribuciones funcionales del agente público y realizados a consecuencia de la aceptación o recepción de algún beneficio o el que las realiza con la finalidad de obtener luego la ventaja o beneficio, o el que las solicita a consecuencia de haber realizado u omitido un acto en violación de sus funciones.

Frente a esta modalidad, se presenta el denominado cohecho impropio, un ejercicio de la función, cargo u oficio, trátase de una acción u omisión conforme a derecho, no prohibida legalmente, que es motivo de sanción penal solo si se encuentra referenciada a la aceptación, recepción o solicitud de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio “indebido” o no previsto legalmente.

En ambas modalidades delictivas la calificación del cohecho como propio o impropio se da en función a los deberes y atribuciones funcionales propias del agente estatal, si este se desempeña transgrediéndolas, el cohecho devendrá en propio; propio para configurar un ilícito penal y por tanto peligroso o lesivo para el bien jurídico. Lo impropio del cohecho descansa en la realización de los actos propios de la función para o a consecuencia de haber aceptado, recibido o solicitado donativo o ventaja indebida.

La modalidad de cohecho antecedente es una de las formas que adopta este ilícito en atención a si el mecanismo corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio) es aceptado, recibido o solicitado antes y con la finalidad (“para”) de realizar u omitir un acto en violación de las funciones públicas. Por lo contrario, se estará frente a la modalidad de cohecho subsiguiente en función a si el medio corruptor es aceptado, recibido o solicitado después de efectuar u omitir un acto contrario a los deberes funcionales del agente estatal.

De lo anteriormente expuesto puedo afirmar que el delito de cohecho, ya sea pasivo, activo, propio, impropio, antecedente, subsecuente, encuentra su naturaleza en un esquema de conexidad, donde los aforismos cohechante y cohechado son incluidos por el legislador a través de técnicas legislativas, que están ligadas a la conexidad delictual y a la correspondencia que se halla en este tipo de delito, razón por la cual su naturaleza reside en ser un delito conexo, pero también especial, de dominio y de infracción de deber.

5. El delito de cohecho pasivo propio subsecuente como delito de dominio

Se considera delitos de dominio, aquellos en donde el título de autor es atribuido a aquella persona que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del delito. (Bacigalupo, 2008). Este tipo de delitos pueden materializarse en delitos comunes y delitos especiales, los

primeros están asociados al prefijo “ el que” y al rol general, deber general de no dañar o también conocido como norma de prohibición; por otro lado en los delitos especiales como delitos de dominio, la norma de prohibición se encuentra ligada a una estructura social especial, de manera que el dominio no lo tiene cualquiera, sino quien ostenta una función especial y se encuentra ligado a una institución. (García, 2009).

En esa misma línea de ideas, la casación 367-2011 señala que en la teoría del dominio del hecho “será autor quien tenga dominio del suceso delictivo “ (p.8). Es claro que en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente el sujeto cualificado reciba el título de autor, puesto que domina el suceso delictivo al incurrir en los verbos rectores plasmados en el tipo penal, y es su condición de Funcionario Público la que fundamenta el injusto penal.

6. El delito de cohecho pasivo propio subsecuente como delito de infracción del deber

En la teoría de los delitos de infracción de deber es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal (Salinas, S/F). Mayormente este tipo de delitos son aquellos delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de delitos contra la administración pública, en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal.

Al respecto (Arismendiz, 2018) señala que:

Desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber, se advierte que, el supuesto de hecho registra una relación entre el funcionario público y la institución administración pública, por tanto, el legislador registro deberes especiales impuestos al sujeto activo, es decir al funcionario público al incursionar en cualquiera de los verbos rectores (solicitar, recibir, condicionar) y los medios corruptores (donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio (p.574)

En ese sentido, el delito de cohecho pasivo propio subsecuente es un delito de infracción de deber, un delito de corte institucional, ello en virtud de la conexión que mantiene el sujeto cualificado con la Institución a la que pertenece, la misma que le impone deberes especiales o de salvamento entorno al bien jurídico encomendado, de manera que en tanto el sujeto cualificado no cumpla con las exigencias impuestas de su rol especial, y se dirija a lesionar o poner en peligro el bien jurídico acarreará punibilidad.

7. La imputación del *intrañeus* en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente

Es claro que en este tipo de delito, solo será autor el funcionario o servidor público en el ámbito de sus funciones (*intraneus*), los terceros (*extraneus*) podrán ser cómplices o instigadores, ello en base a la teoría de la unidad del título de imputación, la misma que se ha convertido en regla según la parte final del artículo 25 del CP (Martinez, s.f).

Al respecto Salinas (2021) refiere que: “Al haberse realizado un delito de infracción, de deber por un conjunto de personas, los *intranei* responderán como autores y los demás como cómplices” (p. 433).

Por lo tanto, será autor del delito en estudio los sujetos que posean el status de funcionarios y que además tenga, por razón de su cargo, que participar en el acto funcional. Siguiendo esa línea de ideas, en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, la imputación que le corresponde al sujeto cualificado o también llamado *intraneus*, es la autoría, por estar ligado a la institución que representa, cumpliendo un rol especial a nivel social respecto al correcto funcionamiento de la administración pública.

8. La imputación del *extraneus* en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente

Siguiendo la teoría de la unidad del título de imputación, en delitos de corte institucional el *extraneus* al carecer de los elementos exigidos por el tipo penal, no puede responder penalmente en calidad de autor, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario público. (Martinez, s.f).

La casación 782-2015 Del Santa, en el fundamento numero 11 refiere que:

En los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. (p.7)

Dicho de otro modo, el *extraneus*, al no tener la calidad de funcionario público, no se le puede atribuir un delito funcional, en atención a la tesis de la ruptura del título de imputación, dado que el particular al ser ajeno a la administración, carece de las condiciones de sujeto público y, por tanto, no se le puede exigir posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber; Salazar (2005)

La regla según esta tesis es que en los delitos funcionariales solo responden los sujetos públicos obligados. Los extraños, al no pertenecer a la administración pública, no pueden responder por un delito funcional. En todo caso, responderán por un delito de dominio o común.

Sin embargo, en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente el legislador ha inadvertido la conducta del particular que se encuentra inmerso en la comisión del delito, razón por la cual la acción del extraño quedaría fuera del alcance de la ley penal, ello según el principio de legalidad, generando de este modo impunidad en todos los extremos.

9. La necesidad de separación de injustos penales

Se ha referido en párrafos precedentes que la naturaleza del delito de cohecho es la de ser un delito especial, de infracción de deber pero también conexo pues advierte presencia de un binomio de personas que se encuentran en plataformas jurídicas diferentes.

En virtud de las citadas plataformas jurídicas distintas, es que el legislador en el delito de cohecho, a través de una técnica legislativa de correspondencia, ha adecuado las conductas de ambos sujetos creando tipos penales autónomos sin afectar la tesis de la unidad del título de imputación.

Al respecto Rojas (2000)

Domina en la doctrina penal contemporánea e igualmente en la jurisprudencia, para efectos de interpretar la participación y especialmente, la complicidad, la tesis de la unidad de la imputación, según la cual quien colabora con el autor (funcionario o servidor público, que es quien comete el delito funcional), mediante aportes secundarios durante la fase ejecutiva y hasta en la consumación (cómplice secundario) aportes decisivos en fase previa a la ejecución (cómplice necesario o primario), responderá penalmente en el marco del delito que cometió o tentó el autor, es decir por el mismo delito de infracción de deber, sea este, peculado, cohecho o abuso de autoridad (p.146).

El autor aludido, refiere que los delitos cometidos por funcionarios públicos el extraño debe responder penalmente en base al delito cometido por quien ostenta la cualidad especial exigida en el tipo penal, sin embargo se debe tener en cuenta que el delito de cohecho al estar inmerso en un escenario de conexidad, surge la necesidad de tipificar las conductas por separado. Es por ello que el legislador ha advertido una particular excepción, de modo que no pune la conducta del particular en calidad de cómplice del delito realizado por el funcionario, sino que crea una formula estandarizada (tipos penales diferentes), a través de

la cual se evidencian conductas enlazadas, diferenciándose los apotegmas cohechante y cohechado previéndole para cada sujeto un tipo penal autónomo, teniendo en cuenta el principio de responsabilidad del propio injusto; el cual propone el hecho de que cada sujeto “intraeus y extraneus” al haber desplegado fácticamente su propia acción típica y antijurídica, deberá responder de manera individual por la misma.

CAPÍTULO III

CONEXIDAD DELICTUAL EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE

Este apartado busca dar a conocer la figura jurídico penal denominada conexidad delictual, en un delito especial y de infracción de deber, como es el delito de cohecho en todas sus modalidades delictuales, para ello se analizará dicha creación jurídica en relación con los delitos de participación necesaria, así como también la separación de injustos penales en razón de la conexidad que existe en algunos delitos, las técnicas de tipificación utilizadas por el legislador para positivizar conductas que se encuentran unidas a otras, el principio de legalidad como criterio fundamentador de la conexidad y por último se brindara una propuesta referente al delito de cohecho activo genérico.

1. Generalidades

La política criminal, es entendida como el conjunto de acciones o medidas por parte de los órganos de gobierno (Poder Legislativo), para hacer frente a la criminalidad que afecta a un país, tiene por finalidad brindar posibles soluciones referente a la disminución de niveles de delincuencia.

Al respecto Hassemer y Muñoz Conde (2012), refieren que:

Consiste en el conjunto de directrices y decisiones que, a la vista de los conocimientos y concepciones existentes en la sociedad en un momento dado sobre la criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos jurídicos, para controlarla, prevenirla y reprimirla (p.26).

Del texto se infiere que la política criminal está basada en una necesidad social entorno a una situación de peligro o dolencia por la que atraviesa un Estado (criminalidad); interviene abordando un conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico a efectos de hacer frente aquello que adolece la población con ánimo de desaparecerlo.

Siendo así la política criminal, tiene como punto de acción la alteración del orden y la paz social, al respecto cabe mencionar que, ante la aparición de nuevas formas de delinquir y cometer actos criminales, que sin duda distorsionan el orden que se desea mantener, es necesaria la intervención Estatal a través de las medidas antes referidas.

Las nuevas formas de delinquir a las que me refiero, están ligadas a la conducta por la que opta el agente criminal para perpetrar el hecho punible, razón por la que siendo la política criminal, en palabras de Silva Sánchez, citado en Balmaceda (2014), “el motor de adecuación de la legislación, en función de las necesidades sociales” (p, 31), es que deberá adecuarse a esas nuevas situaciones y tipificarlas a efectos de evitar la impunidad.

Una forma de adecuación a la dinamicidad de la delincuencia es la decisión por la que se ha inclinado el legislador al tipificar conductas relacionadas con otras, vale decir también conectadas a otras.

Respecto de esto último, me refiero a la figura delictual denominada conexidad, actualmente no existe un análisis detallado al respecto, sin embargo, nuestra legislación penal opta por una técnica legislativa de correspondencia evidenciando con ello la figura antes referida.

Según la Real Academia Española la palabra “conexo”, hace referencia a la relación que debe existir entre mínimo dos cosas (sin especificar más); así mismo, menciona que es equivalente a un enlace, concatenación de una cosa con otra. En ese sentido tiene lógica la afirmación de Balmaceda (2014), en tanto señala que son delitos conexos, los realizados por dos sujetos, ligados a un hecho, vale decir conectados a éste.

Por su parte la técnica legislativa de correspondencia versa sobre la acción que dos personas realizan desde distintos escenarios, pero que para efectos jurídicos penales el legislador ha optado por concatenar a raíz de verbos rectores contenidos en supuestos de hecho. Es de advertir, que dicha técnica legislativa no se materializa en todos los tipos penales, sino que está presente en tipos penales de la parte especial del Código Penal, especialmente en delitos de corrupción funcional.

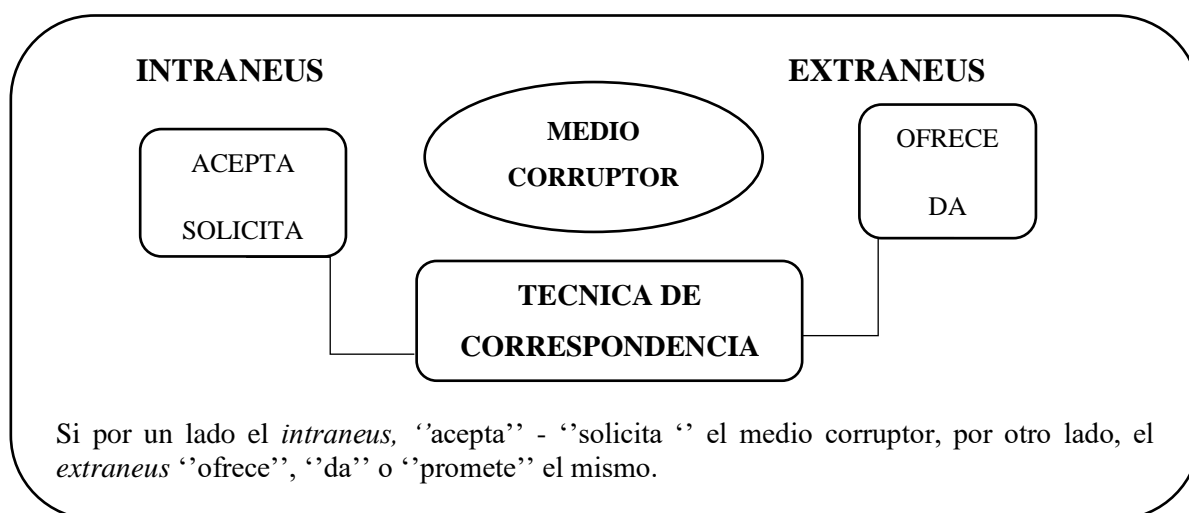
Uno de ellos es el delito de cohecho pasivo propio, tomando en cuenta dos modalidades de actuación del agente criminal (aceptar – solicitar), puesto que, para la materialización de esas conductas, se quiere por un lado que el medio corruptor provenga de otro sujeto, que no es sino el *extraneus*, o de ser el caso, medie solicitud hacia el mismo, con intención de obtener el objeto corruptor. Todo ello respetando la autonomía típica de cada delito según las reglas de la conexidad.

Respecto del verbo rector aceptar, para sancionar penalmente la conducta del *intraneus*, es necesaria la configuración de una acción punible anterior como es el delito de cohecho activo genérico, enmarcada en los verbos rectores ‘dar’, ‘ofrecer’, ‘prometer’. Es preciso tener en cuenta que este delito ‘se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad’ (Salinas, 2014, p. 470); de lo que se infiere que basta la admisión por parte del agente. Ahora, si en virtud de su autonomía el *intraneus* decide no aceptar la dación, promesa u ofrecimiento del objeto corruptor, solo habrá de atribuírsele punibilidad al *extraneus*.

En cuanto al verbo rector solicitar, para sancionar penalmente la conducta del *intraneus*, se requiere que éste manifieste al *extraneus* el ánimo de querer disponer del medio corruptor, pudiendo este último decidir no ceder a tal requerimiento, empero si cede, tan igual que en el supuesto referido en el párrafo precedente habrá que demostrar el interés a través de una ‘dación’- ‘ofrecimiento’ o ‘promesa’ habiéndose configurado el delito de cohecho activo genérico.

A efectos de esquematizar lo referido en el párrafo precedente veamos la siguiente figura:

FIGURA N°01
CORRESPONDENCIA DELICTUAL



Elaboración propia

Habiendo expuesto la técnica de correspondencia legislativa por medio de la cual aparece manifiesta la conexidad delictual, cabe detenernos en uno de los supuestos típicos de la figura delictiva del cohecho, esto es el cohecho pasivo propio subsecuente.

En esta figura el legislador pune la conducta del funcionario o servidor que “acepta”, “solicita” el medio corruptor al particular, considerando su acción en tiempo pasado (Arizmendiz, 2018). Razón por la cual indica “ a consecuencia de haber faltado a ellas”, que no son otras sino sus obligaciones normales en razón del cargo que ocupa.

Siendo así y en merito a la conexidad delictual, evidenciada a través de la técnica de correspondencia antes referida, resulta necesario que, en la fórmula legal del delito de cohecho activo genérico, artículo 397 del Código Penal, se enmarque el citado supuesto, a efectos de plasmar la dinámica “cohechante” y “cohechado”; empero no se aprecia, conforme la descripción típica de cada delito, según el siguiente detalle:

TABLA N° 01
DESCRIPCION TIPICA DE LOS DELITOS

Cohecho Activo Genérico – Primer Supuesto (Art. 397 CP)	Cohecho Pasivo Propio (Art. 393 CP)
El sujeto no cualificado, “ofrece” , promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, “realice” un acto propio de la función, violando sus obligaciones.	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “acepta”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para “realizar” un acto en violación de sus obligaciones.

<p>El sujeto no cualificado, “otorga”, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, “realice” un acto propio de la función, violando sus obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “recibe”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para “realizar” un acto en violación de sus obligaciones.
<p>El sujeto “promete”, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, “realice” un acto propio de la función, violando sus obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “acepta” o “recibe”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para “realizar” un acto en violación de sus obligaciones.
<p>El sujeto no cualificado, “ofrece”, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, “omita” un acto propio de la función, violando sus obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “acepta”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para “omitir” un acto en violación de sus obligaciones.
<p>El sujeto no cualificado, “otorga”, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, “omita” un acto propio de la función, violando sus obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “recibe”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para “omitir” un acto en violación de sus obligaciones.
<p>El sujeto no cualificado, “promete”, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que el funcionario o servidor público, “omita” un acto propio de la función, violando sus obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “acepta” o “recibe”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para “omitir” un acto en violación de sus obligaciones.

No existe supuesto de hecho	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “acepta”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a consecuencia de haber faltado a ellas.
No existe supuesto de hecho	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “solicita”, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a consecuencia de haber faltado a ellas.
No existe supuesto de hecho	<ul style="list-style-type: none"> • El sujeto cualificado, “condiciona” su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la “entrega” o “promesa” de donativo o ventaja.

Fuente: Problemas de imputación jurídica penal en el delito de cohecho activo genérico, hacia un criterio de subsecuencia. ARISMENDIZ, Eliu. Promanuscrito.

Del cuadro presentado se observa que delito de cohecho activo genérico, registra un vacío legal, por cuanto, considerando la “técnica legislativa de correspondencia”, se tiene que, por un lado, el supuesto de hecho del delito de “cohecho pasivo propio subsecuente”, reprime la conducta del funcionario o servidor público, según los verbos rectores aceptar - solicitar el medio corruptor a consecuencia de haber faltado a sus actividades funcionariales, sin embargo, por otro lado, el delito de cohecho activo genérico, no registra supuesto típico que regule la conducta del sujeto no cualificado, alterándose la dinámica del “cohechante” y “cohechado”, generándose de esta forma impunidad.

Lo referido en el párrafo precedente es sin duda una situación que el Poder Legislativo, ceñido de las decisiones jurídico penales tomadas basadas por reglas de política criminal adoptadas por nuestro Estado y nuestras necesidades penalmente relevantes, ha inadvertido, abriendo paso a la impunidad, pues en mérito al principio de legalidad, en la medida que no se encuentre positivizado el supuesto factico, no acarrearía punición alguna ante situaciones palmarias de evidente responsabilidad penal.

2. La Conexidad como Criterio de los Delitos de Participación Necesaria

Como se sabe, no siempre la producción de un hecho es el resultado de la acción de un solo delincuente, en palabras de Huerta (2010) ‘‘Los delitos no siempre se perpetran por una sola persona’’ (p, 9); siendo así puede existir un hecho ejecutado mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más personas (Fierro, 2001); a ello se le conoce como participación delictual.

La participación delictual, supone entonces la intervención de pluralidad de sujetos, los cuales según su aporte en el hecho delictivo recibirán el status de cómplice, inductor. (Díaz, 2008); modalidades de participación reguladas en el artículo 24 y 25 del Código Penal Peruano.

Hurtado Pozo (2005) diferencia la complicidad e instigación señalando lo siguiente:

La complicidad es la cooperación de quien presta auxilio para la realización del hecho punible: el acto de auxilio es realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible principal, haciéndolo posible o facilitándolo. La instigación, es el comportamiento que determina a otro a cometer el delito (p. 898).

De lo expuesto se tiene que la regla general *o nomen iuris* general es la participación delictual, empero ésta puede acontecer en la realidad según las modalidades detalladas en el párrafo precedente; dicho de otro modo, el agente delictual será pasible de atribución jurídico penal en la medida del grado de contribución en el hecho punible. En ese sentido será cómplice, cuando su acción se determina a contribuir personalmente en el resultado punible, y será instigador en la medida de que ‘‘determine dolosamente a un tercero para cometer la acción típica’’ (Pérez, 2016, p. 140).

La situación referida difiere de lo que se conoce como participación necesaria, pues en ésta la intervención de pluralidad de sujetos es ineludible para la materialización de un hecho delictivo (Carrasco, 2002). Es decir, no se trata de que pueda acontecer en la realidad o no la participación de dos o más sujetos, sino que surge la necesidad de involucrar en la comisión del delito a un ‘‘partícipe necesario’’, quien expresamente estará descrito en el tipo penal; ello conforme se ha analizado en el capítulo II.

Ahora, la pluralidad de sujetos referida en la participación necesaria, teniendo en cuenta al partícipe necesario, trae a colación los denominados delitos de convergencia, de encuentro y de conexidad.

Por un lado, en los delitos de convergencia y encuentro la participación necesaria queda evidenciada en el supuesto de hecho, pues el tipo penal exige la presencia de dos o más agentes delictuales. La situación cambia al tratarse de delitos de conexidad pues en este tipo de delitos, la participación necesaria no conlleva precisamente a guiarnos del supuesto de hecho enmarcado en el tipo penal, para constatar la presencia de dos o más sujetos, sino que estos se encuentran en tipos penales autónomos diferentes en virtud de una técnica de correspondencia.

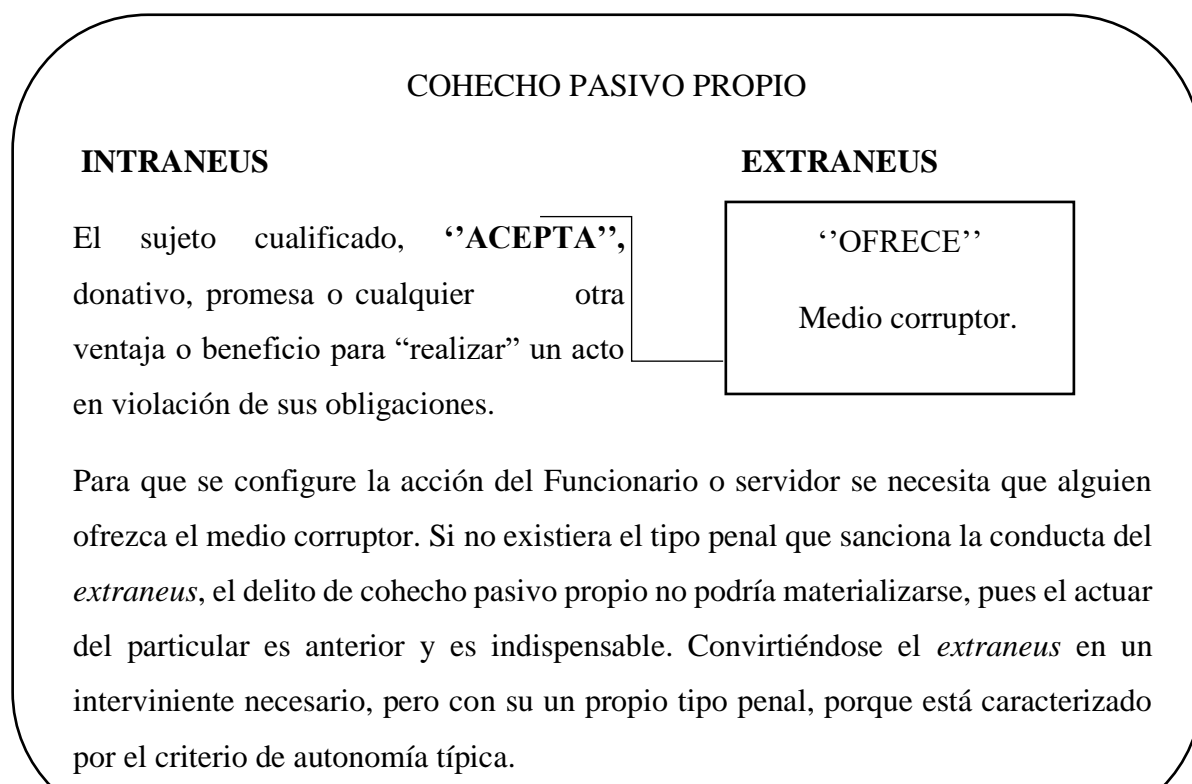
El código penal peruano materializa la participación necesaria refiriéndose a los delitos de conexidad, en la figura delictual de cohecho, pues independientemente del cohecho pasivo, donde se sanciona penalmente la conducta del funcionario que acepta o recibe, solicita el medio corruptor, también se prevé la conducta del que da, ofrece o promete el mismo, pero en diferente fórmula legal.

En ese sentido, el legislador pune dos conductas en tipos penales distintos, utilizando el binomio cohechante y cohechado, plasmando con ello la correspondencia legislativa que existe en cada supuesto típico. Dicho de otro modo, al seguir la dinámica referida se trasluce el hecho de que la acción de ambos agentes criminales esté conectada, alcanzando de este modo su existencia legal enmarcada en el supuesto típico.

A efectos de evidenciar la correspondencia legislativa se analizará la primera modalidad delictual del delito de cohecho pasivo propio.

FIGURA N° 02

NECESIDAD DE TIPIFICACION DE LA ACCION DEL AGENTE CRIMINAL EN DELITOS DIFERENTES



Elaboración propia

Como puede observarse, la necesidad de crear un tipo penal que regule la acción del *extraneus* es evidente, debido a que su participación, vale decir su acción ésta conectada y dirigida hacia el Funcionario o servidor, cuya acción está contenida en el delito de cohecho pasivo propio. Dicho en otras palabras, el delito de cohecho pasivo propio entabla la necesidad de participación de un sujeto (no cualificado), que esté dispuesto a en este supuesto “ofrecer” el medio corruptor. (Dinámica cohechante y cohechado, según la técnica de correspondencia).

En síntesis, la necesidad de participación en los delitos conexos, es evidenciada en razón de que las conductas desplegadas por el agente están conectadas en virtud de una técnica de correspondencia, mediante la cual el legislador pune dos conductas, empero no en un solo tipo penal sino en tipos penales autónomos, los cuales cuentan con su propio supuesto de hecho y consecuencia jurídica, conforme es el caso del cohecho ya sea pasivo propio o activo genérico; es en razón de ello que la conexidad es tomada como criterio en los delitos de participación necesaria.

Ahora si trasladamos la necesidad de participación en los delitos conexos al delito de cohecho de pasivo propio subsecuente, el cual se manifiesta en base a dos supuestos, según los verbos rectores “aceptar”, “solicitar”, tenemos que en el delito de cohecho activo genérico el legislador ha inadvertido la técnica de correspondencia por la cual queda manifiesta la conexidad, dando paso a la impunidad de quien ofrezca, otorgue o prometa el medio corruptor; apartándose del criterio de conexidad en delitos de participación necesaria.

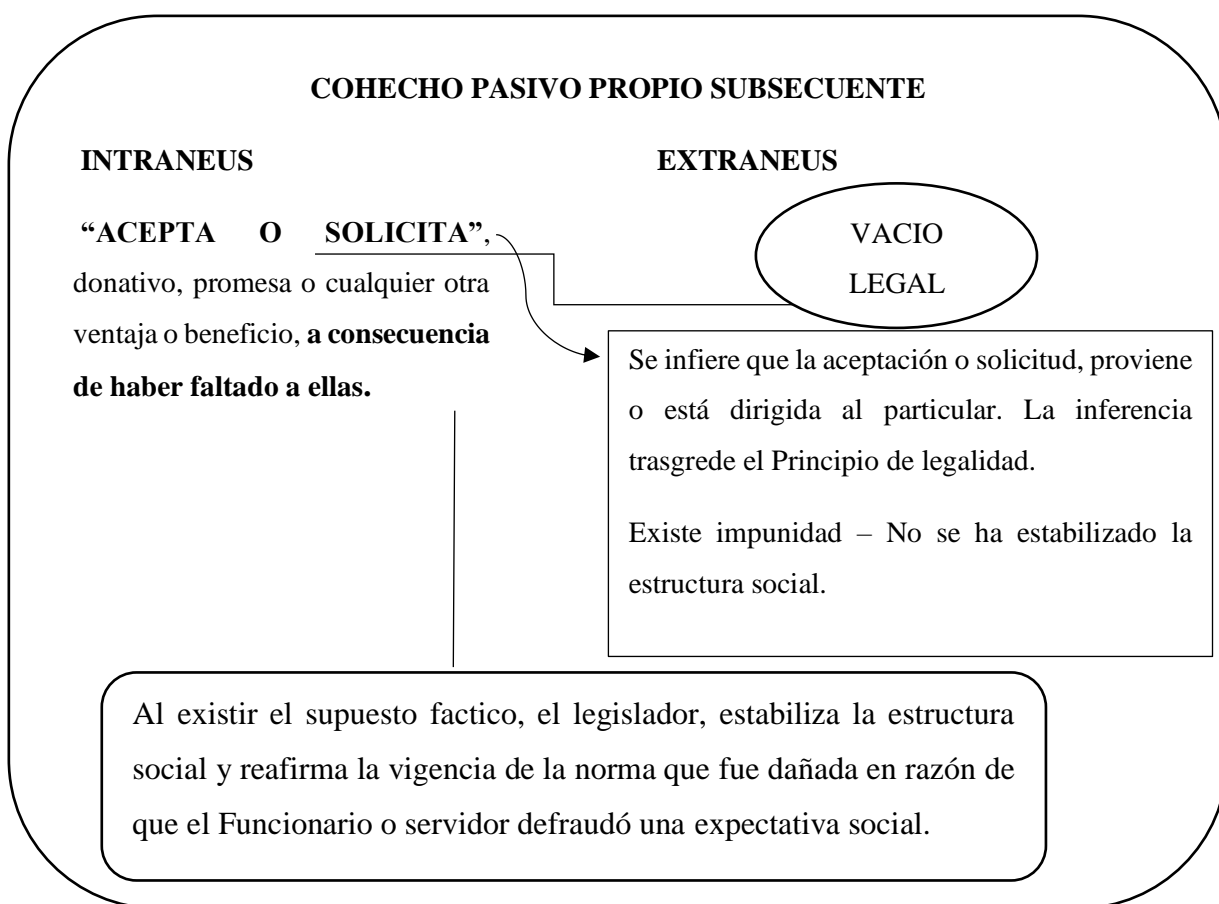
En ese sentido, al existir impunidad, resulta preciso mencionar que la función del derecho entendida como “la estabilización racional de las expectativas sociales” (Aponte, 2005, p. 72) no se estaría respetando, puesto que al no atribuírsele sanción jurídico penal al *extraneus*, quien ha defraudado una expectativa social, no se ha estabilizado la estructura social que ha sido vulnerada por el mismo.

Dicho en otras palabras, no se está siguiendo la lógica planteada por Jackobs a la que se refiere Gracia (2007), en tanto señala que toda persona que en razón de su conducta haya dañado la vigencia de la norma, defraudando de este modo una expectativa social, está llamado de modo coactivo, es decir mediante la pena a equilibrar el daño de la vigencia de la norma. Siendo así de la secuencia lógica planteada según el supuesto de hecho “a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales” en el delito de cohecho pasivo, podemos observar que el legislador si estabiliza la estructura social aludida y sí equilibra la vigencia de la norma que está presente en ese supuesto factico; empero en el delito de cohecho activo genérico tal situación no aparece.

A efectos de explicar lo referido en el párrafo precedente observemos la siguiente figura.

FIGURA N° TRES

INADVERTENCIA DE LA NECESIDAD DE LA INTERVENCION DEL AGENTE “EXTRANEUS” SEGÚN EL COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE Y LA NO REAFIRMACION DE LA VIGENCIA DE LA NORMA AL NO TIPIFICAR SU CONDUCTA EN EL COHECHO ACTIVO GENERICO



Elaboración Propia

El legislador ha inadvertido el hecho de que ambos delitos “cohecho pasivo propio subsecuente” y “cohecho activo genérico” son conexos, por tanto requieren correspondencia legislativa entre cada supuesto factico de cada delito, según la dinámica cohechante y cohechado; y es por ello que se limita a punir la conducta del *intraneus*, utilizando el verbo rector “aceptar”; conducta que no podrá materializarse fácticamente (no alcanzara la existencia legal), pues no existe quien ofrezca, otorgue o prometa el mismo. En el caso del verbo rector “solicitar” de igual manera; si bien es cierto es inferido que la solicitud o aceptación refieren la presencia del particular, se debe tener en cuenta que el Perú se rige en base al principio de legalidad; en ese sentido no hay atribución jurídico penal para el *extraneus*, en la medida que su acción no se encuentra positivizada, deviniendo el supuesto presentado en ineficaz; situación de la que se advierte que según la tesis planteada por Jackobs y a la que me inclino, al existir impunidad se ésta vulnerando la función del derecho penal, pues el *extraneus*, quien ha defraudado la expectativa social al quedar impune no ha contribuido socialmente a reparar el daño que el mismo causo, de lo que se concluye que no se ha restablecido el orden ni la vigencia hacia la norma que contiene el supuesto de hecho analizado.

3. La Conexidad y la Separación de Injustos Penales

Es preciso comenzar este análisis señalando que la condición jurídico penal que se le atribuye al *extraneus* en tanto este intervenga en la comisión de un delito especial o cualificado es un tema controvertido doctrinalmente; Gómez (2006) señala que el particular o *extraneus* nunca podrá tener la condición de autor de un delito especial, pues carece de lo que se denomina características, cualidades o propiedades exigidas por el tipo penal. Véase la condición de Juez, Funcionario o servidor (Hernández, 1996), en los que el sujeto cuenta con una cualidad basada en deberes de naturaleza institucional tanto en su aspecto material como en su aspecto formal, siendo así y al no tener el particular vinculación alguna con dicha Institución no podrá alcanzar el status de autor en delitos de corrupción funcional.

Empero, lo expuesto no significa que el extraño quede impune en tanto intervenga en la comisión de delitos que exigen cualidades especiales en el agente. Al respecto García (2009) señala que:

La doctrina penal se ha inclinado por privilegiar el aspecto político-criminal antes que el dogmático, por lo que ha seguido, en líneas generales, la tesis de la unidad del título de imputación para evitar los vacíos de punibilidad (p.3).

En efecto, un modo de punir la conducta del *extraneus* y por ende evitar la impunidad, dando así cumplimiento a la función del derecho penal, fue atribuirle la condición de Partícipe (cómplice) del delito que realice el *intraneus*, conforme se detalla en el artículo 25 del Código penal, cuando menciona que el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los fundamentos especiales que fundamentan la punibilidad no concurren de él, es decir “el legislador se descanta por la tesis de unidad de imputación” (Arismendiz, 2018, p.451).

La misma línea de ideas es plasmada en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, en el fundamento 11 pues reafirma el artículo 25 del CP, en tanto señala que: Este tipo de delitos restringe el radio de autores (...) pero admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice.

La situación es diferente al tratarse de delitos conexos, como por ejemplo el delito de cohecho, puesto que el legislador no pune la conducta del *extraneus* en calidad de cómplice del delito realizado por el *intraneus*, sino que en razón de una técnica de correspondencia, por medio de la cual se evidencia que dos conductas están conectadas o unidas, le atribuye sanción jurídico penal a título de autor, tanto al “sujeto cualificado” y al “sujeto no cualificado”, previéndole para cada sujeto un tipo penal autónomo, ello teniendo en cuenta el principio de responsabilidad del propio injusto; el cual propone el hecho de que cada sujeto “*intraneus* y *extraneus*” al haber desplegado fácticamente su propia acción típica y antijurídica, deberá responder de manera individual por la misma. (Arismendiz, 2017).

En ese sentido, conforme se ha analizado no prevé la intervención del *extraneus* en el mismo tipo penal de cohecho pasivo propio, sino que lo separa en un tipo penal independiente, como es el cohecho activo genérico, utilizado el criterio de conexidad para tal fin, salvo en el caso del supuesto fáctico “a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales”, en donde queda manifiesta el vacío legal, el cual ha sido detallado en líneas arriba.

Ahora, el injusto penal es entendido, según la Real Academia Española como la conducta típica y antijurídica, descrita en una fórmula legal. Siendo así supone un actuar individual contrapuesto al orden social (Granados, 2010), dicho de otro modo para que se configure el injusto penal el sujeto tanto “cualificado” como “no cualificado”, deberá defraudar una expectativa normativa, en este extremo es preciso advertir, que cada sujeto en razón de su status social deberá responder por la expectativa normativa que defraudó en virtud del rol

que ostenta general o especial, dicho de otro modo cada sujeto responde por su propio injusto, conforme se ha analizado en el capítulo II.

En el delito de cohecho, el legislador ceñido de la conexidad, evidencia la responsabilidad que debe asumir tanto el sujeto de status como el particular, razón por la cual subsume el actuar de los sujetos en tipos penales diferenciados. Dicho de otro modo, la dinámica cohechante y cohechado usada en la técnica de correspondencia, permite diferenciar con mayor claridad la atribución del injusto (de cada sujeto) en tipos penales autónomos.

Por su parte, en el delito de cohecho pasivo propio (subsecuente), el sujeto responderá en razón del rol especial, emanado de su vinculación con la Institución Administración Pública, y poseerá deberes institucionales, los cuales en su aspecto material se dividen en deberes de garante, fomento y salvamento entorno al bien jurídico encomendado. En ese sentido, el sujeto activo, tiene que prever que la Administración pública se maneje en los mejores estándares, así mismo crear un ambiente en donde el procedimiento que ejerce en su zona de trabajo se realice en base a los intereses de la Institución a la que pertenece, y en su defecto cuando observe que dicho procedimiento se está desarrollando en perjuicio del bien jurídico y en atención de intereses personales, comunicarlo abiertamente.

En esa misma línea de ideas la condición de funcionario o servidor, advierte el deber Institucional de lealtad frente a la Institución Administración Pública (Gómez, 2006), siendo este un deber jurídico especial, al que solo deberá responder el *intraeneus*.

Dicho deber ha sido considerado en la doctrina como un deber extrapenal, vale decir que éste se ubica en normas diferentes al código penal, véase el Reglamento de organización y funciones y el Manual de organización y funciones, Código de ética de Funcionarios y servidores; se le denomino deber extra típico, lo cual es jurídicamente válido, puesto que vincula al sujeto de status con su rol especial. Sin embargo, es acertado el pensamiento que plantea actualmente Roxin (2016), en tanto refiere que:

Los delitos de infracción de deber son tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho de que alguien se aprovecha de, o incumple un deber emanado de su papel social, realizando así una lesión típica al bien jurídico (p.726).

En ese sentido, el deber aludido, hoy, no se encuentra en una norma extrapenal que le dé la calificación de deber extra típico sino que es de naturaleza típica; dicho de otro modo, el deber jurídico puede encontrarse positivizado a través de un técnica legislativa que permita dilucidar directamente la vinculación que existe entre el funcionario público y la Institución

a la que pertenece por ejemplo: ” aprovecharse de “, es así que por la técnica legislativa el legislador, puede insertar palabras en el tipo penal que vinculen la condición de Funcionario con su deber positivo de actuación (aspecto formal). A efectos de materializar lo expuesto veamos la siguiente tabla:

TABLA N°02
DEBER EXPRESO EN EL TIPO PENAL A TRAVES DE UNA TECNICA
LEGILATIVA

ARTICULO	DELITO	VINCULACION CON EL DEBER
379-A	Abuso de Autoridad de Condicionamiento Ilegal	Abusando de sus atribuciones
382	Concusión	Abusando de su <i>cargo</i>
384	Colusión Simple y Agravada	Por razón de su <i>cargo</i>
387	Peculado	Por razón de su <i>cargo</i>
393	Cohecho Pasivo Propio	En <i>violación de sus obligaciones</i> , o el que las acepta a consecuencia de haber faltado <i>a ellas</i> . Conducta funcional <i>derivada del cargo</i>
394	Cohecho Pasivo Impropio	Acto propio de su <i>cargo</i>

395	Cohecho Pasivo Especifico	Asunto sometido a su conocimiento o competencia Asunto que esté sometido a su conocimiento
395-A	Cohecho Pasivo Propio en el Ámbito de la Función Policial	Violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas
395-B	Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial	Acto propio de su función , sin faltar a su obligación
399	Negociación incompatible	Por razón de su cargo
401	Enriquecimiento ilícito	Abusando de su cargo

Elaboración Propia

En razón de lo descrito, considero que la forma más certera de comprometer al sujeto cualificado con los deberes encomendados al estar vinculado con la Administración Pública, es describir directamente en el tipo penal la exigencia propia del rol especial que posee al ser funcionario o servidor, a través de una técnica legislativa, de modo que la lesión al bien jurídico sea una lesión típica, conforme a los ejemplos señalados en la tabla N°02, ello con la finalidad de no remitirnos a normas extra penales.

En esa medida se hablará propiamente de defraudación de deber, y por tanto el injusto por el que debe responder el *intrañeus*, será un injusto funcional, el cual deriva del deber positivo de actuar de una manera idónea en razón del cargo que ejerce, protegiendo en todo momento la Institución que se le encomendó. Siendo así, cuando fácticamente la acción del sujeto cualificado coincida con el supuesto típico planteado por el legislador se habrá dañado

la Administración Pública, toda vez que el sujeto habrá defraudado el deber típico, en ese sentido habrá reproche jurídico penal en su aspecto formal, pues la lesión se encuentra en el tipo penal. Empero no puede pasar desapercibido el reproche material puesto que al subsumirse la conducta del sujeto cualificado en la fórmula legal el *intraneus* habrá inadvertido sus deberes de garante, fomento y salvamento; y en consecuencia de ello habrá lesionado el rol que posee en sociedad, siendo este el motivo que fundamenta el injusto penal.

Al respecto Peña (2016) señala que:

Los injustos funcionariales manifiestan un ámbito muy específico de actuación típica, donde solo los funcionarios públicos (*intranei*), que se ubican en una posición especial en el ámbito dentro de la Administración, están en posibilidad de quebrantar los deberes jurídicos institucionales, inherentes al cargo público (p.100).

En efecto, el desvalor (injusto), se construye a partir de las competencias funcionales que le otorgan al agente la posibilidad de tener acceso a la Administración Pública.

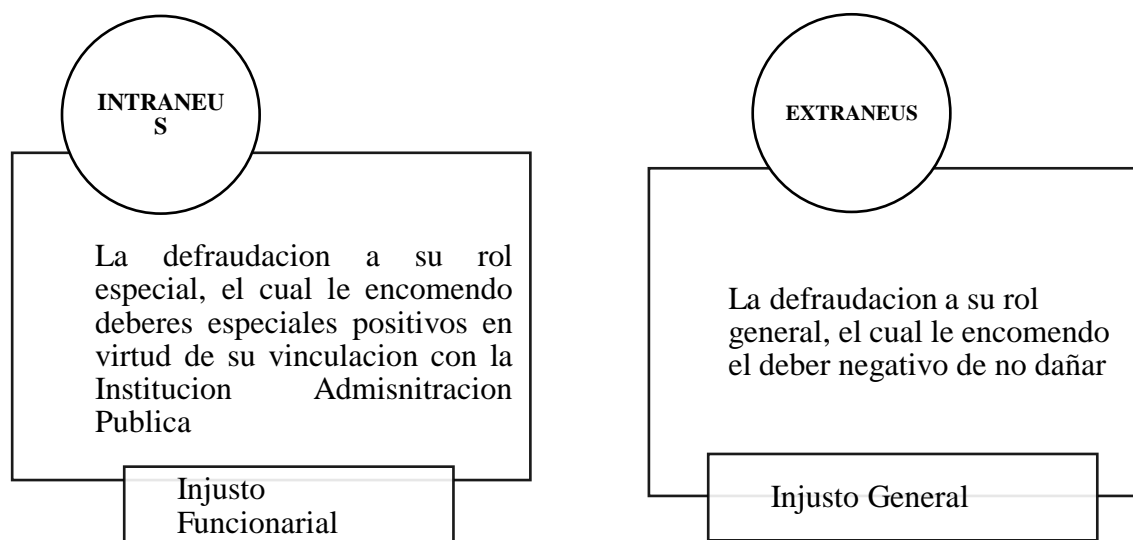
Lo expuesto abre paso a precisar que, en el cohecho pasivo propio subsecuente el legislador si vincula al sujeto con su deberes positivos de actuación, de modo que el sujeto activo al incurrir en el supuesto de hecho “aceptando” o “solicitando” el medio corruptor a consecuencia de haber faltado *a sus* obligaciones, lesiona típicamente su deber especial, pues en virtud de una técnica legislativa el legislador usa la palabra “obligaciones” para vincular al sujeto con la Institución Administración Pública a la que pertenece y asimismo con el bien jurídico encomendado. Sin perjuicio de ello no se debe advertir la lesión material antes mencionada.

En situación paralela a la detallada en líneas precedentes se encuentra el delito de cohecho activo genérico, pues en este tipo de delito el agente criminal responde en razón de su rol general, el cual le otorga el deber negativo de no dañar (Arismendiz, 2017). En ese sentido, el injusto por el que responde el extraño está basado en su autodeterminación a dañar su esfera social.

A efectos de esquematizar lo detallado líneas arriba se muestra la siguiente figura:

FIGURA N°04

DIFERENCIACION DE INJUSTOS: INJUSTO DEL INTRANEUS – EXTRANEUS EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO SUBSECUENTE SEGÚN EL PRINCIPIO DE RESPOSABILIDAD POR EL PROPIO INJUSTO



Elaboración Propia

4. Técnicas de Tipificación en los Delitos Conexos

A lo largo de la investigación he compartido la idea de que la función del legislador corresponde a la creación de posibles conductas (normas) que alteren el orden social, con ánimo de tipificarlas como conductas delictivas y reprimir jurídico penal mente a quienes las realizan, siendo para tal fin indispensable que el legislador conozca la sociedad a la cual se le aplicarán las normas y determine que hechos deben ser tomados como hechos que merecen ser sancionados, ello en virtud del *Ius Punendi* Estatal y través de un análisis donde medie la política criminal. En ese sentido, la acción del legislador al punir conductas será “producto de un proceso motivado por el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado” (García, 2003, p. 17).

En efecto, el proceso de selección de conductas jurídico penalmente relevantes que realiza el legislador proviene del Estado y da como resultado la existencia de una acción positivizada, merecedora de pena. Siendo así, por un lado, todas aquellas conductas que el legislador no considere delictivas no acarrearán punibilidad, y por otro lado aquellas que sí contravengan la voluntad general (derecho) estará determinada por un tipo penal, ello siguiendo la lógica planteada por el principio de legalidad *nullum crimen sine lege*, el cual “impide considerar como delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal” (Muñoz, 2001, p.1).

En ese sentido, el legislador viene enmarcando conductas lesivas en tipos penales, utilizando técnicas de tipificación en la redacción de la acción punible, con la finalidad de determinar que agentes criminales y cuantos intervienen, su ámbito de actuación, y por su puesto la pena correspondiente; delitos de dominio y de participación respectivamente.

Del mismo modo en la redacción de los delitos conexos, el referido órgano estatal delimita la actuación de los sujetos, empero no se aparta de la técnica de correspondencia legislativa, como muestra de ello se tiene al delito de cohecho, tanto pasivo como activo.

Respecto a ello centrémonos en la modalidad delictual de cohecho pasivo propio subsecuente, delito en el que ciertamente el legislador utilizando técnicas de tipificación para positivizar la conducta del sujeto activo, de ese modo describe su ámbito de actuación en el tipo penal, no obstante a ello, restringe el alcance de aplicación de la punibilidad de ese delito, es decir restringe el alcance de la autoría, de tal modo que solo pueda él ser responsable jurídico penalmente (Gómez, 2003), vale decir que el legislador le otorga al agente criminal una plataforma jurídica que lo identifica como sujeto especial, tal como la de Funcionario o Servidor.

Así también, une al sujeto con su acción, pues en el supuesto de hecho del tipo penal, utiliza verbos rectores tales como "aceptar" o "solicitar" vinculados a medios corruptores como son "donativo", "promesa", o "cualquier otro beneficio", en ese sentido, es acertada la idea planteada por Jiménez (2014), en tanto señala que este tipo de delito "requiere necesariamente que el Funcionario o servidor público acepte, solicite una contraprestación" (p, 2005).

Como puede verse el operador Estatal liga la actividad del *intraneus*, con otra que pueda otorgarle la contraprestación referida, posterior a la emisión del acto funcional, supuesto "a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales"; empero no precisa la vinculación en el tipo penal taxativamente con la inclusión del *extraneus*; dicho de otro modo el extraño no aparece en el tipo penal de cohecho pasivo; sino que a través de la vinculación aludida en razón de los verbos rectores, los cuales emanan de la libre voluntad del sujeto activo, el extraño se aproxima en el hecho punible.

En tal sentido, el legislador no se aparta de la técnica de correspondencia, sino que mantiene la dinámica cohechante y cohechado, pues conforme he sostenido en apartados precedentes el delito materia de análisis no podría tener existencia legal sin la presencia del extraño.

Sin embargo, el legislador al positivizar la conducta del particular, si bien es cierto es rescatable que por un lado delimite su actuación, calificándolo como sujeto común a través de la inclusión en el tipo penal del prefijo el que (Arismendiz, 2018), no constituyendo sobre él ninguna plataforma jurídica especial y siendo de este modo considerado por la doctrina como el delito “reverso de los comportamientos del cohecho pasivo propio” (Suarez Mira, 2003, p. 485). Y seguidamente de ello vincule al agente criminal a través de verbos rectores tales como “ofrecer”, “dar”, “prometer” y medios corruptores idénticos que los usados en el delito de cohecho pasivo propio, por medio de los cuales vincula su acción al actuar del Funcionario o Servidor.

Por otro lado, llama la atención que, el legislador no configura la modalidad prevista en el cohecho pasivo propio subsecuente, esto es “a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales”, en ese sentido configura solo la actuación del *intraneus* respecto de la referida modalidad delictual y no reserva la atribución de responsabilidad jurídico penal del extraño ni la subsume en el cohecho activo genérico, existiendo de este modo una deficiencia en la aplicación de una técnica legislativa y consecuentemente también en la técnica de correspondencia, pues el delito de cohecho es considerado un delito bilateral, en donde fluye la voluntad de dos partes para su perfección (Álvarez, 2013).

5. El Principio de Legalidad como Criterio Fundamentador en la Conexidad Delictual

Nullum crimen, nulla poena, sine lege, es un aforismo latín que significa lo siguiente: “no hay delito, no hay pena sin ley previa (Silvestroni, 2004, p. 139). De ello se infiere que el delito es un producto legal, el cual surge de la ideación de conductas lesivas que el operador estatal (legislador) positiviza mediante una ley, con ánimo de tipificarlas y reprimir a quienes las realizan. En ese sentido el delito nace de la ley, porque antes de ella nunca existió, y así también, nace para proteger a las personas, de allí que sea considerado un medio idóneo para prever la comisión de conductas que alteren el orden social.

El citado aforismo es utilizado por nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, para proteger al Individuo del Derecho penal proveniente del *Ius Punendi Estatal*. Siendo así, el Estado protege no solo a las personas mediante el derecho penal con la atribución de una pena, sino que también los protege del mismo a través de límites al empleo de la potestad punitiva, ello para que el individuo no quede a merced de una intervención sorpresiva, excesiva o arbitraria del Estado (Roxin, 1997).

La legalidad penal es entonces un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito. Siendo así llama la atención como en una situación palmaria, en donde se requiera atribución jurídica penal tal como es el caso de cohecho activo, el legislador no haya previsto expresamente responsabilidad penal correspondiente al extraño o particular, bajo el supuesto a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales o cohecho activo subsecuente, el mismo que si se encuentra descrito en el delito de cohecho pasivo propio, denominado doctrinalmente cohecho por recompensa.

De lo referido líneas arriba se desprende que el operador Estatal, no ha plasmado adecuadamente los apotegmas correspondientes al delito de cohecho, pues al tratarse de un delito conexo en donde la regla es la técnica legislativa de correspondencia, estos deben aparecer en los tipos penales que regulan tanto el cohecho activo y pasivo, en todas sus modalidades, a efectos de detallar el significado de los apotegmas referidos veamos lo siguiente:

5.1. Los Apotegmas Binomiales en la Conexidad Delictual

Un apotegma según la Real Academia de la lengua española, es un dicho breve que generalmente se le atribuye a un personaje ilustre, de allí que durante la investigación haya sostenido que la técnica de correspondencia en el delito de cohecho, enmarca una dinámica conocida como cohechante y cohechado, la cual se refiere a los sujetos que el legislador ha considerado como sujetos activos del delito de cohecho activo y pasivo, *extraneus* e *intraneus* respectivamente.

En el cohecho pasivo propio, el cual contiene en el tipo penal el supuesto de hecho ‘‘a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales’’, no se suscita ningún problema, puesto que el legislador describe la acción del funcionario o servidor y la liga con la acción del extraño a través de verbos rectores y objetos corruptores, ello sin reconocer la actuación de este último sujeto en el mismo tipo penal, sino en un tipo penal autónomo, conforme se ha señalado en líneas precedentes. Y hace lo mismo en todas sus modalidades delictuales de cohecho pasivo propio. De este modo el operador estatal le atribuye punibilidad al *intraenus*, surgiendo así el apotegma ‘‘ cohechado’’, tratándose, en este extremo, de un neologismo jurídico, el mismo que fluye de la dinámica de la conexidad delictual en los delitos de corrupción funcional.

El problema versa sobre el delito de cohecho activo, el mismo que si bien es cierto regula diversas modalidades delictuales, tal como se ha detallado en la tabla N°01, no regula el supuesto “a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales”, es decir el legislador no ha configurado la actuación del extraño que se coadyuva a la configuración de la acción punible del Funcionario o servidor que habiendo emitido un acto funcional en razón del cargo que ocupa acepta o solicita el medio corruptor proveniente del extraño. Dicho de otro modo, no ha previsto punibilidad para quien lógicamente esté dispuesto a brindarle una contraprestación al sujeto cualificado, puesto que el acto funcional citado le resultó favorable. Al no existir el apotegma cohechante y existiendo por tanto una deficiencia en la técnica de correspondencia, la misma que por el imperio del principio de legalidad, en la medida que no se encuentre positivizado el supuesto factico, generaría impunidad, pues no hay delito, ni pena sin ley previa.

6. Propuesta Legislativa respecto al Artículo N° 397 del Código Penal referente al Cohecho Activo Genérico

En mérito al principio de legalidad y al restablecimiento del orden social se debe incluir mediante técnicas de tipificación y técnicas de correspondencia legislativa, en el tipo penal de cohecho activo genérico, una modalidad delictual equiparable y que corresponda a la descrita en el cohecho pasivo propio subsecuente “a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales”, puesto que como se ha sostenido el delito de cohecho se encuentra en el rubro de los delitos conexos, en ese sentido el legislador tiene la obligación de delimitar la actuación de ambos sujetos en tipos penales autónomos, que participen en el hecho punible, pero que se encuentran en plataformas jurídicas distintas, Funcionario o Servidor y extraño respectivamente y que por tanto responden por injustos propios: *Intraneus* “injusto funcional” y *extraneus* “injusto general”, sin embargo no lo hace. Por tanto, debe existir modificación en el artículo 397 del Código Penal que regula el cohecho activo genérico, por razón de necesidad de tipificación e imputación penal del extraño.

Cuando digo que la modalidad delictual a incluirse en el citado artículo, debe ser equiparable y correspondiente a la tipificada en el cohecho pasivo propio subsecuente, me refiere a que como sabemos el texto “a consecuencia de haber faltado a ellas”, se refiere a la vinculación que el funcionario o servidor tiene con la Institución Administración Pública, al señalar la palabra “ellas” el legislador advierte las obligaciones que tiene sujeto con el bien jurídico encomendado; siendo así no podrá incluirse en el cohecho activo genérico la modalidad

subsecuente con el mismo texto del artículo 393 de la legislación penal, sino que el legislador usando las técnicas citadas, debe aproximarse al camino que marco al tipificar la subsecuencia del cohecho pasivo.

FIGURA N°

PROPUESTA DE MODIFICACION DEL ARTÍCULO 397 QUE REGULA EL COHECHO ACTIVO GENERICO

Se ha tomado en cuenta solo las dos modalidades del cohecho pasivo propio que regulan la subsecuencia.

El que habiéndose favorecido de un acto funcional que emitió un funcionario o servidor público, en razón del cargo que ocupa, ofrece, otorga o promete, donativo, promesa, ventaja o cualquier otro beneficio, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años, ni mayor de seis años (...)

Conclusiones

1. La estructura del delito de cohecho pasivo propio se determina en merito a dos pilares: una arraigada a las bases ontológicas del ser, ligada al status o condición especial que tiene el agente criminal para que su conducta se subsuma en el tipo penal, de tal modo que solo él pueda responder por ese delito. Y, otra basada en el deber ser, que implica una actuación positiva (posición de garante, fomento y salvamento) referida al supuesto de hecho y entorno al bien jurídico encomendado por pertenecer a la Institución Administración pública. En ese sentido el delito de cohecho pasivo propio es un delito especial y de infracción de deber. Así mismo se debe tener en cuenta que el mencionado delito advierte un escenario de conexidad, en donde la conducta del funcionario o servidor aparece ligada a otra, que no es sino la acción del extraño, ello a través de verbos rectores y medios corruptores, los cuales fueron detallados en el supuesto de hecho a través de técnica de correspondencia legislativa y técnica de tipificación; en razón de los verbos rectores es que a su vez es un delito de mera actividad, de comisión activa y omisiva, en donde media el dolo en todas sus modalidades
2. La imputación que le corresponde al extraño en relación al delito de cohecho pasivo propio subsecuente, es a título de autor del delito de cohecho activo en merito a la correspondencia legislativa que existe entre ambos delitos. Es decir el extraño responde por su propio injusto al haber defraudado su deber general de actuación, ello teniendo en cuenta el principio de responsabilidad del propio injusto configurándose de este modo los apotegmas binomiales o aforismos cohechante y cohechado.
3. La conexidad delictual en el delito de cohecho pasivo propio, queda evidenciada en virtud de la técnica de correspondencia legislativa usada por el operador Estatal para ligar la actividad del *intrañeus*, con otra que pueda otorgarle una contraprestación, esta vinculación es expresa en el supuesto de hecho a través de verbos rectores y objetos corruptores, correspondientes y proporcionales entre la acción que despliega el sujeto cualificado como el no cualificado. En ese sentido el legislador pune la conducta del Funcionario o servidor en el delito de cohecho pasivo propio, y a su vez pune la conducta del extraño empero en un tipo penal autónomo como es el cohecho activo genérico, situación que no aparece positizada en relación a la subsecuencia del cohecho, hecho que trasgrede el principio de legalidad.

Recomendaciones

1. Se recomienda el uso de técnicas de tipificación para analizar la estructura de cada delito esto es tipo objetivo y subjetivo, puesto que cada tipo penal posee particularidades propias.
2. Se recomienda la creación de aforismos en la doctrina penal, puesto que ayudan a identificar a los sujetos intervinientes en el delito, en especial en los delitos de corrupción funcional.
3. En el artículo 397, que regula el delito de cohecho activo genérico, se deberá implementar un supuesto factico, correspondiente y proporcional a la modalidad delictual que se halla en el delito de cohecho pasivo propio subsecuente, esto es ‘ a consecuencia de haber faltado a ellas’, teniendo en cuenta que el término ‘a ellas’ es puesto en razón de una técnica de tipificación del legislador para vincular al Funcionario o servidor con sus obligaciones funcionariales. En ese sentido es tarea del legislador idear el ámbito de actuación del extraño, teniendo en cuenta su condición de sujeto no cualificado y su vinculación con el delito de cohecho pasivo propio subsecuente en virtud de una técnica legislativa de correspondencia.

Bibliografía

- Libros:

1. Abanto Vásquez, M. (2003). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores.
2. Aponte, A. (2005). *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
3. Álvarez, F. (2013). *Tratado de derecho penal Español parte Especial, delitos contra la administración pública y de justicia*. Valencia, España: Titant lo Blanch.
4. Aquino, E. (2018). *Reglas de Política criminal para combatir la corrupción en el Perú*. USAT, Chiclayo.
5. Arigabay Molina, J. (1972). *Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar.
6. Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones substanciales y procesales*. Lima, Perú: Instituto Pacifico.
7. Bacigalupo, E. (1998). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A.
8. Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
9. Balmaceda, J. (2014). *Delitos conexos y subsiguientes, un estudio de la subsecuencia delictiva*. Barcelona: Atelier.
10. Carranca y Trujillo, R. (1962). *Código Penal Anotado*, México: Editorial Porrúa.
11. Carrasco, M. (2002). *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. España: Editorial Comares.
12. Caro, J. (2009). *Algunas consideraciones sobre delitos de infracción de deber, en: Problemas fundamentales de la parte general del código penal*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP

13. Fernández, J. (1995). *Derecho penal fundamental*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
14. Fierro, G. Segunda edición. (2001). *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
15. García, P. (2003). *Derecho penal económico parte general*. Lima, Perú: Ara Editores.
16. Gracia, L. (2007). *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo*. Lima, Perú: Editorial Moreno
17. García, P. *Derecho Penal económico, parte general*. Lima, Perú: Ara Editores.
18. Gómez, C. (2006). *Los delitos Especiales*. Buenos Aires: Argentina: Euros Editores.
19. Hassemer, W y Muñoz Conde, F. (2012). *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: España: Titant To Blanch.
20. Hernández, J. (1996). *La autoría mediata en derecho penal*. Granada, España: Editorial Comares
21. Huerta, R. (2010). *Autoría y Participación*. Lima, Perú: Ediciones Caballero Bustamante.
22. Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho Penal, parte general*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
23. Jackobs, G. (2003). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
24. Jakobs, G. (2005). *Derecho Penal, parte general*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
25. López Barja. J. (2004). *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito*, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
26. Muñoz, F (2013). *Teoría general del delito*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
27. Muños Conde. Franciso y Mercedes García Aran (2000). *Derecho Penal Parte General*. 4ta ed. Valencia: Titant to Blanch.

28. Peña, A. (2004). *Derecho penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*. Lima: Editorial Rodhas
29. Polaino Navarrete, M. (2011). *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*. Madrid: Ed. Tecnos.
30. Ramos Mejía, Enrique (1963). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima. Buenos Aires: De Palma.
31. Reategui Sánchez, J (2009). *Estudios de derecho penal parte especial*. Lima: Perú, Jurista Editores.
32. Reategui Sánchez, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.
33. Reategui Sánchez, J (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Perú, Jurista Editores.
34. Rodríguez Puerta, M. (1999). *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de funcionarios*, Navarra: Aranzadi.
35. Rojas, F. (2016). *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Editorial Nomos & thesis
36. Rojas, F. (2000). *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos*. Tercera edición. Lima: Perú, Editorial Grijley.
37. Roxin, C. (1997), *Derecho penal. Parte general*, Segunda Edición, Madrid, España: Civitas
38. Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. Barcelona. Madrid: Marcial Pons.
39. Salinas, R. (2021). *Autoría y Participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Perú. Lima: Palestra Editores.
40. Salinas, R. Tercera edición. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Iustitia.
41. Salinas. R. (2009). *Delitos contra la Administración pública*, Editorial Iustitia. Peru: Lima

42. Sánchez, J. (2013). *Tratado de derecho penal Español, parte especial, delitos contra la Administración Pública*. Valencia, España: Titant To Blanch.
43. Silvestroni, M. (2004). *Teoría Constitucional del delito*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
44. Suarez- Mira, C. (2003). *Manual de derecho penal parte especial*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
45. Tavarez. J (2010). *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
46. Villa Stein (2001). *Derecho penal parte general*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
47. Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán*. Parte general, Chile, Santiago: Editorial Jurídica.
48. Zaffaroni, E. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires. Argentina: Editorial Ediar.
- Capítulos de Libros

49. Blanco Cordero, I. (2015). Del Cohecho. En Gómez Tomillo, M. (Dir.). *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Navarra: Aranzandi.

50. Orts Berenguer, E. (2016). Delitos contra la Administración Pública II. En Gonzales Cussac, J. (Coord.). *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

51. Zárata Conde, A. (2017). Cohecho, Tráfico de Influencias y Malversación. En Zárata Conde, A. (Coord.). *Derecho Penal Parte Especial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
 - Libros Electrónicos

52. Burgueño, L. (2009). *Injusto colectivo, con especial referencia a la responsabilidad penal por organización*. Recuperado de: https://www.academia.edu/38095311/Injusto_colectivo_Con_especial_referencia_a_la_responsabilidad_penal_por_organizaci%C3%B3n

53. Daly, Jorge L. y Navas, Oscar Darío. Corrupción en el Perú: Visión del Ejecutivo Peruano, Centrum Catolica's Working Paper Series, N° 0007, Julio 2015, recuperdo de: http://vcentrum.pucp.edu.pe/investigacion/wps/pdf/CERES_WP2015-07-0007.pdf

54. García, P. (2009). La reforma del derecho penal y procesal penal en el Perú. Anuario de derecho penal 2009. *La pena del particeps extraneus en delitos especiales*. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf
55. Gómez, V. (2003). Los delitos especiales. Tesis doctoral. Recuperado de: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/1411/TESIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
56. Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima, Perú. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf
57. Kierszenbaum, M (2009). *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de discusión actual*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
58. Montero, D. (2016). *Formulación de la teoría del injusto: La perspectiva de Juárez Tavares*. Recuperado de: [file:///C:/Users/Joel/Downloads/25246-Texto%20del%20art%C3%ADculo-64616-1-10-20160622%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Joel/Downloads/25246-Texto%20del%20art%C3%ADculo-64616-1-10-20160622%20(2).pdf)
59. Montoya Vivanco, Y et. al. (2015). Manual sobre Delitos contra la Administración Pública. Lima: PUCP & Open Society Foundations. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>
60. Peña, O. (2010). *Asociación Peruana de Ciencias y Conciliación. Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46022.pdf>
61. Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del Delito. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/16.pdf>
62. Rodríguez Vásquez, J. et al. (2014). Compendio Jurisprudencial Sistematizado: Prevención de la Corrupción y Justicia Penal. Lima, Perú: IDEHPUCP. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34129.pdf>
63. Vega, H. (2016). *El análisis gramatical del tipo penal*. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>

64. Villavicencio Terreros, F. (2019). Derecho Penal Básico. Lima, Perú: PUCP Fondo Editorial. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170674/03%20Derecho%20penal%20b%20C3%A1sico%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Artículos de Revista

65. Arismendiz, E. (febrero, 2017). La intervención delictual en los delitos especiales e infracción de deber, a propósito del decreto legislativo N°1351. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. (92), pp. 47-69

66. De la Mata Barranco, N. (2006). El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(17), pp. 81-152.

67. Granados, C. (2010). *El Injusto penal importancia de su graduación en la antijuricidad*. (198). Actualidad jurídica. pp. 130-133.

68. Granados, C. (2010). *Actualidad jurídica*. El injusto penal, importancia de su graduación en la antijuricidad Volumen N°198. pp. 130-133.

69. Jiménez, S. (Septiembre, 2014). El delito de cohecho pasivo, modalidades, consumación y flagrancia. *Actualidad Penal*. (03), pp. 204-217

70. Peña, A (Noviembre, 2016). La punibilidad de la participación del extraneus en el delito especial propio: la unidad en el título de imputación. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. (89), pp. 97- 111.

71. Pérez, J (Septiembre, 2016). La instigación o inducción en el Código Penal Peruano. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. (87) pp. 139- 150.

72. Salazar, Nelson (Marzo, 2005). ¿Pueden ser cómplices de peculado quienes no son funcionarios ni servidores públicos?. *Actualidad Penal*. (136), pp. 101-105.

73. Salinas, R. (2013). Teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Actualidad Jurídica* (40), 86-93.

- Artículos Electrónicos

74. Abanto, M. (2004). Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción de deber. *Revista Penal*, (14). Recuperado de: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>
75. Balmaceda, J. (2014). Sentencias contradictorias y delitos conexos subsiguientes. *Revista de Investigación Jurídica IUS. Volumen IV.* pp.1 - 47. Recuperado:http://repositorio.usat.edu.pe/bitstream/usat/1334/1/IUS_8_12.pdf.
76. Bacigalupo, E. (1999). La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Recuperado de: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2725_bacigalupo_teor%C3%ADa_del_dominio_del_hecho.pdf
77. Bramont – Arias, L. (1996). Teoría General del delito. *Derecho & Sociedad*, Recuperado de: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14359/14974
78. Díaz, M. (2008). Autoría y Participación. *Revista de estudios de la Justicia.* Volumen N°10. 1-156. Recuperado de: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf
79. García, P. (2009). La pena del partuipue extraneus en los delitos especiales. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf
80. Martínez, Raul. s/f. Cohecho pasivo propio, análisis del artículo 393 del Código Penal. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20191208_03.pdf
81. Moreno Elvira, A. (2014). Evolución del Delito de Cohecho y su Aplicación por parte de los Tribunales, *Universidad Pontificia de Comillas.* Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/jsui/bitstream/11531/620/1/TFG000297.pdf>
82. Plascencia. R. (2004). Teoría del delito., *Instituto de Investigaciones Jurídicas.* (192). Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/16.pdf>

83. Quesada, J. (2017). Antijuricidad Material. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. (10). Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/33905/33396>
84. Reaño, J. (2003). Error de tipo en el Código Penal Peruano. *Derecho Penal* (10). Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_10.pdf
85. Salinas, S/F. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d#:~:text=a%20los%20delitos%20de%20infracci%C3%B3n,t%C3%ADpica%20de%20de terminados%20bienes%20jur%C3%ADdicos8>.
- Tesis de Grado

86. Cabrera, L. (2016). *Delito de Cohecho pasivo específico y sus características como delito conexo subsiguiente: Una garantía para la imparcialidad en la función pública*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú.

87. Duque, A. (2015). *Aproximación dogmática al concepto de injusto penal en los delitos de peligro abstracto, una especial consideración al tratamiento jurisprudencial del tipo penal de concierto para delinquir*. (Tesis de post grado). Escuela de Administración, Finanzas e Instituto Tecnológico, Medellín, Colombia.

88. Paytan Arias, M. (2018). *Vulneración del Principio de Ultima Ratio, en las Sentencias, en Delitos de Cohecho Pasivo Impropio de Mínima Cuantía – Corte Superior de Justicia de Huancavelica – 2016* (Tesis de Pre Grado). Universidad Nacional de Huancavelica, Perú.
 - Tesis de Grado Online

89. Montes de Oca, N. (2017). *La Imprescriptibilidad en los Delitos de Corrupción* (Tesis de Pre Grado). Universidad Nacional del Altiplano, Perú. Recuperado de: http://tesis.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4203/Montes_de_Oca_Vallenas_Noe_Alexander.pdf?sequence=1&isAllowed=y

90. Sánchez Aguilar, V. (2016). Criminalidad y Seguridad Ciudadana en el Perú del Siglo XXI. (Tesis de Post Grado). Universidad del Pacifico, Perú. Recuperado de: https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1604/Victor_Tesis_maestria_2016.pdf?sequence=1

- Instrumentos Normativos

91. Código Penal de 1993

- Jurisprudencia

92. Casación 367-2011- Lambayeque

93. Casación 782-2015- Del Santa

94. Recurso de Nulidad N° 1990-2009-Lima, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Lima: 19 de agosto de 2010.

95. Expediente Judicial N° 0038-2006-Lima, emitido por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima: 05 de julio del 2011.

96. Expediente Judicial N° 0017-2007-Lima, emitido por la Corte Superior de Justicia de Lima: 05 de enero de 2012.

97. Acuerdo Plenario N° 0002-2011/CJ- 116, Lima: 06 de diciembre de 2011.

98. Expediente Judicial N° 0021-2011-Lima, emitido por la Corte Superior de Justicia, Lima: 30 de mayo del 2012.

99. Recurso de Nulidad N° 2667-2010-Arequipa, emitida por la Corte Suprema de Justicia, Lima: 11 de marzo del 2011.

100. Expediente Judicial N° 0063-2011-Lima, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, Miraflores: 15 de junio de 2010.

101. Recurso de Nulidad N° 0454-2011-Ayacucho, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia, Lima: 08 de marzo de 2012.

102. Expediente Judicial N° 1067-2012-Callao, emitido por el primer Juzgado Unipersonal del Callao de la Corte Superior de Justicia del Callao, Callao: 15 de agosto de 2013.

- 103.Recurso de Nulidad N° 2081-2012-Lima Norte, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Lima: 22 de enero de 2013.
- 104.Sentencia del Tribunal Supremo N° 0990-2013-Madrid, emitido por la Segunda Sala Penal del Tribunal Supremo, Madrid: 30 de diciembre de 2013.
- 105.Recurso de Casación N° 0819-2016-Arequipa, emitido por la Corte Suprema de Justicia, Lima: 24 de mayo de 2019.
- 106.Recurso de Apelación N° 005-2017-Huánuco, emitido por la Corte Suprema de Justicia, Lima: 09 de mayo de 2019.