



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO: ELEMENTOS CONFIGURATIVOS Y SU
PROBANZA**

“RECURSO DE NULIDAD N°1875-2015-JUNÍN”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

AUTOR: BACH. MICHELL GIANFRANCO BRICEÑO RUIZ

SAN JUAN BAUTISTA- MAYNAS-LORETO

2017

PAGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público, a las 19:00 horas del día 31 de julio del año 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



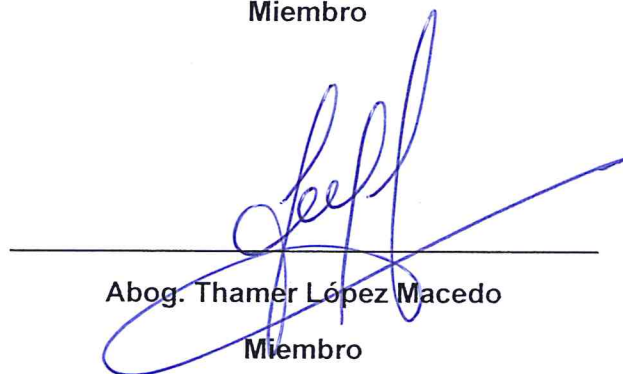
Dr. Roger A. Cabrera Paredes

Presidente



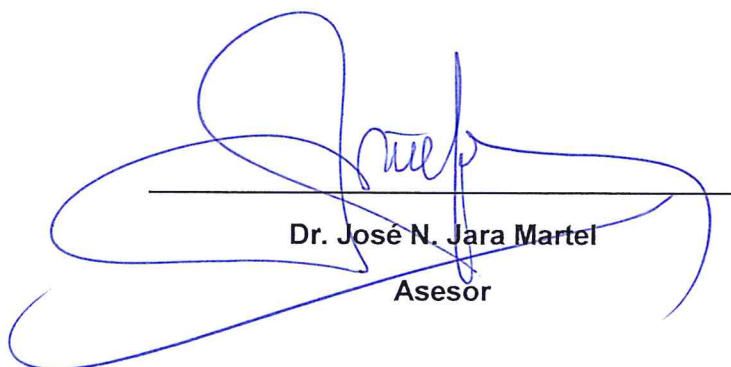
Abog. Armando Fernández Hernández

Miembro



Abog. Thamer López Macedo

Miembro



Dr. José N. Jara Martel

Asesor

DEDICATORIA

“El presente trabajo lo dedico a mi madre, hermana y sobrino por ser las personas que me motivan día a día para ser mejor persona, asimismo ser aquellos que me brindan el apoyo incondicional a todo trabajo que realizo”

El Autor

AGRADECIMIENTO

A Dios; por darme la virtud de la paciencia, tolerancia, esperanza y fortaleza para cumplir cada uno de mis objetivos que me he propuesto y, a todos los docentes de esta prestigiosa universidad que me motivaron a continuar la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas.

El Autor



FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 19:00 horas del día Lunes 31 del mes de Julio del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

MICHELL GIANFRANCO BRICEÑO RUIZ

En la modalidad de: TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO, con el tema "El Delito de Cohecho Pasivo Propio: Elementos Configurativos y su Probanza – Recurso de Nulidad N° 1875-2015-Junin"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Table with 5 columns: Indicador, Examinador 1, Examinador 2, Examinador 3, Promedio. Rows include: Dominio del Tema, Calidad de redacción, Competencia expositiva, Calidad de las respuestas, Uso de terminología especializada, Calificación final.

Calificación final (en letras) Dieciséis.

Leyenda:

Legend table with 3 columns: Indicador, Descripción, Puntaje. Rows: A Deficiente (1), B Regular (2), C Satisfactoria (3), D Optima (4).

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

Handwritten signatures of the examiners and president, each followed by the word '(Firma)'.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	1
CAPÍTULO I	2
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO II	4
2.1. MARCO REFERENCIAL	4
2.1.1. DEFINICIONES TEÓRICAS	4
2.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES	7
2.12. OBJETIVOS	51
2.12.1.OBJETIVOS GENERAL	51
2.12.2.OBJETIVOS ESPECIFICOS	51
2.13.VARIABLES	51
2.14. SUPUESTOS	51
CAPÍTULO III	52
METODOLOGÍA	52
3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	52
3.2. MUESTRA	52
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	52
3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	52
3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO	53
3.6 PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA	53
CAPÍTULO IV	54
RESULTADOS	54
CAPÍTULO V	56
DISCUSIÓN	56
CAPÍTULO VI	58
CONCLUSIONES	58
CAPÍTULO VII	60
RECOMENDACIONES	60

CAPÍTULO VIII.....	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	62
ANEXO N° 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	63

RESUMEN

El presente trabajo de investigación es referente al Recurso de Nulidad N°1875-2015-JUNÍN – CASO: GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ, sobre el delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado – Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el cual tiene como objetivo ser analizado y asimismo determinar dos elementos: 1. Si en el delito de Cohecho Pasivo Propio, se debe acreditar el acuerdo venal previo entre el funcionario o servidor público con el tercero y 2. Si se debe tener en cuenta la consistencia de la dádiva que acepto o recibió el funcionario público. Es así que surge la problemática del presente caso... ¿Cuáles son los resultados, ante la inexistencia de prueba directa sobre la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja, para la inscripción de un título en la SUNARP?, vale decir que en el Perú, el delito de Cohecho Pasivo Propio, está establecido en el Art. 393° del código Penal. Del mismo modo, el material y método utilizado es una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en el Recurso de Nulidad N°1875-2015-Junin, a través del método descriptivo explicativo, siendo un diseño no experimental ex post facto. Ahora bien, se tiene como resultado: Haber Nulidad en la sentencia de primera instancia por no haberse acreditado los elementos señalados líneas arriba y por lo tanto conllevo a la absolución de los acusados Guillermo Aponte Lavanto y Giovanni Espinoza Gómez. Entonces, las conclusiones son: que por falta de pruebas o en todo caso duda razonable debe dictarse sentencia absolutoria.

Palabras Claves:

Administración Pública, Funcionario o Servidor Público y Cohecho.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El delito de cohecho pasivo propio en agravio del estado, se describe entendiéndolo 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 sus 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 activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional, siendo una de las características de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido¹.

En el presente recurso surge el planteamiento del problema: ¿Cuáles son los resultados, ante la inexistencia de prueba directa sobre la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja, para la inscripción de un título en la SUNARP?, frente a ello es necesario recalcar que el delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

Entre los antecedentes, se pudo recopilar que en la legislación Peruana y su procesamiento en el sistema procesal peruano, con respecto a los juicios orales llevados a cabo en el Sub sistema Anticorrupción desde enero de 2011 al 30 de junio del mismo año, en cuanto al delito de Cohecho Pasivo, por el cual se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que solicita o acepta dádiva o ventaja económica para realizar u omitir un acto propio de función, se llevaron a cabo 37 juicios orales, habiéndose emitido 28 sentencias condenatorias².

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Editorial Iustitia. Perú-2016. Pág. 514

² Nueva Justicia Penal, lucha contra la corrupción y buenas prácticas internacionales. USAID. Primera Edición. Lima, Perú, 2015. Pág. 60.

En la presente investigación, se tratará del análisis de nuestra legislación peruana en cuanto a los Delitos Contra la Administración Pública, en específico del delito de Cohecho Pasivo Propio que se encuentra en el Título de Corrupción de Funcionarios del Código Penal peruano.

Resaltando la importancia de tener mayor conocimiento sobre el delito de Cohecho Pasivo Propio, para que ilustre al juez de manera adecuada sobre los elementos configurativos del tipo penal. En base a ello, las razones que tuvo el autor al elegir investigar la problemática del recurso de nulidad, es por cuanto, si el juez toma en cuenta los elementos de: la existencia del acuerdo previo o pacto venal entre el funcionario y el tercero y asimismo si tomo en cuenta que el donativo, promesa, ventaja o beneficio tiene que ser identificado.

Finalmente, el objetivo del presente trabajo de investigación es sobre “el Recurso de Nulidad interpuestos por la defensa de los encausados GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ contra la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno, del veinticinco de junio de dos mil quince, que por mayoría los condenó como cómplice primario y autor, por el delito de cohecho pasivo propio en agravio de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, por cuanto se afirmó que medio una conversación y acuerdo previo entre el registrador Espinoza Gómez y el solicitante Aponte Lavanto, al punto que el primero recibió una dádiva del segundo, a efecto de que el funcionario de la SUNARP califique el título de inscripción del contrato de transferencia de acciones y derechos de cancelación de saldo deudor, de ratificación de contrato A y D, de aclaración, que generó el número veinticuatro mil novecientos nueva guión dos mil ocho, pese a que don Espinoza Gómez no le correspondía el conocimiento del título; empero ya en segunda instancia, la Corte Suprema de la República resolvió Haber Nulidad en la primera instancia, y ordenando la absolución Guillermo Aponte Lavanto y Giovanni Espinoza Gómez, toda vez que no se determinó dos criterios: la existencia del acuerdo previo o pacto venal entre el funcionario y el tercero y asimismo si tomo en cuenta que el donativo, promesa, ventaja o beneficio tiene que ser identificado.

CAPÍTULO II

2.1. MARCO REFERENCIAL.

2.1.1. Definiciones Teóricas.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA³, describe: Que, el término de “Cohecho” es un delito que consiste en sobornar a un juez o a un funcionario en el ejercicio de sus funciones, o en la aceptación del soborno por parte de aquellos.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2016), en su libro titulado “Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública”, señala:

La palabra “corrupción” es omnicomprendiva de una serie de comportamientos que tienden a satisfacer o satisfacen expectativas de lucro u obtención de beneficios por medios indebidos, mediante la realización o el intento de realización de prestaciones.

El cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede definirse como el uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de tercero, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones⁴.

Es así, que se entiende que el funcionario o servidor público abusa de su cargo para beneficiar a un tercero, quebrantando el principio de la imparcialidad, buena fe y eficacia de la Administración Pública, no importándole violar sus obligaciones, denotando con ello el objetivo de cumplir lo pactado con el agente, porque sabe que sí lo realiza recibirá un provecho para sí.

³ Obtenido: www.dle.rae.es/srv/search?m=30&w=cohecho.

⁴ Ob. Cit p, 284-288.

OBREGÓN GARCIA, Antonio. (2014)⁵ en su tesis denominado “Evolución del Delito de Cohecho y su Aplicación por parte de los Tribunales”, señala:

La corrupción es combatida desde el punto de vista penal mediante el delito de cohecho, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, prevaricación administrativa y fraudes comunitarios (...). La razón que estriba en el mayor número de procedimientos iniciados por prevaricación es su simplicidad de demostración. Basta que se pruebe que el funcionario público ha dictado una resolución injusta, o ha incumplido un trámite esencial para que la conducta sea objeto de un delito de prevaricación. El delito de cohecho, sin embargo, encierra más connotaciones y es un sujeto de mayor discusión doctrinal. Para empezar, la figura del cohecho tiene su origen en ordenamientos jurídicos primitivos como el de la Antigua Roma. La lex Cornelia Fulvia, por ejemplo, ya ordenaba que los votos no se comprasen con dádivas o regalos.

Asimismo, cabe mencionar la distinción entre cohecho propio e impropio ha suscitado mucha discusión entre la doctrina, pues si bien autores como ORTIZ DE URBINA opinan que es el artículo 420 Código Penal Español, el que recoge los supuestos del cohecho pasivo impropio o "no corruptor" cuando el legislador castiga la exigencia o aceptación de dádiva para llevar a cabo un acto propio del cargo, otros autores como MUÑOZ CONDE consideran que es la aceptación de dádiva por el funcionario en consideración a su cargo lo que le proporciona el carácter de impropio al delito de cohecho. Algunos autores como SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ y JUDEL PRIETO abogan por una posición conciliadora de ambas corrientes, reconociendo como cohecho impropio tanto los casos en que se solicita dádiva o presente o se admite ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo o como recompensa del ya realizado, como aquellos en que se admita dádiva o regalo que le fueren ofrecidos al funcionario en consideración a su función. Esta última corriente doctrinal es la que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo.

⁵ Ob.Cit, p. 3-7

JIMÉNEZ NIÑO, Sergio. (2014)⁶ en su artículo titulado “El delito de cohecho pasivo: Modalidades, consumación y flagrancia”, señala:

El delito de cohecho (junto al de colusión) es el tipo penal “símbolo” de los llamados delitos de corrupción de funcionarios, los mismos que se encuentran tipificados entre los artículos 382° al 401° del Código Penal.

El delito de cohecho pasivo, en sus dos modalidades –propio e impropio-, requiere necesariamente que el funcionario o servidor público solicite, acepte o reciba una “contraprestación”, para, alternativamente, violar sus funciones o cumplirlas.

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL (2014)⁷, en su libro titulado “Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública” señala:

Con esta conducta se afecta un bien jurídico que, según la doctrina actual y mayoritaria, consiste en el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, el funcionamiento de la administración pública al servicio de todos los administrados en el marco de un Estado social y democrático de otros bienes (según la terminología que empleo yo: objetos del bien jurídico) como la “imparcialidad del ejercicio de la función pública”, la “legalidad en el ejercicio de la función”, el “concepto público” de la función, etc.

Tradicionalmente el delito de “cohecho” es un delito en el cual existe “bilateralidad” y “contractualidad” referidas a la función pública del funcionario corrupto. Siempre hay dos parte: una que vende y otra que compra la función pública y, al igual que un contrato, también hay una consensualidad para ello. En eso se diferencia precisamente de la “concusión” y las “exacciones ilegales”, en donde existe “unilateralidad” y un cierto elemento de “violencia” y “engaño”.

Es decir, el **delito de cohecho** puede ser también considerado como un contrato entre el funcionario o servidor público con un tercero, donde el primero pone en venta su función pública ante el segundo que es quien la compra, diferenciando

⁶ Ob.Cit, p.205

⁷ Ob.Cit, p, 825.

esta conducta con otras figuras delictivas como la Concusión y el Cobro indebido, donde el funcionario actúa como se ha dicho la “violencia y engaño”, en cambio el delito de cohecho interviene dos sujetos, es decir es un delito de intervención necesaria.

CALDERÓN VALVERDE, LEONARDO y BENAVENTE CHORRES, HESBERT (2014)⁸, en su libro titulado “Delitos de Corrupción de Funcionarios” señala:

El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado, se describe entendiéndolo 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 activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional, siendo una de las características de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa ni el acto indebido.

2.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES

2.1.2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública está conformada por un conjunto de instituciones y de organizaciones de carácter público que disponen de la misión de administrar y gestionar el estado y algunos entes públicos.

Esas instituciones u organizaciones se encuentran dirigidas por individuos y cuentan con una planta de personal notable que facilita el funcionamiento de las diversas áreas en la que normalmente se encuentra dividida⁹.

En nuestra legislación, existe una norma que reglamenta el procedimiento administrativo de las entidades públicas, norma que está regulado por la Ley N°27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, en la cual

⁸ Ob.Cit, p.204

⁹ FLORENCIA, UCHA. Administración Pública. Obtenido: www.definiciónabc.com/política/administracion-pública.php

señala en su Art. I del Título Preliminar el Ámbito de aplicación de la ley: La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Ejecutivo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado; cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado conforme a la normativa de la materia.

En base a ello, se entendería según el Derecho Administrativo que funcionario o servidor público es todo aquél que labore en estas entidades públicas.

2.1.2.2. FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

Sin embargo, de lo señalado líneas precedentes, existen diferentes conceptos de “funcionario público” en las otras áreas del Derecho e incluso en el ámbito coloquial, la técnica de prever una “definición legal” (como la peruana) o una “regla interpretativa” (como la

española) tiene la ventaja de eliminar la arbitrariedad interpretativa y asegurarse una interpretación de conformidad con los propios objetivos del Derecho Penal.

En cuanto a los elementos que deben integrar la condición de “funcionario público” para efectos penales, hay dos posiciones. La mayoría exige dos elementos: la existencia de un título (elemento subjetivo) y la efectiva participación en la función pública (elemento objetivo).

Sin embargo, es preferible el enunciado más sencillo previsto en la Convención Interamericana contra la corrupción”; “(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluido 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 jerárquicos¹⁰.

Teniendo en cuenta esto, en el derecho penal peruano define quien es funcionario o servidor público; según el Código Penal en su art. 425 del Código Penal establece: 1) Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, 3) Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos, 4) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque permanezcan a particulares, 5) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, 6) Los designados,

¹⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A, Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública, Edit.Grijley, Edic. 2014, Lima-Perú, p. 827-828.

elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o entidades y 7) Los demás indicados por la Constitución y la ley.

Inclusive, vale decir que lo estipulado en la norma penal tiene una cierta semejanza con lo estipulado en el Código de Ética de la Función Pública, Ley N°27815 la cual considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeña actividades o funciones en nombre del servicio del Estado, no importando el régimen jurídico de la entidad en la que preste sus servicios ni el régimen laboral o de contratación al que se encuentren sus sujetos.

2.1.2.3. FUNCIÓN PÚBLICA

El Comité Jurídico Interamericano de la OEA establece que la "Función Pública" es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

2.2. ANTECEDENTES.

La fuente legal nacional directa es el **artículo 349 del Código Penal de 1924 reformado por Decreto Legislativo N°121 del 12 de junio de 1981**: "El funcionario o servidor público que solicitare o aceptare algo en violación de sus obligaciones, o el que aceptare el donativo, la promesa a ventaja a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con prisión no mayor de dos años, multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por no menos de tres años".

El Código penal de 1863 ofrece una redacción diferente en su art.175:

“Cuando medie cohecho o soborno en los delitos que los empleados públicos cometan en el ejercicio de sus funciones, se les aplicará la pena correspondiente a estos delitos, aumentada en un grado; y además una multa del duplo del valor recibido o del tanto del prometido o aceptado”.

Las influencias de la legislación extranjera provienen del Código penal francés (art.177 y 178) del Proyecto de Código penal federal suizo de 1918 (art. 279), del Código penal alemán de 1871 (art. 332) y del Código penal uruguayo de 1889 (art. 173). Nuestro Código de 1924 se apartó de los modelos italianos que hablan de retribución, así como del español.

Entre los demás antecedentes que se ha podido recopilar en la presente investigación es que en nuestro país a raíz de la difusión de un video entre un congresista KOURI Y EL ASESOR PRESIDENCIAL VLADIMIRO MONTESINOS, se hizo necesario la implementación de un sistema anticorrupción que genere la creación no solo de órganos jurisdiccionales, sino además generó la creación de fiscalías y procuraduría Ad Hoc.

El sistema anticorrupción, desarrolla sus labores desde febrero del 2001 hasta la fecha con la aplicación del Código de Procedimientos Penales del año 1940, el mismo que tiene una marcada tendencia inquisitiva que fue matizándose con las modificaciones realizadas para virar a un sistema mixto (inquisitivo-acusatorio).

En ese contexto, el sistema anticorrupción que aplicó el código de Procedimientos Penales, logró emitir sentencias de especial trascendencias como son el caso FOVIPOL, caso de Oscar López Meneses, caso de Alex Kouri, caso Banco Wiese, Caso velero Karisma, caso Nicolás de Bari hermosa, Caso Bedoya de Vivanco, caso de CTS de Vladimiro Montesinos, y otros, conforme a Castañeda Otsu.

Es de precisar, que por la cantidad de procesos de corrupción llevados con el Código de Procedimientos Penales, y la falta de una adecuada logística es que no

se logró llevar a cabo un registro de información, que permita establecer estadísticas al respecto.

Ya en el año 2004 mediante Decreto Legislativo N° 957 se aprobó el Nuevo Código Procesal Penal, el mismo que entraría progresivamente en vigencia en todo el país; sin embargo en la ciudad de Lima, capital del país, se adelantó su vigencia solo para el procesamiento de los delitos de corrupción de funcionarios, razón por la cual a partir del 15 de enero del año 2011 se procedió con la aplicación de este nuevo procedimiento penal.

En este nuevo modelo procesal, se diferencia claramente tres etapas, la primera denominada investigación preparatoria a cargo del representante del ministerio Público, y que es controlada por el Juez de Investigación preparatoria, etapa en la cual deben procederse con recaudar todos los elementos de convicción de cargo y descargo para que una vez culminada referida etapa el representante del Ministerio Público pueda tomar una decisión razonada y sustentada en el sentido de formular acusación penal o solicitar el sobreseimiento y archivo de la causa.

En una segunda etapa, denominada etapa intermedia, a cargo del juez de investigación Preparatoria, se procede con un control jurisdiccional de la decisión adoptada por el representante del ministerio Público, esto es que el Juez verificará si el sobreseimiento solicitado es razonado y justificado, por lo que se debe proceder con el archivo del proceso, o en su defecto fuerza una acusación; o, por otro lado, verifica que la acusación formulada por el Ministerio Público sea coherente y merezca que pase a juicio oral, por lo que en este último caso se procede con el debate y admisión de los medios de prueba que van a ser los actuados posteriormente en un juicio oral.

En la tercera etapa, denominada juicio oral, la misma que está bajo la dirección de un juez de Juzgamiento o un juzgado Colegiado integrado por tres magistrados, en el cual el Ministerio Público está en la obligación de acreditar su pretensión punitiva, el actor civil de igual manera respecto de su pretensión indemnizatoria, las defensas de los acusados no están obligados a acreditar sus pretensiones; sin

embargo deben defenderse de la pretensión resarcitoria de la mejor manera posible.

En consecuencia, según Sánchez Velarde en el nuevo modelo procesal, ya no existe un juez instructor, toda vez que el juez pasa a ser, exclusivamente, un órgano jurisdiccional que garantiza los derechos fundamentales y procesales de las personas involucradas en la investigación probatoria, luego decide el paso al juicio oral a través del control jurisdiccional que realiza en la etapa intermedia y finalmente, otro juez, dirige la etapa de juzgamiento¹¹.

Ahora bien, cabe mencionar que la Corte Suprema de Justicia, ya resolvió casos que han sido elevados a las Salas Penales a fin de que determinen criterios en materia de derecho penal, sobre todo en el delito de Cohecho Pasivo Propio, tal y como se observa conforme al siguiente detalle:

1. Recurso de Nulidad N°1091-20004-LIMA, de fecha 22 de marzo del dos mil cinco, donde los hechos incriminatorios trataba en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez acepto el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregará un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaborador del Servicio de Inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubierto al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizado para tales fines la citada agencia de viajes, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en su calidad de cómplices.

2. Casación N°253-2013-PUNO, de fecha veinte de noviembre de dos mil catorce, donde la imputación fiscal señala, que el once de marzo de dos mil once, en la

¹¹ Nueva Justicia Penal, lucha contra la corrupción y buenas prácticas internacionales. USAID, Ob.Cit.56-57.

carretera Acora-Puno, se produjo un accidente de tránsito, colisión de dos vehículos, en uno de los cuales estuvo la ciudadano Ruth Condorena Gonzales, quien fue trasladada a la clínica "Pro Salud", siendo que las investigaciones de dicho accidente estuvieron a cargo del Mayor PNP Guillermo Luis Cahuana Moreyra. El trece de marzo de dos mil once, dos días después, el citado efectivo policial se apersonó a dicha clínica y solicitó entrevistarse personalmente con Ruth Condorena Gonzales y le exigió diez mil nuevos soles para no comprenderla en las investigaciones por el referido accidente de tránsito, indicándole que en la medida que postulaba al Congreso, no le convendría mermar su imagen y perjudicar su candidatura.

Asimismo, el Poder Judicial ha resuelto casos de Cohecho Pasivo Propio, tal y como se observa:

- 1) Exp. N°00106-2011-10-1826-JR-PE-01, mediante Resolución N°03 de fecha 15 de diciembre del año dos mil once, donde los hechos trataba, que la persona Rafael Francisco Álvarez Tejada recibió en el mes de mayo la citación N°263-2011 – DIRINCRI - AICC – DIVINCRI – ED.3 a fin de que concurra a la DIVINCRI los días 16, 17 y 18 de agosto a fin de brindar su declaración por una supuesta denuncia incoada en su contra por el presunto delito contra el patrimonio – apropiación ilícita, en agravio de Juan William Miranda Cueva, solicitando la suma de S/.1,500.00 Soles a fin de no comprenderlo en la investigación, empero Juan William Miranda Cueva finalmente entrega la suma de S/.500.00 Nuevos Soles. Siendo intervenido Rafael Francisco Álvarez Tejada por la Fiscalía y Policía Especializada el día 16 de agosto del año 2011, sin embargo no encontrándole en posesión con dicha suma de dinero, efectuaron la prueba de campo que dio POSITIVO.

2.3. COHECHO PASIVO PROPIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993, señala de forma clara quien puede ser funcionario y servidor público, incluso la responsabilidad de ellos ante la Nación, ya que es de verse en su Capítulo IV de la Función Pública, la cual establece en el art. 39.- Funcionario y Trabajadores Públicos son: Todos los que están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación, y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes de acuerdo a ley.

De igual forma, en el art. 40 señala la Carrera Administrativa que: La Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñar cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor públicos puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Por último el artículo 41 de la Carta Magna trata de la Responsabilidad de los Funcionarios y Servidores Públicos, la cual prescribe lo siguiente: Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La Ley establece responsabilidad de los funcionarios y servidores

públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

Lo descrito líneas precedentes, se puede decir que los Delitos Contra la Administración Pública, tiene base constitucional, y no alejándonos de la sección de delitos de corrupción de funcionarios también denominado como “Cohecho”, lo cual en la presente investigación se tratará del delito Cohecho Pasivo, a grandes rasgos, sancionan al funcionario que recibe, acepta, o solicita recibir de una persona una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme o contrario a sus funciones públicas, o por haber realizado anteriormente, uno de estos actos. Es decir los cohechos pasivos se encargan de incriminar solo a una de las partes intervinientes en el contexto de compra-venta de la función pública. El funcionario público.

Existen dos tipos de cohecho pasivo:

- El cohecho pasivo propio
- El cohecho pasivo impropio¹²

Entonces, ya habiendo señalado el marco constitucional de los delitos de corrupción de funcionarios, y también de haber especificado que existen dos tipos de Cohecho Pasivo: Propio e Impropio, corresponde a la presente investigación detallar la configuración solo del Cohecho Pasivo Propio, por lo cual para empezar el delito en mención se encuentra prescrito en el el Código Penal:

*Art. 393 que: “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 o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.***

¹² Manual de Capacitación para Operadores de Justicia en Delitos contra la Administración Pública, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Edit. Industria Gráfica Cimagraf, Primera Edición, Lima-Perú, Julio-2013, p.79

*El funcionario o servidor público **que solicita**, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, **será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.***

*El funcionario o servidor público **que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*

2.4. LOS MEDIOS DE CORRUPCIÓN

En la legislación penal peruana han circunscrito los elementos típicos concretadores del cohecho como el **donativo, la ventaja o promesa de donativo o ventaja, y el beneficio**, constituyéndose así en instrumentos de las diversas modalidades de cohecho que deberán concurrir como facilitadores de la conducta típica del agente.

a. El donativo

El donativo es el medio corruptor por excelencia y el más empleado. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacían una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete¹³.

Reúne las siguientes características:

- a) Materialidad.
- b) Traducibilidad pecuniaria.
- c) Transferibilidad.

¹³ SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos Contra la Administración Pública*, 2da Edición, Edt. Grijley, 2014, Lima-Perú, p.483.

- d) Orientación finalista.
- e) Idoneidad: suficiencia motivadora.

La orientación finalista como característica del donativo se refiere a que debe estar dirigido a obtener contraprestaciones ilícitas por parte del funcionario o servidor público¹⁴.

Estas contraprestaciones ilícitas por parte del agente deben ser en mérito a una motivación estrictamente patrimonial (dinero, joyas, muebles, propiedades, entre otros), ya que la conducta del funcionario o servidor público será a cambio de actos u omisiones, no siendo debido legalmente.

La suficiencia motivadora del donativo hace alusión a su poder objetivo para mover o canalizar la voluntad del funcionario o servidor hacia una conducta o resultado pretendidos. Esta característica permite establecer parámetros de interpretación y hacer diferencias entre los obsequios niños o insignificantes, que se supone carece 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 espectro de significación de esta característica de relevancia penal¹⁵.

b. La promesa.

La promesa, en cambio, se define como todo ofrecimiento de entrega futura de donativo o de realización de ventajas que incrementarán el patrimonio o favorecerán al funcionario o servidor público¹⁶.

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Edit. Nomos & Thesis, Lima-Perú-2016, p, 192.

¹⁵ Ob. Cit, p, 192

¹⁶ Ibidem, p. 293.

Entendiéndose que dicha entrega futura de donativo o de ventaja tienen que ser debidamente identificadas o precisar al menos en un futuro mediato o inmediato. Ya que, las características que debe tener esta promesa es de “seriedad y que sea posible material y jurídicamente”.

La modalidad de la promesa dirigida al funcionario o servidor público puede ser formulada directamente o por **intermedio de terceras personas (familiares o allegados)**.

El momento de la propuesta de la promesa deberá producirse cuando el funcionario o servidor tiene la 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.

Sin embargo, Ramiro Salinas Siccha¹⁷, contradice lo afirmado por Fidel Rojas, señalando que en la cual señala que lo fundamental es el vínculo que une a los actos del funcionario con la promesa efectuada.

Es decir, necesariamente el funcionario o servidor público debe asumir actos funcionales que lo vinculen con la promesa, contradiciendo el criterio de Fidel Vargas, que menciona que se debe tomar en cuenta la promesa al funcionario o servidor público incluso cuando éste ya perdió su condición funcional, encontrando solo la similitud de ambos criterios que no se requiere que la promesa se concrete, ya que el delito se configura con la acreditación de la promesa.

c. La ventaja.

La ventaja comprende a todo mecanismo corruptor que no pueda ser considerado donativo, vale decir, que no reúna las características objetivas que definen tal medio corruptor (empleos, promociones laborales, servicios, descuentos inusuales,

¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos Contra la Administración Pública, Ob. Cit. p, 484.

ascensos, información privilegiada, accesos a áreas reservadas de trabajo, etc). Posee una nota de subsidiaridad frente al donativo. El código utiliza las frases "cualquier otra ventaja" o "ventaja de cualquier clase", con las que connota la misma idea de apertura del contenido de la misma, no circunscribiéndola necesariamente a beneficios patrimoniales. La ventaja supone privilegio indebido, no merecido, por parte del sujeto público, que mueve su voluntad y lo determina o puede determinar en una dirección determinada a través de sus decisiones o resoluciones.

d. El beneficio

El beneficio es el mecanismo corruptor que ha sido incorporado por Ley N°28355 (del 6 de octubre del 2006), en la redacción modificada de todas las figuras penales de cohecho regulados en la Sección IV del Capítulo II del Título XVII (Delitos contra la Administración Pública) del Código Penal, queriéndose unir con él, el ámbito de protección del bien jurídico. Se entiende que lo que pueda ser considerado como donativo o ventajas, por criterio de subsidiaridad, será un beneficio. El tipo penal cohecho pasivo impropio agrega el calificativo de "indebido" al beneficio.

2.5. TIPOS DE COHECHO

Los artículos 393° al 401° del Código Penal vigente (reformados por la Ley N°28355 del 06 de octubre del 2004 y por la Ley N°29316 del 14 de enero del 2009), presentan la siguiente gama de tipos penales de cohecho:

- a) Cohecho pasivo propio (artículo 393), Tipo penal que admite tres modalidades.
 - 1. Cohecho mediante aceptación o recepción.
 - 2. Cohecho mediante solicitud.
 - 3. Cohecho mediante condicionamiento.
- b) Soborno internacional pasivo (artículo 393-A)
- c) Cohecho pasivo impropio (artículo 394). Tipo penal que se subdivide en cohecho por aceptación-recepción y cohecho por solicitud.
- d) Cohecho pasivo específico (artículos 395 y 396)
- e) Cohecho activo genérico (artículo 397)

- f) Cohecho activo internacional (artículo 397-A) Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.
- g) Cohecho activo específico (artículo 398)

El Código Penal ha incorporado también en la Sección IV "Corrupción de Funcionarios", además de los clásicos delitos de cohecho, tres figuras de corrupción:

1. Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido de Cargo, (artículo 399)
2. Tráfico de influencias (artículo 400)
3. Enriquecimiento ilícito (artículo 401)

Que si bien no tienen en su estructura típica las conductas "solicitar" o "aceptar" propias de los tipos de cohecho, si poseen –los dos últimos- identidad con estos en cuanto a los mecanismos de corrupción que entran en juego para integrar la tipicidad del delito: donativos (enriquecimiento ilícito), donativo, promesa o cualquier otra ventaja (tráfico de influencias).

De igual forma, mediante Ley 28355 del 06 de octubre del 2004 ha sido reubicado el delito 396-A denominado Corrupción de funcionarios en programas de apoyo social, a la sección de los delitos de Abuso de Autoridad, como Artículo 376-A denominado Abuso de autoridad condicionado ilegalmente la entrega de bienes y servicios.

Asimismo, de acuerdo al Decreto Legislativo N°1243 publicado el 22 de octubre del 2016, se advierte que se modificó el artículo 393-A, **por cuanto la inhabilitación es incorporado como pena accesoria.**

Asimismo, mediante Decreto Legislativo N°1351, publicado el 07 de enero del 2017, ha sido incorporado los artículos 395-A, 398-A y 398-B del Código Penal en el cual incorpora los delitos referentes a la función policial y la pena accesoria de inhabilitación.

2.6. ELEMENTOS OBJETIVOS

2.6.1 SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo del delito de cohecho cualquier funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso los jueces, fiscales, árbitros o miembros del tribunal administrativo (...) ¹⁸.

El cohecho pasivo propio puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público que tenga competencia para practicar actos funcionales o de servicio, a diferencia del cohecho pasivo propio específico (artículo 395° del Código Penal), en el cual el sujeto activo del delito está expresamente designado por la norma penal: magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo y otros. ¹⁹.

No puede ser sujeto activo el particular, pues se trata de un tipo especial propio de infracción de deberes funcionales imputable sólo al funcionario o servidor. Vale decir, que otra de las diferencias que se encuentran en el art. 393 y 395, es que la primera el funcionario o servidor viola sus obligaciones inherentes a su cargo a cambio de una contraprestación ilícita en cambio de la segunda el magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de Tribunal Administrativo o cualquier análogo a los anteriores que influye o decide un asunto sometido a su competencia.

2.6.2 SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado.

2.6.3 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal implícito en las normas penales que regulan los tipos de cohecho pasivo y activo es, en sentido general, garantizar el correcto

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Edit. Nomos & Thesis, Lima-Perú-2016, p, 284-288.

¹⁹ Ob. Cit. 303

funcionamiento y el prestigio de la administración pública, y más específicamente –para varias modalidades de corrupción- asegurar el principio de imparcialidad que debe guiar la conducta funcional de los sujetos públicos. La imparcialidad en el ejercicio funcional significa que la toma de decisiones y, en general, los actos funcionales de los funcionarios y servidores públicos debe hallarse al margen condicionalmente externos o presiones ilegales, fundamentalmente patrimoniales, que los desnaturalicen.

2.6.4. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: **acepte, reciba, solicita y condiciona**, empleados alternativamente esto es como modalidades autónomas de cohecho. Cualquiera de estas acciones perfecciona el delito de cohecho al ser conductas alternativas, vale decir la norma no requiere que se den todas o varias de ellas juntas para configurar tipicidad.

El comportamiento descrito es exclusivo para aquellos funcionarios y servidores públicos, cuyo acto que realiza u omite es de competencia funcional, claramente de una negociación ilícita (pacto corrupto), vale precisar que según PEÑA CABRERA²⁰ señala que, si alguien no tiene competencia legal, no comete el delito in examen, sino será de usurpación de funciones o estafa.

VERBOS RECTORES

Habiendo señalado líneas anteriores los verbos rectores, es válido tener que definir cada uno de ellos, los mismos que se encuentra en párrafos separados.

- a) **Aceptar** es la conformidad o complacencia verbal frente a la propuesta de donativo o ventaja, o a la promesa de donativo o ventaja.

²⁰ PEÑA CABRERA, Alonso R. "Delitos Contra la Administración Pública", Primera Edición, Edit. Actualidad Gubernamental, Instituto Pacífico, Octubre-2016, p.478

- b) **Recibir** es la recepción física del donativo o concreción de la ventaja. En ambos casos se tratará de un cohecho de convergencia entre sujetos o agentes de delito que serán calificados normativamente con base a tipos penales distintos: por cohecho pasivo mediante aceptación o recepción, el funcionario o servidor público; y cohecho activo el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Estamos así ante la primera gran modalidad de cohecho activo el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Asimismo, estamos frente a la primera modalidad de cohecho pasivo propio en la que la acción imputable al sujeto público (resultado de complacencia y resultado de recepción de donativo o concreción de ventaja) es la respuesta a una acción previa de competencia de terceras personas.
- c) Por **solicitar** se entiende el pedido hecho a un tercero, por parte del funcionario o servidor, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro donativos o ventajas, a cambio de una contraprestación funcional (la venta de actos inherentes a la cosa pública) que le sea favorable o menos perjudicial.
- d) **Condiciona** patrimonialmente sus actos (cohecho mediante solicitud) para emitir sentencia prevaricadora, para otorgar indebidamente una licencia de construcción de local industrial, para no ordenar un mandato de detención siendo ello procedente, o en el caso del policía que requiere donativo para no colocar una papeleta al conductor de vehículo motorizado que infringió la señal de luz roja; o el funcionario que acepta soborno para favorecer ilegalmente en una licitación, el alto funcionario que recibe dinero para vender o por la compra de votos en el congreso.

ELEMENTOS FINALÍSTICOS: PARA REALIZAR U OMITIR

Los comportamientos típicos previstos en el artículo 393 integran tres supuestos de hecho de ilicitud penal:

- a) Aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para **realizar** un acto en violación de sus obligaciones.
- b) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para **omitir** un acto en violación de sus obligaciones.
- c) Aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja **a consecuencia de haber faltado a sus deberes**. Cada supuesto a su vez comprende diversas modalidades específicas de comisión delictiva.

Todas estas hipótesis deberán estar vinculadas a actos, en general, inherentes a la función o servicio del sujeto activo, pues de tratarse de prestaciones que no ingresan al ámbito de competencia de funcionario o servidor el supuesto de hecho imputado dejará de ser delito de cohecho pasivo propio para configurar otros ilícitos penales tales como tráfico de influencias, estafa o participación en cohecho. Finalmente, implica un recíproco intercambio de prestaciones donde el sujeto activo se beneficia con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del concurrente en el delito, mientras que este último obtiene provecho del acto funcional o de servicio realizado u omitido por el funcionario o servidor público.

A) Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones.

Los comportamientos pasivos alternativos de aceptar o recibir el donativo, promesa, ventaja o beneficio por parte del funcionario o servidor público son las premisas (primer momento del comportamiento típico), que valoradas por el

legislador con el mismo disvalor de injusto deben ocurrir previamente para que, y como efecto de las mismas (con un matiz ampliado en el caso de recibir), se plantee la posibilidad que se produzca la realización de un acto oficial que constituya violación de obligaciones. Como indica correctamente BERNAL PINZÓN debe existir una vinculación entre la aceptación del medio corruptor y el acto que se espera realice el funcionario. La frase “para realizar” alude a dicho nexo de reciprocidad entre el medio corruptor y la realización del acto ilegal y pone de manifiesto el carácter finalista de los actos. De no reproducirse esta vinculación necesaria no estaremos ante conducta penalmente relevante del delito de cohecho, pues en el supuesto indicado faltará el conocimiento recíproco de la finalidad buscada o pretendida con la puesta en juego de dicho mecanismo, más allá de que el caso constituya un ilícito administrativo, o pueda adquirir tipicidad de un delito patrimonial.

Realizar un acto en violación de sus obligaciones, implica la infracción o quebrantamiento de los mandatos que nacen del cargo, puesto, función, oficio o empleo (no restrictivamente o solamente derivados del cargo) por parte del agente (funcionario o servidor público), lo que significa, además de la vulneración del principio de imparcialidad, obviamente una deslealtad para con la administración pública, entendida no en sentido estrictamente ético o reduccionistamente con relación a las instituciones u órganos públicos, sino para con el contenido funcional y la razón misma de existencia de la administración pública, esto es, sus destinatarios: los habitantes del país.

La palabra “obligaciones” está por una serie de imperativos reglados que nacen de la función, cargo, empleo o delegación desempeñados, más no así con base a consideraciones morales o exclusivamente sociales, menos a expectativas de deberes. Manuel Abastos señala que “los actos ejecutados u omitidos por el funcionario deben ser actos propios de su cargo o constituir violación de las obligaciones anexas al mismo. El ámbito de competencia del cargo, empleo, etc., es decir, las funciones, roles y cometidos inherentes, delimita así el contenido de la ilicitud por cohecho del acto imputable al funcionario o servidor público.

Aceptar y recibir son verbos que denotan actitud expectante, pasiva, dado que aquí el funcionario o servidor público no ha tomado la iniciativa. El origen de la acción ha sido promovida por un tercero, lo que explica que en la formula actual del delito merezcan menor penalidad que los comportamientos que se agrupan en torno a los verbos solicitar y condicionar.

En el campo de la aceptación conforme precisa VALEIJE ALVAREZ, el funcionario recibe del particular una declaración de voluntad mediante la cual éste se compromete a dar, hacer o decir algo contrario al cargo, sino que también puede obtener en el acto una retribución de carácter inmaterial; esto es, prestaciones que no son susceptibles de transferencia material.

Recibir donativo, es así sinónimo de admitir, asumir e incorporar voluntariamente, el medio corruptor, en el patrimonio propio, lo cual supone un desplazamiento del patrimonio o ventaja del que da al que recibe, mediante un acto de disposición por parte del que da. Sin embargo, basta con que lo haya recibido.

Tanto aceptar como recibir son comportamientos que han sido configurados por el legislador como acciones de realización directa, es decir deberán ser ejecutados y realizados – por los mismos imputados- por el sujeto obligado (vinculado con el bien jurídico), no siendo suficiente que terceros actúen a su nombre dominando el hecho. Vale decir son acciones de competencias del propio funcionario o servidor.

Como resulta obvio se ha comprometido dolosamente la función o el servicio público, afectando la imparcialidad de las prestaciones oficiales, al someter a precio el ejercicio del acto funcional o de servicio, al margen de que con ello no haya mejorado su situación económica o patrimonial el funcionario o servidor público –lo cual es irrelevante- e, incluso haya mejorado en parte la de algún sector de la administración. En todos los casos al vulnerarse o ponerse en peligro el bien jurídico habrá que considerar configurado el cohecho, salvo que

se pueda admitir errores de tipo invencible-vencible, o en su defecto de prohibición invencible en determinados casos. No resulta correcto, a mi entender admitir la concurrencia de una causa de justificación.

Violación de las obligaciones del sujeto especial significa entonces la transgresión, el quebrantamiento de imperativos de naturaleza constitucional (para los casos del alto funcionario), de marcos pautados de comportamiento funcional (en sentido amplio), que se encuentran en leyes, normas administrativas y reglamentos que regulan y establecen los actos de competencia, así como de los procedimientos de actuación funcional del sujeto acto especial, en sentido amplio interno y externo (la violación de obligaciones de relevancia penal puede producirse tanto al interior de las instituciones de la administración pública comprometiendo al personal, como en conexión con particulares, que define un contexto de externalidad a la administración). Esta violación puede, como no también, efectivizarse en su sentido de resultado material sin que por esto deje de producirse el ilícito penal.

La especial configuración de la frase “para realizar u omitir” que contiene la norma peruana de cohecho pasivo no condicional la consumación del delito a que necesaria y efectivamente el funcionario o servidor público además de haber violado sus deberes generales de garante al aceptar, recibir y también solicitar donativo o promesa, tenga necesariamente que cumplir con la contraprestación de violar sus obligaciones; como tampoco –a contrario sensu- la reduce a la sola aceptación – recepción del mecanismo corruptor, si es que ella no está asociada, con probables o reales actos que van a comprometer o vincular a la función o servicio, es decir, a la administración pública en tanto bien jurídico.

Es fútil establecer relaciones de proporcionalidad entre lo aceptado o recibido (válido también para lo recibido) y la realización del acto funcional, como señala CREUS, lo que interesa es que el donativo o ventaja “constituya el

precio” de la actividad o inactividad del funcionario o servidor, no en su cuantía económica, sino en sus implicaciones de venalidad y corrupción²¹.

Sin embargo, el Juez debe tener muy cuenta que no se debe reprimir como actos de corrupción la aceptación de dádivas intrascendentes (por ejemplo, la entrega de un cigarrillo o una manzana).

Variante del primer supuesto delictivo: aceptar o recibir donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones.

La finalidad buscada a través del donativo, promesa de donativo o cualquier ventaja es, a diferencia del supuesto anterior, la realización de los actos funcionales, el rehusamiento, el retardo, o la realización de actos distintos a los debidos. Como ya se ha indicado en líneas anteriores, la omisión penalmente relevante no sólo se reduce a la inacción o inactividad, es también omisión el hacer algo opuesto o distinto a lo debido, lo cual tiene los mismos efectos que la omisión simple consistente en no hacer.

La omisión del acto tiene que estar circunscrita al ámbito de competencia del funcionario o servidor, es decir, tratarse de actos que él esté obligado a realizar o cumplir. En consecuencia si omitir actos que no se hallan en el campo de su competencia, el hecho será atípico de cohecho pasivo propio por omisión.

Segunda variante del primer supuesto delictivo aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a ellas (obligaciones)

El funcionario o servidor público ha practicado (realizado u omitido), ya antes de recibir el medio corruptor, determinados actos de su función o cargo, que han implicado el faltamiento a sus deberes. Estamos, así frente al cohecho pasivo

²¹ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Cuarta Edición, Edit. Grijley, 2007, p. 678-685

propio subsecuente, pues los donativos, promesas o ventajas se materializan y llegan al funcionario o servidor público como una lógica e ilícita consecuencia de sus actos desarrollados con antelación. No hay aquí solicitud por dicho sujeto especial.

En este supuesto de cohecho subsecuente el servidor o funcionario puede incluso haber cesado en el cargo o funciones, pero deberá mantenerse –para ser imputable el hecho- el vínculo de causalidad de lo recibido con el acto violatorio practicado durante la vigencia del cargo público, requiriéndose en este caso concierto o acuerdo previo.

Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente, donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.

El legislador ha independizado en un subtipo a parte la acción de solicitar que en la redacción original iba junto a la “recibir”. 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. Resulta en esta perspectiva más dañino para las valoraciones sociales y más lesivo al bien jurídico protegido el hecho que un funcionario se atreva a requerir donativo, ventaja o beneficio, tome la iniciativa al implicar ello un compromiso mayor en el quebrantamiento de los roles especiales del agente, lo que amerita el trato punitivo superior en relación a las simples conductas pasivas señaladas.

Merece poner atención en la circunstancia que la solicitud de donativo u otro medio corruptor que le dirige el sujeto público a un tercero no debe suponer una coacción o forzamiento de la voluntad de éste, pues con ello se desnaturaliza los alcances del tipo penal, configurándose más bien ello una concusión o de acuerdo a las características concretas que rodean el caso de extorsión. La solicitud, para ser típica de cohecho pasivo debe dejar intacta la opción de negarse que tiene el destinatario ante el requerimiento formulado.

Basta entonces que la petición llegue a su conocimiento en términos de que es la propuesta dolosa que el sujeto público le dirige como regla de juego o línea de comportamiento frente a un asunto de naturaleza administrativa que es de su conocimiento. Es notoria la venalidad de agente que transgrediendo sus deberes funcionales, somete a precio el principio de imparcialidad. La conducta u opción que adopte el destinatario que toma conocimiento de la propuesta es indiferente para articular tipicidad objetiva.

Asimismo, es de importancia por sus implicancias para la racionalización de la interpretación detenernos en el rol del hombre de destino, aquel a quien le ha sido dirigida la solicitud de donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio. Las opciones de interpretación trabajan con varias variables: a) No toma conocimiento de la solicitud, por razones diversas, ello tendrá como consecuencia que no se pueda articular la acción con la orientación final de la conducta, haciendo insuficiente la tipicidad del cohecho, otros en una posición extrema querrán ver aquí una tentativa; b) Toma conocimiento asumiendo una actitud de negativa a los requerimientos del sujeto público, el delito se habrá consumado pese a que no se entabló el acuerdo, el rol del extraneus es de conformidad a derecho, c) Por temor se aviene a entregar o prometer el medio corrupto; el delito ya se ha consumado con la solicitud, no queda duda que criminalizar este comportamiento del extraneus sería un despropósito, pues resulta una víctima de las pretensiones ilícitas del sujeto público infractor; d) Acepta la solicitud y se aviene a entregar u ofrecer mecanismo corruptor, el delito ya se ha consumado con antelación con la solicitud eficaz. Toca aquí establecer si adquiere relevancia penal el comportamiento asumido por el particular o extraneus, son dos las posiciones principales al respecto, debe quedar impune, puede ser comprendido como cómplice del delito. La primera posición parte del argumento que si ya se consumó el delito no podría reprimirse al particular que acepta, promete o entrega el medio corruptor, su comportamiento debe ser impune. La segunda posición recoge el criterio de las contribuciones de ambos sujetos (el público y el particular) a la lesión del bien jurídico. La dificultad en este punto es el título de imputación valedero, ya que no se trata de que el particular haya cometido un cohecho activo, pues la

acción típica es de dominio o control social del funcionario o servidor, tampoco podría ser considerado coautor dada las imposibilidades de infringir deberes de función o servicio, igualmente se advierte problemas si la imputación es a título de complicidad pues habría decidido la consumación y ello no es propiamente característica de la participación²².

De igual forma, se recoge de la doctrina cuando se dice que se trata de un acto unilateral del funcionario y el delito se consume por la mera solicitud del funcionario, sin que sea precisa la aceptación del tercero, que si acepta será responsable de su propio delito. Basta acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto transgrediendo sus deberes funcionales.

El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido – que podría entenderse como una actitud activa – no le quita el calificativo de “pasivo” en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la recepción de los objetos materiales corruptores, sostuvimos que la definición como cohecho pasivo, no tiene que ver con una actitud neutra del funcionario, sino con la forma de cómo ingresan a la esfera de custodia del intraneus los medios corruptores²³.

Vale decir, que esta solicitud puede ser directa o indirecta, la primera claro está que el funcionario de manera vulgar y desnuda solicita al particular un donativo, promesa o ventaja económica indebida, en cambio se podría considerar disfrazada, ya que es encubierta, revestida de ciertas características que intentan esconder el verdadero propósito de la solicitud: “entablar un pacto corrupto”. Es decir, el legislador analizó los casos en que el funcionario pudiera solicitar a un particular a través de insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles, silencios, gestos sugerentes que pueda

²² ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Ob. Cit., 690-691

²³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos –Parte II, Ob. Cit., p.478.

hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular.

Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional delictiva del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

Esta modalidad de cohecho fue incorporada expresamente por la Ley 28355, teniendo como base la serie de comportamientos practicados por determinados funcionarios, básicamente del medio judicial, cuyo comportamiento rebasaba los alcances significativos o literales posibles de la solicitud y que no eran adecuadamente subsumidos por la concusión en concurso con el cohecho. Comportamiento que consiste en entronizar en la representación mental del litigante o persona que tenía un caso en la administración pública, la idea que la solución o avance del proceso estaba supeditado a la entrega del donativo o ventaja o su promesa de entrega (donativo) o concesión (ventaja). No era ya la simple solicitud o exigencia de medio corruptor sino que el dolo del agente público hacía uso de un reforzante subjetivo que comunicado al interesado condicionaba el acto funcional o de servicio. Asunto de por sí excepcionalmente desvalorado e insoportable en el obligaciones que posee el sujeto público para con la administración pública como en relación a los usuarios del servicio o función.

Condicionar, en tanto forma de coacción, es hacer depender caprichosa y patrimonialmente de la voluntad del funcionario o servidor público el desenlace del acto funcional o de servicio al cual está obligado por razón de su cargo o empleo el sujeto público. Lo cual adquiere ribetes de una tergiversación y desnaturalización inadmisibles de la orientación neutral, objetiva e imparcial de la administración pública y de las atribuciones del cargo. Esto explica el nivel de mayor injusto del hecho y el grado más severo de la pena conminada.

En pocas palabras el verbo condicionar, denota que el agente afirma al tercero que si le entrega un donativo realizará el acto funcional en su beneficio; en cambio, si no le entrega el donativo, realizará el acto funcional en su perjuicio.

Las condiciones que fija o establece el agente para cumplir con sus funciones constriñen la voluntad del afectado colocándole en una situación disminuida y de opresión que el derecho penal no puede tolerar. No se trata de una violación física, pero sí es un constreñimiento explícito de la voluntad del afectado.

La concreción del donativo o la promesa no consuman el tipo penal, pues éste se perfecciona con el simple acto de condicionar o hacer depender la función o el acto de servicio de la entrega o promesa de donativo o ventaja para el funcionario o servidor.

Deberá entenderse que no se trata de que el agente viole las obligaciones regladas de su cargo, sino que las somete en forma abierta y desembozada a precio, de modo que si el afectado cumple con la condición puesta el funcionario o servidor ejercerá recién sus deberes funcionales o de servicio. Se aprecia de este modo que el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones nacidas del cargo o en general del ámbito de competencia reglado ha sido sometido a condición suspensiva dolosa por el agente. Con lo cual no estamos en propiedad en el ámbito de un cohecho propio o impropio sino es un evidente abuso de autoridad con finalidad patrimonial.

2.7. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal de cohecho pasivo propio en todas las modalidades de comportamiento ilícito es necesariamente doloso. El dolo supone que el funcionario o servidor interviene actuando u omitiendo un acto oficial en violación de las obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa o ventaja, con voluntad y conciencia. Es suficiente el dolo eventual en las conductas estrictamente pasivas (modalidades de recibir o aceptar); requiere dolo directo en las modalidades de solicitar y condicionar.

El **dolo** supone que el funcionario o servidor público conozca los elementos del tipo en juego, esto es que está aceptando o recibiendo de un tercero un medio corruptor

que se orienta a logro de él prestaciones de función o servicio, de modo que el dolo cubre tanto el comportamiento del sujeto público como la procedencia del medio corruptor, no así la voluntad de cumplir con la contraprestación. La ignorancia acerca de los motivos que explican la presencia del donativo o la promesa, o la ligereza en aceptar donativos sobre los cuales se desconoce su finalidad corruptora abonará hipótesis de atipicidad subjetiva, pues en dicho supuesto calificarlo de cohecho pasivo supondría abrir desmesuradamente la tipicidad, pasando por alto que el caso puede mejor sustanciarse en vía administrativa que la penal, por naturaleza fragmentaria. Caben asimismo otras situaciones de error de tipo.

Las modalidades de cohecho caracterizadas por la solicitud y el condicionamiento son de dolo directo, pues las características propias de la acción y los reforzantes de la voluntad delictiva no posibilitan que se puedan configurar con dolo eventual.

2.8. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma en forma distinta dependiendo de la específica modalidad de cohecho pasivo de que se trate.

En el primer supuesto de hecho delictivo: ***aceptar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para realizar u acto u omisión en violación de obligación***, la consumación se produce con la complacencia que pone de manifiesto el sujeto público, es así un tipo penal de simple actividad y de peligro para el bien jurídico. La aceptación de la promesa, el simple pacto o concurso de voluntades (el pactum sceleris) perfecciona la figura penal. Con la modalidad de cohecho antecedente no existen problemas de interpretación, donde sí se aprecia una dificultad es en el cohecho pasivo consecuente o subsecuente, pues el legislador ha seguido empleando el verbo “aceptar” para configurar el verbo rector, con lo cual habría que interpretar que aceptar es admitir el ofrecimiento, lo cual constituye un despropósito ya que estamos ante una variante en la cual el sujeto público ya ha violado sus obligaciones, supuesto en el cual la aceptación no es el verbo rector adecuado para dar cuenta de dicha acción sino el “recibir”, salvo que para esta sola hipótesis haya

que darle significado de recepción a la aceptación. Es forzado admitir la hipótesis del cohecho pasivo subsecuente mediante aceptación de promesa.

En el supuesto que tiene la recepción (recibe) como acción configuradora de la conducta típica, a diferencia de lo que acontece con la aceptación se está frente a un delito de resultado, pues se hace necesario aquí la entrega y toma del donativo o del aprovechamiento, por parte del agente de la concesión de la ventaja. En las dos modalidades aludidas acepta y recibe se ha afectado la imparcialidad de la administración pública.

La modalidad de cohecho pasivo que se concreta mediante el verbo rector ***solicitar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para realizar un acto u omisión en violación de obligaciones, o a consecuencia de haber faltado a ellas***, es de simple actividad, importando por lo mismo una puesta en peligro para el bien jurídico. El delito se consuma con la ejecución del acto de solicitar no importando la complacencia (concurso de voluntades) o negativa del destinatario de la solicitud, bastando que ésta llegue a su destino. Se trata así de una variante de cohecho pasivo propio que pone en peligro el bien jurídico imparcialidad en el desarrollo de las funciones y servicios públicos.

El cohecho pasivo mediante **condicionamiento** es igualmente un delito de simple actividad.

Como es notorio observar estamos ante una figura penal de gran complejidad por la diversidad de modalidades delictivas contenidas en su redacción típica que combinan comportamientos pasivos activos y omisivos, de actividad-peligro y de resultado, así como modalidades de concurrencia perfecta e imperfecta. Es difícil jurídicamente que se presente la tentativa en los cohechos pasivos propios de simple actividad (se agotan en el acto ejecutivo de aceptar y en el de solicitar); teóricamente cabe admitirla si el acto resulta fragmentable en tiempo y espacio (tratativas, aprestamientos) pero su relevancia a nivel de injusto penal será mínima, o como dice MORALES PRATS, "no alcanza el mínimo de ofensividad para el bien jurídico que reclama la tentativa. Posición que igualmente suscribe OLAIZOLA NOGALES, quien luego de considerar a los actos de tentativa de cohecho como comportamientos que

mantienen lejanía con relación al bien jurídico protegido, concluye que dichos actos no tiene el suficiente desvalor para ser castigados en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho Penal, ni suponen un ataque al bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerados penalmente relevantes. Los actos preparatorios de cohecho pasivo son irrelevantes penalmente, pues no ingresan a la esfera de la ejecución, además de presentar evidentes equivocidades.

Cabe indicar finalmente que no cualquier medio corruptor es típico para consumir el delito, deberá tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. En efecto, quedan descartados las cosas insignificantes y los presentes afectivos (retratos, flores, prendas de escaso valor, etc), así como los donativos sin relación de causalidad con los actos de función o servicio, esto es, actos de prodigalidad de oferentes que no mueven ni motivan la voluntad decisional del funcionario público o se hallan al margen del interactuar jurídico penal. No habrá delito sino hay mecanismo corruptor, los actos funcionales que incumplen obligaciones, activa u omisivamente, con base a motivaciones distintas tales como ruegos o súplicas, por odio o simpatías, amor o compasión, venganzas o adherencias políticas, religiosa o filosóficas son inidóneas para definir mecanismo corruptor, por lo mismo delito de cohecho.

2.9. PARTICIPACIÓN

Cabe la participación de particulares o de sujetos públicos que aportan actos de intermediación (complicidad) o de instigación a la comisión del delito, en este último caso cuando terceras personas (los inductores o determinadores) forman la voluntad de cohechar en el sujeto público. El papel del tercero cooperador, es decir, del intermediario que facilita la comisión del ilícito penal y que aporta actos de cooperación por delegación o por cuenta propia, ya seleccionado a la víctima (hipótesis de solicitar), llevando la propuesta al destinatario, recogiendo la dádiva o recibiendo la promesa para el sujeto público, beneficiándose personalmente o no, es de gran importancia en este tipo de delitos en los que generalmente no figura personalmente el funcionario o servidor en los arreglos o conciertos y que puede configurar contextos de actividad criminal organizada. No obstante, se hace a través de indicios suficientes- de no existir medios probatorios tradicionales a través de indicios suficientes- la vinculación de relevancia penal entre el sujeto intraneus y los

partícipes, de modo que supere el espacio de duda razonable que usualmente se presentan en dichos casos. Obviamente que, de acuerdo a la construcción normativa peruana de cohecho pasivo, no será cooperador quien concurre al delito de calidad de contraprestador, vale decir la persona distinta al sujeto público que solicita o acepta.

La complicidad que ofrece los variados supuestos de cohecho que plantea la norma penal admite también hipótesis de utilización (autoría mediata), por parte de los sujetos públicos, de instrumentos que contribuyen materialmente a ejecutar el delito, actuando en un contexto de acción desprovista de dolo (personal administrativo, asistentes, practicantes que son manipulados para recepcionar las dádivas o como mensajeros para hacer llegar lenguajes explícitos o cifrados de entendimiento para el destinatario, etc).

El destinatario de la solicitud hecha por el agente público no puede ser reputado ni autor ni cómplice por cohecho pasivo propio, a si convenga con la petición. Aquel que proporciona u otorga el donativo o la ventaja tiene inclusión típica en el art.399 (cohecho activo). En todo caso deberá analizarse con diligencia los motivos que tuvo el concurrente para dar u ofrecer, para descartar la relevancia penal de sus actos. (temor reverencial, creencia infundada de la licitud del acto, estado de necesidad, etc) o para afirmarla.

Los funcionarios y servidores que carecen de competencias para practicar u omitir los actos requeridos por el concurrente, pueden concurrir como cómplices de cohecho del funcionario competente. Los terceros beneficiados con conocimiento de la ilicitud de los donativos pueden responder igualmente a título de complicidad, según que haya o no producido aportes al proceso ejecutivo del delito o, de ser el caso de inductores²⁴.

En la doctrina nacional, se dice que el sujeto activo del delito de cohecho pasivo propio es el funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia en

²⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Ob. Cit., 697

razón del cargo o de la función. Empero, si quien conoce del caso concreto avacado a su competencia funcional, como juez fiscal, arbitro o perito, la conducción típica se desplaza al art. 393 del CP.

Puede admitirse una coautoría cuando los funcionarios o servidor público comparten legalmente una determinada función, y así infringen el orden legal recibiendo ambos una ventaja indebida.

Si solo aquel que detenta la función pública puede ser autor –a efectos penales- no podrá admitirse una autoría mediata –desde afuera-, pues el particular nunca estará en posibilidad de quebrantar los deberes exclusivamente funcionariales; pero si el hombre de atrás es también un funcionario público, que comparte esferas de competencia legal con el hombre de adelante, quien recibe la coima y realiza un acto de violación de sus deberes funcionales, podrá decirse que obra sin dolo, siempre y cuando se den circunstancias particulares, de que el donativo forma parte del ingreso legal de bienes de la Administración. No obstante, debe reconocer también que está actuando en contravención a sus deberes legales, lo que en realidad es muy difícil de admitir. Pasando por alto las dádivas o las promesas, de todas formas el comportamiento del intraneus, habría de ser reputado como abuso de autoridad.

Desde el marco de las causas de justificación, se podría decir que el subordinado podría estar exento de responsabilidad, vía la obediencia debida, cuando el superior jerárquico le ordena realizar un acto en violación a sus obligaciones funcionales, como consecuencia de una coima, lo que también debe desdeñarse porque acá estamos frente a una conducta manifiestamente antijurídica.

Pueden intervenir otras personas en la negociación ilícita entre el funcionario y el particular, no siempre el funcionario público recibirá la coima de propia mano. Así el juez que envía a su auxiliar a recibir el dinero; en este caso, se configura un acto de complicidad, siempre que el subordinado actúe dolosamente. Los intermediarios (terceros) que intervienen en el decurso del iter criminis, serán responsables como cómplices, empero, si ellos reciben el dinero por parte del funcionario público, cuando

aquel ya consumó el acto ilegal, ya no se admiten formas de participación delictiva, por lo que podrán responder como autores de lavado de activos²⁵.

2.10. COHECHO SEGÚN EL DERECHO COMPARADO.

Nuestro último cuerpo normativo sustantivo, como es el Código Penal, ha sido aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 de fecha 08 de abril de 1991 y contiene 452 artículos, siendo que a abril del año 2014 ya contaba con más reformas que su propio articulado, esto es 501 reformas, la mayor cantidad de las mismas han estado orientadas a modificar su articulado incrementando el quantum de las penas. El segundo bloque de reformas ha implicado la incorporación de nuevos artículos con la criminalización de nuevas conductas y con la adopción, entre otros, de normas más objetivas para la determinación de la pena y el recorte de normas de Derecho Penal premial. Finalmente, el tercer conjunto de reformas han implicado la derogación de los dos primeros bloques (Dictamen Comisión de justicia y derechos humanos período anual de sesiones 2014-2015).

Las reformas parciales al Código Penal han generado que la sistemática adoptada en 1991 se haya quebrado y no tenga concordancia, propiciando, entre otros, desproporción de penas en algunos casos y, en otros, que existan conductas altamente lesivas o peligrosas con penas leves y penas severas para comportamientos menos dañinos; razón por la cual el Estado ha realizado varios esfuerzos por generar una reforma integral del Código Penal Peruano, así tenemos que desde el año 2002, se aprobó la Ley N°27837, Ley que crea la Comisión Especial Revisora del Código Penal, luego se expidió la Ley N°28891, Ley que crea la nueva Comisión Especial Revisora del Código Penal; y, finalmente se expidió la Ley N°29153, Ley que crea la nueva Comisión Especial Revisora del Código Penal, la misma que culminó su labor con la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma de Código Penal, proyecto que a la fecha cuenta con Dictamen Favorable por parte de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, encontrándose pendiente de su debate en el Congreso de la República para su aprobación.

²⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, Ob.cit, p.471.

Por otro lado, en el plano internacional que con fecha 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela se suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción, siendo aprobada en el Perú mediante Resolución Legislativa N°26757 de fecha 05 de marzo de 1997 y ratificada mediante Decreto Supremo N°012-97, del 21 de marzo de 1997, vigente en el país desde el 04 de julio de 1997; por lo que a partir de esa fecha es parte integrante de nuestro sistema normativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, luego de siete años, en el plano internacional se genera un segundo instrumento de la lucha contra la corrupción, nos referimos a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la misma que fuera adoptada por la Asamblea General en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América con fecha 03 de octubre de 2003 y suscrita el 10 de diciembre de 2003, siendo aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N°28357 de fecha 30 de setiembre de 2004, y ratificada mediante Decreto Supremo N°075-2004-RE, de fecha 19 de octubre de 2004, la misma que entro en rigor en nuestro país el 14 de diciembre de 2005; por lo que a partir de esa fecha es parte integrante de nuestro sistema normativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

Entre la expedición de ambos instrumentos internacionales, a nivel mundial se expidieron los siguientes convenios: Convenio Relativo a lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997), el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1969); la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (aprobada el 12 de julio de 2003) y la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (aprobada por las Naciones Unidas el 29 de setiembre de 2003)²⁶.

²⁶ Nueva Justicia Penal, lucha contra la corrupción y buenas prácticas internacionales. USAID, Ob Cit. p.47.

La legislación ha recogido la Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, modificando los tipos penales y creando otros tipos penales, cumpliendo los acuerdos internacionales que suscribió el Perú.

En el presente artículo, revisaremos como la Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de las naciones Unidas contra la corrupción han sido recogidos por nuestra legislación, como se han modificado los tipos penales y como se han creado otro tipos penales para cumplir con los compromisos asumidos a nivel internacional.

Asimismo verificaremos como el nuevo modelo procesal penal ha resuelto los casos de soborno interno.

2.11. EL SOBORNO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Legislación peruana respecto de los delitos de soborno antes de suscripción, aprobación y ratificación de la Convención interamericana contra la Corrupción (marzo 1997).

Habiendo precisado que nuestro Código Penal fue aprobado en el año 1991, es que en su texto original encontramos las siguientes figuras delictivas que tienen que ver soborno: así tenemos que en el título VIII delitos contra la administración Pública, en el capítulo II referidos a los delitos cometidos por funcionarios, contamos con la Sección II en la que se tipifican el delito de Colusión; mientras que en la sección IV, se encuentra tipificados los delitos de Cohecho Pasivo propio, Cohecho pasivo Impropio, Cohecho Pasivo específico, Cohecho Activo Genérico, Cohecho Activo específico y enriquecimiento ilícito, habiéndose tipificado las siguientes conductas.

- a) En el delito de Colusión se reprime la conducta del funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al estado o Empresa del estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros... (art.382 del Código Penal).

- b) En el delito de Cohecho Pasivo Propio, se reprime la conducta del funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto de violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con .. Artículo 393° del código Penal.
- c) En el delito de Cohecho Pasivo Impropio, se reprime la conducta del funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con.... (art. 394° del Código penal).
- d) En el delito de cohecho Pasivo específico, se reprime la conducta del magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con... (art. 395 del código penal).
- e) E el delito de Cohecho Activo genérico, se reprime la conducta de la persona que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con.... Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será.... (art. 399° del Código Penal).
- f) En el delito de Cohecho Activo Específico, se reprime la conducta de la persona que hace donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un Magistrado, arbitro, Fiscal, Miembro de tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de ocho años. Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito traductor o intérprete, la pena será... (art. 398° del Código Penal modificado por ley N° 26643 del 26 de junio de 1996).
- g) En el delito de Enriquecimiento ilícito, se reprime la conducta del funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con... (art.401° del Código Penal).

LEGISLACION PERUANA RESPECTO DE LOS DELITOS DE SOBORNO CON POSTERIORIDAD A LA SUSCRIPCIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (1997).

En principio se tiene que la Convención interamericana contra la Corrupción estableció los siguientes parámetros internacionales:

- a) En su artículo V identificó como actos de corrupción las siguientes CONDUCTAS:
 1. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas. Favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.
 2. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o servidor de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas, o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.
 3. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.;
 4. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo;
- b) En el artículo VIII tipificó la conducta del Soborno Transnacional de la forma siguiente: el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él., cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favor, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.
- c) En el artículo IX tipifica la conducta de enriquecimiento ilícito de la forma siguiente: el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso

respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

- d) En su artículo XI establece un desarrollo progresivo de sus conductas que deben ser materia de tipificación por los Estados Partes, por lo que nació el compromiso de estos por tipificar las siguientes conductas:
1. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.
 2. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón con ocasión de la función desempeñada.
 3. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.
 4. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

Como se puede apreciar, entre nuestro Código Penal y la convención Interamericana contra la corrupción, no se ha generado mayor vinculación por estar tipificados las principales conductas punitivas que tiene que ver con el soborno a excepción del Soborno transnacional; conducta que no fuera adoptada por nuestra legislación sino mucho tiempo después. Como se verá más adelante.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito, se modificó el tipo penal para considerar como indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en

consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos. O de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. Párrafo incorporado por el Artículo 7 de la Ley N° 277482, publicada el 15 de junio de 2001, la misma que proviene del artículo IX de la Convención que establece como fórmula de indicio que el funcionario no pueda justificar razonablemente su incremento patrimonial.

LEGISLACIÓN PERUANA RESPECTO DE LOS DELITOS DE SOBORNO CON POSTERIORIDAD DE LA SUSCRIPCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (OCTUBRE DE 2004)

En principio se tiene que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estableció los siguientes parámetros internacionales:

a) En su artículo 15 se reitera la tipificación del soborno de funcionarios públicos nacionales, tanto en su fase activa como pasiva, de la siguiente manera:

1. La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.
2. La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

b) En su artículo 16 se reitera la tipificación del Soborno de funcionarios Públicos extranjeros y de Funcionarios de Organizaciones Internacionales públicas, de la siguiente manera:

1. Cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales

para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales

2. Cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

c) En su artículo 20 se reitera la tipificación del delito de Enriquecimiento ilícito de la siguiente manera: Cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

d) En su artículo 21 se crea la tipificación del delito de Soborno en el sector privado, estableciendo como delito: cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales las siguientes conductas:

1. La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que faltando al deber inherente a sus funciones, actué o se abstenga de actuar.

En vista a este nuevo marco internacional, nuestro país ha tenido que optar por realizar algunas modificaciones a las conductas atribuidas como delitos y crear nuevas figuras delictivas para estar al nivel de este nuevo convenio, siendo las principales modificaciones las siguientes:

En cuanto al **delito de Colusión** se tipificaron dos conductas la Colusión simple y la colusión agravada. La primera solo se tipifica la conducta de concertarse con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del estado, y la Colusión agravada cuando la concertación genera un perjuicio patrimonial al estado, obviamente la diferencia punitiva es considerable en uno y otro caso, esto es de tres a seis años de pena privativa de libertad en caso de colusión simple y de seis a quince años de pena privativa de libertad en caso de colusión agravada.

En cuanto al **delito de Cohecho Pasivo Propio**, se sanciona la conducta del 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 o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas o en su defecto solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencias de haber faltado a ellas, se mantiene el texto normativo variando solo respecto de las penas.

En cuanto al delito de **Soborno internacional Pasivo**, se tiene que este delito ha sido incorporado a nuestro Código Penal (artículo 393-A), mediante el artículo 2 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio del 2011, por el cual se sanciona a la conducta del funcionario o servidor público de otro estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de las actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; tipo penal que fuera modificado respecto de la pena mediante el Artículo Único de la ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre 2013, por la que se incrementa la sanción punitiva con penas de días multa. 8 180 a 365 días multa).

En cuanto al **delito de Cohecho pasivo Impropio**, por el cual se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado; manteniéndose de esta forma el texto normativo variando solo respecto de las penas.

En cuanto al delito de **Cohecho Activo Genérico**, por el cual se sanciona la **conducta de aquellas personas que**, bajo cualquier modalidad, ofrece, da, o

promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones, o la conducta de que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omite actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación; manteniéndose de esta forma el texto normativo variando solo respecto de las penas.

En cuanto al **Cohecho Activo internacional**, se tiene que mediante el artículo 1 de la Ley N° 29316, publicada el 14 de Enero 2009 se incorporó al código penal Peruano, el artículo 397-A cohecho activo internacional, por el cual se sanciona al que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omite actos propios de su cargo empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años, tipo penal que luego fuera modificado nuevamente mediante Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre 2013, para incrementar las penas de días multa.

En palabras de SALINAS SICCHA (2014, p.544) se ha tipificado la conducta del tercero interesado, que corrompe o trata de corromper al funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público.

En cuanto al delito de **Cohecho Activo Específico**, por el cual se sanciona la conducta de aquellas personas que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, Fiscal, Perito Arbitro, Miembro Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

En cuanto al delito de **Enriquecimiento Ilícito**, se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente.

En consecuencia, tenemos que luego de la suscripción, aprobación de este nuevo instrumento internacional se ha podido crear los tipos penales de Cohecho Activo internacional y soborno internacional pasivo, y se mejoró la redacción del delito de colusión, siendo evidente que aún nos falta un largo camino que recorrer para criminalizar las nuevas conductas establecidas en la Convención como son el soborno en el sector privado, así como el delito de peculado de bienes en el sector privado²⁷.

²⁷ Nueva Justicia Penal, lucha contra la corrupción y buenas prácticas internacionales. USAID, Ob Cit. p.47

2.12. OBJETIVOS

2.12.1. OBJETIVOS GENERALES

Analizar el Recurso de Nulidad N°1875-2015 – Caso: GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ.

2.12.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Determinar los elementos constitutivos del delito de Cohecho Pasivo Propio.
- Determinar la probanza del delito de Cohecho Pasivo Propio.

2.13. VARIABLES

2.13.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

El delito de Cohecho Pasivo Propio

2.13.2. VARIABLE DEPENDIENTE.

Prueba plena sobre la solicitud o aceptación de donativo.

2.14. SUPUESTOS.

- Si la irregularidad del trámite y de la inscripción posterior del título sin prueba directa de un donativo, promesa o ventaja, determina Cohecho Pasivo Propio.
- Si la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja, es determinante para tipificar el delito de Cohecho Pasivo Propio.

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

El presente trabajo se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo socio jurídico.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la Recurso de Nulidad N°1875-2015.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Recurso de Nulidad N°1875-2015.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó la Recurso de Nulidad N°1875-2015 al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis de la Recurso de Nulidad N°1875-2015, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde las definiciones generales hasta la realidad del tipo penal de Cohecho Pasivo Propio en el Perú.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo del autor del método de caso.
5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política del Perú (1993), Código Penal y la resolución N°1875-2015.

6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la resolución N°1875-2015.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS.

Respecto al recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ contra la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno, del veinticinco de junio de dos mil quince, que por mayoría los condenó como cómplice primario y autor, respectivamente, del delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado – Superintendencia Nacional de Registros Públicos a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena, así como al pago de mil soles que pagarán solidariamente por concepto de reparación civil, se tiene lo siguiente:

- De acuerdo a la defensa del encausado Aponte Lavanto, alega que no se probó ni motivó de qué manera se habría concertado con su coencausado Espinoza Gómez; que actuó en la creencia que la solicitud de inscripción del título reunía y cumplía los requisitos formales correspondientes; que no medió en esa inscripción irregularidad ni observación registral alguna.
- Respecto a la sentencia de instancia que declaró probado que el encausado Aponte Lavanto el día dos de setiembre de dos mil ocho presentó una solicitud de inscripción de contrato de transferencia de acciones y derechos de cancelación de saldo deudor, de ratificación de contrato A y D, y de aclaración, ante el Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral número VIII – Sede Huancayo – SUNARP. Ese título, pese a no corresponder al registrador Espinoza Gómez –el competente era el Registrador José Luis Farfán Silva, a quien se le había designado -, le fue entregado indebidamente por el servidor Benavides Bobadilla al día siguiente, en horas de la mañana – accediendo a un pedido telefónico suyo -, quien lo calificó positivamente ese mismo día, pese a que carecía de los requisitos formales para la rectificación de área. A su vez, el imputado Aponte Lavanto tenía el temor de que se declare la nulidad de su compraventa y quería apurar la inscripción registral, se afirma que medió una conversación y acuerdo previo entre el registrador Espinoza

Gómez y el solicitante Aponte Lavanto, al punto que el primero recibió una dádiva del segundo.

- Tras esa llamada se presume la inscripción irregular del título en mención, y la entrega de dinero al servidor o funcionario de Registros Públicos (declaración plenaria de fojas mil ciento ochenta y tres).
- Que la forma y circunstancias en que se produjo el ingreso del título cuestionado, el ingreso del título cuestionable, el trámite interno que siguió y su inmediata calificación, por un Registrador Público, a quien no le correspondía el conocimiento del título, revelan una conducta indebida por parte de los encausados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez, sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido. La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto vena en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece
- Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable –en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena -, debe dictarse sentencia absolutoria, de conformidad con el artículo 301° primer párrafo del Código de Procedimientos Penales. El recurso defensivo debe estimarse y así se declara.
- En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia resolvió HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno, del veinticinco de junio de dos mil quince, que por mayoría condenó a GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ como cómplice primario y autor del delito de Cohecho Pasivo Propio, asimismo los ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada contra ellos por dicho delito en agravio de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, ordenando se archive lo actuado definitivamente.

DISCUSIÓN.

- De acuerdo a los argumentos expuestos en la presente investigación se ha podido determinar que el Recurso de Nulidad N°1875-2015-JUNÍN, de fecha 12 de enero del 2016 tiene el adecuado criterio respecto a los elementos configurativos del delito de Cohecho Pasivo Propio, ya que sirve para que en casos del delito en mención se tome en cuenta el acuerdo previo pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja; y la consistencia del donativo, promesa o ventaja, ya que al no evidenciar dichos medios corruptores en el delito de Cohecho Pasivo Propio, daría como consecuencia la duda razonable y la absolución del encausado, tal y como se resolvió en este recurso de nulidad.
- En cambio, años anteriores el Recurso de Nulidad N°1091-2004-LIMA, había previsto de manera tácita la preexistencia del donativo; puesto que el funcionario Julio Alberto Peña García, Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, había recibido un donativo con la finalidad de que entregue un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, a su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes "Águila Tours"; este donativo consistía en la suma de \$.150,000.00 Dólares Americanos. Si bien, no ha sido un tema de discusión en aquella época determinar que se pruebe en qué consistía el donativo, mediante el Recurso de Nulidad N°1875-2015-JUNÍN ya determinó que no basta con la preexistencia del donativo, promesa, ventaja o beneficio, sino además que se fije en qué consistía.
- Asimismo, en la Casación N°253-2013 PUNO, de fecha 20 de noviembre del 2014, determinó que el Mayor PNP Guillermo Luis Cahuana Moreyra le había solicitado a Ruth Condorena Gonzáles la suma de S/.10,000.00 Nuevos Soles, a fin de no comprenderla en la investigaciones de un accidente de tránsito; en este pleno casatorio tampoco habla si debe determinarse la consistencia del donativo, ni tampoco si es requisito sine qua non el acuerdo previo del funcionario con el particular, sin embargo ya en el Recurso de Nulidad N°1875-2015-JUNÍN prevé la

consistencia del donativo, promesa, ventaja o beneficio, y además la existencia de un pacto venal.

- Del mismo modo, respecto a la Resolución N°03 de fecha 15 de diciembre del año dos mil once, en el cual Enrique Guillermo Ariza Ramírez es sentenciado por el delito de Cohecho Pasivo Propio, es toda vez que se determinó que este había recibido la suma de S/.500.00 Soles para que no involucre a la persona Rafael Francisco Álvarez Tejada en una investigación por el delito contra el patrimonio – apropiación ilícita, en esta sentencia de forma sucinta advierte un acuerdo previo entre el funcionario y el particular con la finalidad de violar sus obligaciones. Sin embargo, por tratarse de una resolución emanada por la primera instancia, no ha desarrollado un criterio o enfoque amplio respecto a la importancia de un acuerdo previo ni tampoco si resulta imprescindible que se determine en qué consistía el donativo, si bien se supo que el donativo era S/.500.00, no desarrollo dicho juzgado si la doctrina o jurisprudencia ha tomado conveniente que se conozca el monto o se identifique el donativo; a diferencia del Recurso de Nulidad N°1875-2015-JUNÍN en la cual ha establecido que estos dos criterios deben servir para así poder imputar el delito de Cohecho Pasivo Propio.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES.

- En la legislación penal peruana han circunscrito los elementos típicos concretadores del cohecho como el **donativo, la ventaja o promesa de donativo o ventaja, y el beneficio**, constituyéndose así en instrumentos de las diversas modalidades de cohecho que deberán concurrir como facilitadores de la conducta típica del agente.

- En el delito de Cohecho Pasivo Propio, se reprime la conducta del funcionario o servidor público que acepte o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto de violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, de cual forma al señalar que el verbo rector es solicitar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Por último, respecto al tercer párrafo del artículo antes mencionado, el verbo rector es el funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

- De acuerdo al recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ contra la sentencia, que por mayoría los condenó como cómplice primario y autor,

respectivamente, del delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado – Superintendencia Nacional de Registros Públicos a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena, así como al pago de mil soles que pagarán solidariamente por concepto de reparación civil y habiéndose evaluado en la presente instancia que la forma y circunstancias en que se produjo el ingreso del título cuestionado, el ingreso del título cuestionable, el trámite interno que siguió y su inmediata calificación, por un Registrador Público, a quien no le correspondía el conocimiento del título, revelan una conducta indebida por parte de los encausados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez.

- El delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido, la prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto vena en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece, en el presente caso, no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja; y, que tampoco, los testigos han declarado en ese sentido, debe dictarse sentencia absolutoria, de conformidad con el artículo 301° primer párrafo del Código de Procedimientos Penales.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES.

- La administración pública está conformada por un conjunto de instituciones y de organizaciones de carácter público que disponen de la misión de administrar y gestionar el estado y algunos entes públicos, dicha administración lo deben realizar dentro del margen de la ética, valores y buenas costumbres.
- En el delito de Cohecho Pasivo Propio, se reprime la conducta del funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto de violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, por tal motivo es que se recomienda a aquellos que tienen en su competencia ciertas funciones administrativas trabajar dentro de los márgenes legales y éticos por el bien de la ciudadanía y por el correcto funcionamiento de la administración pública.

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. **SALINAS SICCHA**, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Editorial Iustitia. Perú-2016.
2. **ROJAS VARGAS**, Fidel, Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Edit. Nomos & Thesis, Lima-Perú-2016.
3. **PEÑA CABRERA**, Alonso R. "Delitos Contra la Administración Pública", Primera Edición, Edit. Actualidad Gubernamental, Instituto Pacífico, Octubre-2016.
4. **NUEVA JUSTICIA PENAL, LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES. USAID**. Primera Edición. Lima, Perú-2015.
5. **SALINAS SICCHA**, Ramiro, Delitos Contra la Administración Pública, 2da Edición, Edt. Grijley, Lima-Perú-2014.
6. **ABANTO VÁSQUEZ**, Manuel A, Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública, Edit. Grijley, Lima-Perú-2014.
7. **CALDERÓN VALVERDE**, Leonardo y **BENAVENTE CHORRES**, Hesbert, Delitos de Corrupción de Funcionarios, Edit. Gaceta Jurídica, Perú-2014.
8. **ACTUALIDAD PENAL**, Edit. Instituto Pacífico, Volumen 3, Lima-Perú-2014.
9. **MANUAL DE CAPACITACIÓN PARA OPERADORES DE JUSTICIA EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Edit. Industria Gráfica Cimagraf, Primera Edición, Lima-Perú, Julio-2013.
10. **OBREGÓN GARCIA**, Antonio, Tesis denominado "Evolución del Delito de Cohecho y su Aplicación por parte de los Tribunales", Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2014.
11. **ROJAS VARGAS**, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Cuarta Edición, Edit. Grijley, Perú-2007
12. **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, obtenido: www.dle.rae.es/srv/search?m=30&w=cohecho.
13. **FLORENCIA, UCHA**, Administración Pública, obtenido: www.definiciónabc.com/política/administracion-pública.php.

ANEXO 1
MATRIZ DE CONSISTENCIA
MÉTODO DE CASO: "EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO: ELEMENTOS CONFIGURATIVOS Y SU PROBANZA."
RECURSO DE NULIDAD N°1875-2015-JUNÍN"

AUTOR: MICHELL GIANFRANCO BRICEÑO RUIZ

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>¿Cuáles son los resultados, ante la inexistencia de prueba directa sobre la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja, para la inscripción de un título en la SUNARP?</p>	<p>GENERAL: Analizar la Resolución N°1875-2015 Junín – Caso: Guillermo Aponte Lavanto y Giovanni Espinoza Gómez</p> <p>ESPECÍFICOS: Determinar si en el delito de Cohecho Pasivo Propio, se debe acreditar el acuerdo venal previo entre el funcionario o servidor público con el tercero. Acreditar la existencia de la dádiva, promesa o ventaja que acepto o recibió el funcionario público.</p>	<p>Si la irregularidad del trámite y de la inscripción posterior del título sin prueba directa de un donativo, promesa o ventaja, determina Cohecho Pasivo Propio.</p> <p>Si la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja, es determinante para tipificar el delito de Cohecho Pasivo Propio</p>	<p>Independiente: 1. El delito de Cohecho Pasivo Propio.</p> <p>Dependiente: 2. Probanza (donativo, promesa o ventaja)</p>	<p>Si existe prueba directa No existe prueba directa Racionalidad y congruencia de lo resuelto por la Corte Suprema de la República.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Sentencias.</p> <p>TECNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS: 1. Recurso de Nulidad N°1876-2015-Junín 2. Código Penal Peruano 3. Constitución Política del Perú (1993)</p>

ANEXO N° 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N.N °1875-2015

JUNÍN

Lima, doce de enero del dos mil dieciséis.

Los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los encausados GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GÓMEZ contra la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno, del veinticinco de junio de dos mil quince, que por mayoría los condenó como cómplice primario y autor, respectivamente, del delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado – Superintendencia Nacional de Registros Públicos a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena, así como al pago de mil soles que pagarán solidariamente por concepto de reparación civil.

Fundamentos:

Primero: Que la defensa del encausado Aponte Lavanto en su recurso formalizado de fojas mil trescientos treinta y uno insta su absolución. Alega que no se probó ni motivó de qué manera se habría concertado con su coencausado Espinoza Gómez; que actuó en la creencia que la solicitud de inscripción del título número veinticuatro mil novecientos nueve guión dos mil ocho reunía y cumplía los requisitos formales correspondientes; que no medió en esa inscripción irregularidad ni observación registral alguna; que recién conoció a su coencausado Espinoza Gómez durante el transcurso de este proceso y desconocía lo que habría realizado Manuel Benavides Bonilla; que la falta de competencia para calificar el título por parte de su coencausado no constituye delito ni se acreditó que ofreció dádiva alguna.

Segundo: Que, la defensa del imputado Espinoza Gómez en su recurso formalizado de fojas mil trescientos cuarenta y dos solicita la absolución de los cargos. Aduce que del escrito de su coimputado Aponte Lavanto, dirigido a él, no se desprende algún tipo de acuerdo de voluntades, tanto más si no respondió al escrito; que la celeridad en la calificación del título considerada como dato para la condena no determina que recibió ventaja material alguna, tanto más si los títulos que recibió los calificó al día siguiente; que a la fecha de la prestación del título no tenía habilitado su usuario como registrador público de predios, lo que recién se produjo el nueve de setiembre de dos mil ocho; que no existen pruebas de coordinaciones previas con su coimputado.

Tercero: Que la sentencia de instancia declaró probado que el encausado Aponte Lavanto el día dos de setiembre de dos mil ocho presentó una solicitud de inscripción número veintitrés setenta y cuatro cincuenta y siete de contrato de transferencia de acciones y derechos de cancelación de saldo deudor, de ratificación de contrato A y D, y de aclaración, que generó el número veinticuatro mil novecientos nueve guión dos mil ocho, ante el Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral número VIII – Sede Huancayo – SUNARP. Ese título, pese a no corresponder al registrador Espinoza Gómez –el competente era el Registrador José Luis Farfán Silva, a quien se le había designado -, le fue entregado indebidamente por el servidor Benavides Bobadilla al día siguiente, en horas de la mañana – accediendo a un pedido telefónico suyo -, quien lo calificó positivamente ese mismo día, pese a que carecía de los requisitos formales para la rectificación de área. A su vez, el imputado Aponte Lavanto tenía el temor de que se declare la nulidad de su compraventa y quería apurar la inscripción registral.

Se afirma que medió una conversación y acuerdo previo entre el registrador Espinoza Gómez y el solicitante Aponte Lavanto, al punto que el primero recibió una dádiva del segundo.

Cuarto: Que el ex encausado Benavides Bobadilla declaró que recibió una llamada de su coencausado, registrador Espinoza Gómez, para pedirle que le derive el título cuestionado, ingresado ese mismo día, lo que cumplió con hacer, al punto que se lo reasignó. Agrega que no pensó que tal hecho le ocasionase consecuencias lesivas y que no se le ofreció dinero alguno por esa actuación (manifestación de fojas sesenta y seis y declaraciones en sede sumaria y plenarial de fojas trescientos ochenta y siete y seiscientos dos). Esa versión –del pedido de Espinoza Gómez- la reitera en la confrontación plenarial de fojas seiscientos veintitrés.

Quinto: Que el encausado Espinoza Gómez acota que se le derivó el título número veinticuatro mil novecientos nueve y lo calificó como correspondía; que no encontró en ese título alguno incorrección ni aspectos materia de observación registral, y no se ha explicado tal hecho en los procedimientos administrativo disciplinarios; que no habló con su coimputado Benavides Bobadilla y que el título tenía habilitado el registro de predios y de personas jurídicas (declaraciones de fojas trescientos setenta y siete, seiscientos catorce y mil ciento setenta y siete).

Sexto: Que el acusado Aponte Lavanto afirma que el dos de setiembre de dos mil ocho presentó la inscripción del título veinticuatro mil novecientos nueve y a la SUNARP; que no conoce a su coimputado Espinoza Gómez; que no hizo entrega alguna de dinero a algún servidor o funcionario de Registros Públicos (declaración plenaral de fojas mil ciento ochenta y tres).

Séptimo: Que es evidente, primero, que a la fecha de los hechos no correspondía la calificación del título número veinticuatro mil novecientos nueve al encausado Espinoza Gómez; lo que fluye de la reunión de coordinación de la reunión de coordinación del día veintinueve de agosto de dos mil ocho, que da cuenta el Informe de fojas setenta y tres. Segundo, que mediante un procedimiento irregular el ex encausado Benavides Bobadilla se reasignó la calificación del referido título al citado procesado Espinoza Gómez, lo que se colige no solo de la propia versión de Benavides Bobadilla sino de las declaraciones del Registrador Farfán Silva y de los servidores Alania Vilchez y Ramos Arteaga (declaraciones sumariales de fojas trescientos sesenta y siete, trescientos sesenta y cinco y trescientos cuarenta y siete). Tercero, que el imputado Espinoza Gómez quiso calificar ese título, para la cual telefónicamente le pidió a Benavides Bobadilla que se lo reasigne –dato que se desprende no solo de la versión uniforme de este último, quien no tenía motivos para implicarlo gratuitamente, sino de la versión de los otros tres testigos ya mencionados, así como de la declaración del servidor de Informática Fabián Salinas de fojas mil ciento sesenta y cinco-. Cuarto, que tal situación no hace sino reflejar, en vía de inferencia razonable, que para que ello ocurra medio algún tipo de vinculación con el beneficiario de la calificación, encausado Aponte Lavanto, tanto más si ésta salió positiva y se efectuó inmediatamente, el mismo día de su entrega, aunque un conrindicio sólido es el mérito del documento de fojas novecientos doce que da cuenta que generalmente el registrador calificaba los títulos de manera inmediata, sin disponer incluso su previa derivación al área de catastro (véase Informe del Jefe de la Unidad Registral de Huancayo de fojas ochocientos noventa y nueve).

Octavo: Que la forma y circunstancias en que se produjo el ingreso del título cuestionado, el ingreso del título cuestionable, el trámite interno que siguió y su inmediata calificación, por un Registrador Público, a quien no le correspondía el conocimiento del título, revelan una conducta indebida por parte de los encausados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez. Sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan indetectable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece (conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública. Ed. Grijley, Lima, dos mil nueve, página cuatrocientos sesenta y cuatro).

Podrá adecuarse la conducta al tipo legal de abuso de autoridad –ya prescrita en el presente caso –, pero no es de rigor efectuar una determinación alternativa atento a lo anterior y porque no se advierte la presencia de otra figura delictiva homogénea.

Noveno: Que, en el presente caso, ¿es suficiente con tal finalidad, ante la inexistencia de prueba directa, la irregularidad del trámite y la rápida aceptación de la inscripción del título? ¿Sólo se explica esta conducta por la solicitud o aceptación de un donativo, de una promesa o de cualquier ventaja?

La patente irregularidad del trámite y de la inscripción consiguiente no es unívoca para concluir que si lo anterior se dio fue porque medió un donativo, promesa o ventaja. Muchas casualidades pueden determinarla. Es cierto que los imputados Aponte Lavanto y Espinoza Gómez aducen que no se conocían –lo que, empero, no tiene base para admitirla como cierta -. Pero no existe otro indicio que permita inferir que la calificación del título se debió a la existencia de un donativo, promesa o ventaja. Ni siquiera se sabe en qué consistió el donativo, promesa o la ventaja, ni cuál de ellas fue y en qué dimensión y características. Incluso ninguno de los imputados habló de un donativo, promesa o ventaja; y, que tampoco, los testigos han declarado en ese sentido.

Siendo así, por falta de pruebas o, en todo caso, duda razonable –en tanto equilibrio de pruebas de cargo y de descargo que impiden un juicio de condena –, debe dictarse

sentencia absolutoria, de conformidad con el artículo 301° primer párrafo del Código de Procedimientos Penales. El recurso defensivo debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo penal; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil doscientos setenta y uno, del veinticinco de junio de dos mil quince, que por mayoría condenó a GUILLERMO APONTE LAVANTO y GIOVANNI ESPINOZA GOMEZ como cómplice primario y autor; respectivamente, del delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado – Superintendencia Nacional de Registros Públicos a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena, así como al pago de mil soles que pagarán solidariamente por concepto de reparación civil, reformándola en este extremo: los ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada contra ellos por dicho delito en agravio del Estado – Superintendencia Nacional de Registros Públicos. En consecuencia, ORDENARON se archive lo actuado definitivamente en este extremo, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales, y disponga su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva dictada por autoridad competente; oficiándose. MANDARON se remita la causa al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema. Interviene el señor juez supremo César Hinostroza Pariachi por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

Ss.

SAN MARTIN CASTRO

SALAS ARENA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE ALVARADO

CSM/ast.

