



LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF “SPECIFIC ACTIVE BRIBERY” IN THE PERUVIAN CRIMINAL LAW

Adolfo Medrano Mallqui

Doctorando en Derecho por la Universidad de Salamanca, Espanha

Maestro en Derecho por la Universidad de Pisa

Profesor por la Universidad Católica Los Angeles de Chimbote, Perú

Resumen

En el presente trabajo el autor pretende explicar cómo es que el delito de “Cohecho Activo Específico” previsto y sancionado en el Artículo 398 del Código Penal Peruano violaría la Constitución Política del Perú, el Principio Legalidad y el Principio de Prohibición de la Analogía; para lo cual analiza los elementos constitutivos de este delito y sus formas de comisión, verificando cual es el proceso penal que se aplica al mismo y profundizando sus cometarios en los puntos que considera violatorios al ordenamiento jurídico Peruano; y, finalmente señalar cuáles son sus conclusiones y proponer una reforma legislativa de dicho tipo penal.

Palabras clave: Cohecho activo específico, Principio de legalidad, Principio de prohibición de la analogía.

Abstract

In this work the author attempts to explain how the crime of "Specific Active Bribery" punishable for the Article 398 of the Peruvian Criminal Code violate the Constitution of Peru, the Principle of Legality and the Principle Prohibition of Analogy; for which analyzes the elements of this crime and its forms of commission, which is checking the criminal proceedings applies to it and deepen their comments on the points that violate the Peruvian legal system; and finally point out what their conclusions and propose legislative reform of this crime.

Keywords: Specific Active Bribery, principle of legality, principle of prohibition of analogy.

1. Introducción

He decidido realizar este trabajo pues estoy convencido de que el delito de “Cohecho Activo Específico” previsto y sancionado en el Artículo 398 del Código Penal Peruano viola de manera evidente la Constitución Política del Perú, así como el Principio Legalidad y el Principio de Prohibición de la Analogía en el Derecho Penal Peruano. Además, considero que su ubicación dentro de Código Penal es totalmente incorrecta. Sin embargo, pese a lo que afirmo y habiendo transcurrido más de 20 años de la vigencia de dicho delito, ningún Abogado se ha pronunciado al respecto y por su parte los jueces lo aplican sin observación alguna.

Para demostrar lo que aquí afirmo, realizaré un análisis de este delito, comenzando por su descripción legal para luego ver cuál es el bien jurídico que protege, sus elementos objetivos y subjetivos, sus grados de desarrollo, sus circunstancias atenuantes como agravantes y la pena que establece; además de verificar cual es el proceso penal que debe aplicarse y los posibles beneficios penitenciarios que pueden solicitar los condenados; profundizando mis cometarios en los puntos que considero violatorios al ordenamiento jurídico Peruano y, finalmente, señalaré cuales son mis conclusiones y me permitiré proponer una Reforma Legislativa de dicho tipo penal.

2. Descripción legal del delito

El delito materia del presente análisis se encuentra ubicado en la Sección IV (*Corrupción de funcionarios*) del Capítulo II (*Delitos cometidos por funcionarios públicos*) del Título XVIII (*Delitos contra la administración pública*) del Libro Segundo del Código Penal Peruano de 1991.

Su antecedente en el Perú, lo encontramos en el Artículo 352 del Código Penal Peruano de 1924, reformado por el Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981, cuya descripción legal establecía lo siguiente:

“El que hiciere donativo, préstamos o financiare viajes o prometiére cualquier otra ventaja a un juez o miembro del tribunal administrativo, funcionario público o árbitro, con el objeto de influir en la resolución de una causa pendiente del fallo de esta, será reprimido con prisión no mayor de 6 años y multa de la renta de 60 a 120 días.”

Si se hiciere el donativo o el préstamo o financiamiento de viaje, o la promesa con el fin de obtener una sentencia favorable o adversa en causa penal, la pena será penitenciaría no mayor de 12 años y multa de la renta de 60 a 120 días.

La misma pena será impuesta si se tratare de testigo, perito, traductor o interprete.”

Con la entrada en vigencia del actual Código penal del año 1991 y hasta la fecha, este delito se encuentra previsto en el **Artículo 398 del Código penal**; el que inicialmente tuvo la siguiente descripción legal:

“El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un Juez, Arbitro, Fiscal o 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 no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Luego, mediante la Ley N° 26572 del 05 de enero del año 1996, se modificó la redacción de este delito, de la siguiente manera:

“El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un Juez, Fiscal o 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 no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Posteriormente, con la Ley N° 26643 del 26 de junio del año 1996, nuevamente se modificó este delito, de la siguiente manera:

“El 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 no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Finalmente, con la modificación dispuesta por la Ley N° 28355 del 06 de Octubre del año 2004 y hasta la fecha, la descripción legal del delito materia del presente trabajo es la siguiente:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

3. El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado viene a ser el objeto de protección del delito en análisis y teniendo en cuenta que este delito se encuentra dentro del grupo de los delitos contra la Administración Pública, fácilmente podemos afirmar que el bien jurídico que se tutela es la correcta Administración Pública, sin embargo, a mi modesto entender, lo que realmente pretende tutelar este delito serían dos circunstancias, que son las que menciono a continuación: **a.-** La correcta administración de Justicia en sede Judicial, Fiscal o Administrativa; y, **b.-** La imparcialidad y honestidad de los funcionarios y servidores públicos que se mencionan en su descripción legal, es decir: Magistrados, fiscales, peritos, árbitros, miembros de tribunales administrativos, secretarios, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales, testigos, traductores e intérpretes u otros análogos.

4. Los elementos objetivos

Los elementos objetivos de este delito, es decir aquellos elementos constitutivos de este delito que podemos percibir con nuestros sentidos, son los siguientes:

4.1.- El Sujeto Activo: Conforme a la descripción legal de este delito, se puede entender que lo puede cometer cualquier persona, es decir, el sujeto activo no requiere tener ninguna

cualidad o condición especial para incurrir en este delito. Para ser más preciso, en mi criterio este delito es un delito común.

Aquí inició mi discrepancia con este delito pues, si es un delito común y lo puede cometer cualquier persona, cómo es que se encuentra ubicado dentro de los “*Delitos cometidos por funcionarios públicos*”; no existe explicación para ello.

Peor aún, dentro de los delitos contra la Administración Pública existe un grupo de delitos denominados “*Delitos cometidos por particulares*” y si analizamos cada uno de los delitos que se encuentran ubicados en este grupo comprobaremos que estos inician su redacción utilizando las palabras “*El que...*”, al igual que el delito en análisis, por lo que en todo caso, se debió de ubicar el referido delito en este grupo; pero no se ha hecho esto.

Ahora bien, podemos ver que el último párrafo del delito en análisis considera que el sujeto activo del delito puede ser una persona que tenga la condición de Abogado, sin embargo, esto no lo convierte en un funcionario público.

Por lo expuesto, concluyo señalando que no existe ninguna explicación para que este delito se encuentre considerado dentro los delitos cometidos por funcionarios públicos y que es evidente que la ubicación de este delito dentro del Código penal peruano en vigencia es totalmente incorrecta.

4.2.- El sujeto pasivo del delito: Es el Estado Peruano. En este caso es conveniente advertir que no se debe confundir al “*sujeto pasivo del delito*” con el “*sujeto pasivo de la acción*”, pues el primero es el titular del bien jurídico afectado, mientras que el segundo es la persona sobre la que recae la acción del sujeto activo del delito. Para aclarar mas esta parte podemos dar como ejemplo el caso siguiente: Una persona “A” trabaja como taxista con el vehículo de propiedad de la persona “B”. Un día la persona “A” es despojada de dicho vehículo por una persona “C” quien lo amenaza de muerte con arma de fuego; en este caso “C” es el sujeto activo del delito de Robo, “B” es el sujeto pasivo del delito y “A” es el sujeto pasivo de la acción.

4.3.- La conducta que se sanciona: Las conductas que se sancionan son las siguientes:

4.3.1.- Ofrecer, dar o prometer un donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

4.3.2.- Ofrecer o entregar un donativo, promesa, ventaja o beneficio a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor, intérprete o análogo, con

el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

4.3.3.- Corromper a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo o a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

Para explicar mejor estas conductas, debemos tener en cuenta lo que se indica en la Vigésima Segunda Edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde se define que *“ofrecer”* significa *comprometerse a dar, hacer o decir algo*; *“dar”* es *entregar o poner en manos o en poder de otro a alguien o algo*; *“prometer”* significa *obligarse a hacer, decir o dar algo* y *“corromper”* es *sobornar a alguien con dádivas o de otra manera*. Por su parte, tenemos que *“donativo”* significa *dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios*; *“ventaja”* quiere decir *superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa*, así como *sueldo sobreañadido al común que gozan otros*; y, por *“beneficio”* se entiende *aquel bien que se hace o se recibe o la acción de beneficiar*.¹

Además, estas conductas debe realizarlas el sujeto activo, pero no frente a cualquier persona, sino frente a personas que tienen determinadas condiciones o facultades especiales, razón por la que es necesario definir a cada una de éstas, quienes en mi criterio tienen la condición de *“sujetos pasivos de la acción”*; lo cual realizó de la siguiente manera:

Cuando nos referimos a *“Magistrado”* en el Perú, generalmente nos estamos refiriendo al funcionario público integrante del Poder Judicial, que está encargado de Administrar Justicia, considerándose como tales a los jueces de todos los niveles y grados como los jueces de paz, los jueces de primera instancia, los jueces superiores y los jueces supremos, sean titulares, suplentes o provisionales.²

El *“Fiscal”* es el funcionario público que integra el Ministerio Público, que tiene como misión la defensa de la legalidad y la representación de la sociedad en el Juicio, entre otras atribuciones establecidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público Peruano. El término *“fiscal”* se utiliza para denominar a todos los niveles y grados fiscales, como son los fiscales

¹ Véase: www.rae.es

² En el Perú, los jueces titulares de todos los niveles son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, mientras que los jueces suplentes y provisionales son designados por el Presidente de cada Corte Superior de Justicia.

provinciales, los fiscales superiores y los fiscales supremos, sean titulares, suplentes o provisionales.³

El “*Perito*” es aquella persona que es un especialista en determinada materia (por su profesión, especialización, técnica, arte u oficio) y que está reconocido como un auxiliar de la administración de justicia para que emita un dictamen respecto de algún tema o aspecto que necesite ser esclarecido o dilucidado. En el Perú cada Distrito Judicial tiene un Registro de Peritos Judiciales (REPEJ), en el que se identifican a todas las personas que pueden ser designadas como peritos judiciales por los jueces. Al ser designados como peritos en determinados casos, asumen una serie de obligaciones y responsabilidades para su actuación como tales, pudiéndose resumir estas en los deberes de probidad, lealtad, veracidad y buena fe para su actuación dentro de un proceso judicial.

El “*Árbitro*” es aquella persona elegida y designada por las partes que se encuentran enfrentadas en un conflicto de intereses o una discrepancia jurídica, para que a través de su decisión denominada *Laudo Arbitral* se solucione su conflicto. El Árbitro puede ser de *Derecho* o de *Conciencia*, los primeros tienen conocimiento de Derecho y generalmente son abogados, por lo que sus decisiones deben basarse en las Leyes; los segundos, no son abogados, pero se valen de su conocimiento y su experiencia para solucionar los conflictos que conocen. En el Perú el arbitraje es un mecanismo alternativo al sistema judicial para solucionar los conflictos, de manera rápida, directa, ágil y desburocratizada. Las actuaciones, pautas, reglas y restricciones de los Árbitros se encuentran contenidas en el Decreto Legislativo N°1071 que regula el Arbitraje.

Cuando se dice “*Miembro del tribunal administrativo*” se está refiriendo a cada uno de los integrantes de los tribunales administrativos extra judiciales que resuelven procesos administrativos. En el Perú, actualmente existen varios Tribunales Administrativos, por ejemplo, el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos⁴, el Tribunal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado⁵, el Tribunal Fiscal⁶, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual⁷, entre otros; los que administran justicia administrativa dentro de las entidades donde funcionan.

³ En el Perú, los fiscales titulares son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú, mientras que los fiscales provisionales son designados por el Fiscal de la Nación. Anteriormente no existían Fiscales Suplentes, sin embargo, desde el año pasado el Fiscal de la Nación los está nombrando.

⁴ www.sunarp.gob.pe

⁵ www.osce.gob.pe

⁶ www.tribunal.mef.gob.pe

⁷ www.indecopi.gob.pe

Cuando el tipo penal indica “*Secretario*” se está refiriendo al “*Secretario Judicial*” quien es el funcionario público integrante del poder judicial que tiene el deber de colaborar con los Jueces de Paz y de Primera Instancia en la administración de justicia, pero también tienen capacidad de actuación y de decisión dentro de los procesos en trámite, por ejemplo: para notificar una resolución judicial; para oficiar las órdenes de captura de los procesados o para dejar sin efecto las mismas; para otorgar copias certificadas de las resoluciones judiciales, etc.; en la práctica judicial, quien conduce los procesos judiciales son los Secretarios Judiciales.

El “*Relator*” también es un funcionario público que pertenece al Poder Judicial y que tiene una importante participación dentro de los procesos judiciales. Su designación, competencias y funciones se encuentran reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Perú. Su labor la realizan solo con los Jueces Superiores y los Jueces Supremos, pero también tienen capacidad de actuación y de decisión dentro de los procesos judiciales, por ejemplo, hacerse cargo del despacho judicial, de la preparación de las audiencias y de hacer una labor de cuidado y vigilancia del correcto trámite de los procesos judiciales.

El “*Especialista*” es otro funcionario del Poder Judicial, que cumple su labor solo en los juzgados civiles, comerciales, contencioso – administrativos y de familia; su participación y función en los procesos judiciales que se tramitan en dichos juzgados, es la misma que cumple el Secretario Judicial.

El “*Auxiliar jurisdiccional*” es también otro trabajador del Poder Judicial que, a diferencia de los anteriores, no necesariamente es un profesional en derecho o Abogado. Su designación se hace por el Presidente del Distrito Judicial y su labor es colaborar con los jueces, básicamente emitiendo informes y apoyando en diligencias y actuaciones judiciales que se realizan.

El “*Testigo*” es aquella persona que es convocada a participar en un proceso judicial para que declare todo lo que conozca respecto del hecho que se está investigando; cuyos aportes pueden ser decisivos para la decisión final del Juez, Fiscal o Tribunal Administrativo.

El “*Traductor*” es un profesional que es convocado por un Juez, Fiscal o Tribunal Administrativo para que por sus conocimientos profesionales y oficiales de una lengua extranjera, pueda traducir al español lo que vaya a declarar alguna de las partes (demandado, procesado, agraviado, demandante, testigo, parte civil, perito, arbitro, etc.) que interviene en un proceso judicial o quien va a transcribir al español algún documento que se encuentra escrito en una lengua extranjera.

El “*Interprete*” es una persona que no siendo un profesional en traducción, conoce de una lengua extranjera o dialecto y por ello es convocado en un proceso judicial para que explique o declare el sentido de lo que se declara ante un Juez, Fiscal o Tribunal.

Respecto al “*Análogo*” debo preciar que es otro punto con el que discrepo en este delito, pues no creo que sea posible definir de manera inequívoca quienes son las personas que pueden ser considerados como “análogos” al magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete.

En tal sentido la inclusión del vocablo “*análogo*” en el delito que analizo lo convierte en inconstitucional, pues viola lo que establece el Artículo 2 Inciso 24 Literal “d” de la Constitución Política del Perú, que establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho... A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: ... Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

Además, este mismo vocablo transgrede lo que establece el principio del derecho penal peruano y que se denomina Principio de “*Prohibición de la Analogía*” previsto en el Artículo III del Código Penal y que prescribe lo siguiente:

“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.”

Por todo ello es que a mi modesto entender, considero que no debió de utilizarse nunca a la palabra “*análogo*” dentro de la descripción legal del delito analizado, pues crea conflictos con la Constitución Política del Perú y con el Principio de Prohibición de la Analogía antes mencionados, como ejemplo de ello voy a mencionar a algunos funcionarios públicos o personajes que realizan labores similares a las que hacen los antes definidos, así tenemos:

- a.- **El Asistente de Función Fiscal, el Secretario Fiscal o el Asistente Administrativo.**- Quienes son funcionarios que trabajan en el Ministerio Público Peruano y son designados por la Gerencia General a un Despacho Fiscal de cualquier

nivel o especialidad. Estos realizan las mismas labores y funciones que el Secretario Judicial, el Especialista o el Relator dentro del Poder Judicial, tal como se puede ver de lo que se expresa en los Artículos Sexto y Séptimo del Reglamento de la Carpeta Fiscal⁸, aprobado por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 748-2006 de fecha 21 de junio de 2006⁹; cuyos textos son los siguientes:

Artículo 6º.- Al ingresar la denuncia a la Mesa de Partes de la Fiscalía, el Asistente Administrativo ingresará los datos en el sistema informático de apoyo al trabajo fiscal (SIATF). Luego, imprimirá una hoja que servirá de carátula, la que contendrá un código único de la carpeta fiscal y los demás datos que permitirán la identificación del mismo.

Registrada la denuncia, será derivada al Fiscal Coordinador, para la designación del Fiscal, Fiscal Adjunto y Asistente Administrativo o Asistente de Función Fiscal o quien haga las veces de Secretario Fiscal, lo que será registrado en el sistema.

Artículo 7º.- El Asistente Administrativo, Asistente de Función Fiscal o quien haga las veces de Secretario Fiscal, es el responsable del manejo, custodia, registro y archivo de la Carpeta Fiscal.

b.- El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (**ONPE**)¹⁰ y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (**RENIEC**)¹¹ son también funcionarios públicos que son seleccionados y nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú, inclusive pueden ser destituidos por esta misma entidad del Estado Peruano¹².

c.- El “Amicus Curiae” que según Wikipedia “... es una expresión latina utilizada para referirse a presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso...”¹³.

He señalado a estos funcionarios públicos para expresar que efectivamente, sus funciones y su actuación dentro de un proceso judicial o dentro de la Administración Pública son semejantes a las que cumplen los funcionarios y personas que se refieren en el Artículo

⁸ http://www.mpfm.gob.pe/ncpp/files/9f2ad2_codigo_reglamento_carpeta.pdf

⁹ <http://www.mpfm.gob.pe/descargas/normas/r10890.pdf>

¹⁰ <http://www.onpe.gob.pe/inicio.php>

¹¹ <http://www.reniec.gob.pe/portal/intro.htm>

¹² http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com_content&view=article&id=32&Itemid=120

¹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae

que analizo, sin embargo, personalmente, considero que cualquier persona que realice las conductas indicadas en la descripción legal de este delito sobre los funcionarios antes mencionados o sobre un “Amicus Curiae” y que sea procesada judicialmente por este delito, podría interponer fácilmente una “*Excepción de improcedencia de acción*” que procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, tal como lo establece el literal b del Artículo 6 del Nuevo Código Procesal Penal¹⁴, amparándose además en el Artículo 2 Inciso 24 Literal “d” de la Constitución Política del Perú y en el Principio de “*Prohibición de analogía*” antes mencionados; con lo que anularía el proceso en su contra por este delito.

Finalmente, quiero resaltar que el objetivo o la finalidad de la conducta del sujeto activo de este delito debe estar destinado a “*Influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento o competencia*” del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o del intérprete. Sobre este objetivo del sujeto activo, puedo afirmar que los donativos, ventajas o beneficios que son ofrecidos, entregados o prometidos, tienen como finalidad el encaminar la decisión o resolución final en un proceso judicial o administrativo. Esta finalidad busca un efecto motivador de los donativos, ventajas o beneficios que se ofrecen dan o prometen, para un acto posterior que es la decisión o resolución final.

5. El elemento subjetivo

Viene a ser la conducta psicológica del sujeto activo del delito en el momento de la comisión del delito, forma parte del deseo y finalidad interna del sujeto activo, por lo que no puede ser visto o apreciado a través de los sentidos, me refiero al “dolo” y la “culpa”, el primero que constituye cuando el sujeto activo actúa con conciencia y voluntad de incurrir en el delito, mientras que el segundo no requiere la conciencia y voluntad del sujeto activo, pues solo considera la negligencia, la imprudencia o la impericia del éste.

Precisado ello, puedo afirmar que de la lectura de la descripción legal de este delito se evidencia que es un **delito doloso** pues el Código Penal Peruano considera que todos los delitos son dolosos excepto cuando en la descripción legal de un delito se indique

¹⁴ <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-nuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>

expresamente que puede cometerse por culpa¹⁵, en cuyo caso el delito será culposo. En suma, como en la descripción legal del delito no aparece indicado de manera expresa que este delito se puede cometer por culpa, debemos entender que estas conductas se sancionan cuando el sujeto activo actúa de manera dolosa, es decir, con la conciencia y voluntad de incurrir en alguna de las conductas antes mencionadas.

6. Los grados de desarrollo del delito

Es necesario saber cuándo es que este delito se consuma o queda perfeccionado y también si es que admite la posibilidad de una tentativa, lo cual ocurre cuando el Sujeto Activo inicia la comisión del delito, pero este no se perfecciona; en tal sentido explico lo siguiente:

Para las conductas de *ofrecer* donativo, ventaja o beneficio, el delito se consumará con el simple ofrecimiento, no siendo necesario que las personas sobre las que recaiga este ofrecimiento lo acepten.

En las conductas de *dar o entregar* donativo, ventaja o beneficio, el delito se consumará con el acto de entregar por parte de cualquier persona o un abogado así como la recepción de alguna de las personas referidas.

Respecto a la conducta de *prometer*, estamos ante un delito de mera actividad, pero supone la existencia de la promesa del sujeto activo del delito y la aceptación de tal promesa por parte del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o del intérprete.

Por otro lado, el cumplimiento del objeto o propósito deseado por el sujeto activo, forma parte de la fase de agotamiento del delito, por lo tanto, se logre o no dicho objetivo o propósito es irrelevante para la consumación del delito.

Finalmente, considero que la tentativa solo se podría configurar en los casos de *dar o entregar* donativo, ventaja o beneficio, pues requieren la recepción por parte del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo, secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o del intérprete y, puede ocurrir que se frustren la entrega o la dación, con lo que se configuraría una tentativa.

¹⁵ **Código Penal Peruano.- Artículo 12.- *Delito doloso y delito culposo.***- “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.”

7. Las circunstancias atenuantes y agravantes

En mi criterio este Artículo presenta circunstancias que hacen que la sanción penal sea menor (atenuantes) y otras que hacen la sanción pena sea más severa (agravantes), que las encontramos en segundo y tercer párrafo del Artículo 398 del Código Penal, teniendo en cuenta el tipo básico que estaría en el primer párrafo, estas son las siguientes:

7.1.- *Circunstancias atenuantes*

La pena es menos severa cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo.

7.2.- *Circunstancias agravantes*

La pena se agrava cuando el que corrompe o el que ofrece o da donativo, promesa, ventaja o beneficio a los sujetos antes mencionados es un Abogado o forma parte de un estudio de abogados. La gravedad existe porque a diferencia del primer y segundo párrafo, este párrafo contiene además de la pena y la inhabilitación, la pena de multa.

8. La pena

Para el primer párrafo la pena es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Además también se fija la inhabilitación prevista en los Incisos 2, 3 y 4 del Artículo 36 del Código Penal¹⁶, es decir, para obtener mandato, cargo o empleo o comisión de carácter público, la suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia, y, la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, profesión, comercio, arte o industria que se especifique en la sentencia.

¹⁶ Código Penal Peruano.- Artículo 36.- ***Inhabilitación***.- “La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;...”

Para el segundo párrafo la pena es privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y la misma inhabilitación que se establece para el primer párrafo antes señalado.

Para el tercer párrafo la pena es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Sin embargo, resulta curioso por decir lo menos, como es que se ha establecido la inhabilitación para este párrafo, puesto que se ha consignado textualmente lo siguiente: “...inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa...” lo cual constituye otro punto con el que discrepo y merece un comentario, especialmente la parte que estoy subrayando, lo cual realizaré a continuación.

Si analizamos todo el Código Penal Peruano podremos verificar que cuando se impone la pena de inhabilitación siempre se señalan cuáles son los Incisos que corresponderían imponerse y cuál es el Artículo pertinente que regula la inhabilitación que se quiere imponer, pues en el Código Penal Peruano existen varios Artículos que regulan y tratan la aplicación de la Inhabilitación¹⁷. En el párrafo que comento no se ha indicado cuál es el Artículo que se debe considerar para la aplicación de la inhabilitación, pues solo se han mencionado Incisos; esta ausencia o vacío legal hace que sea inaplicable, pues el aplicarlo también vulneraría el Artículo 2 Inciso 24 Literal “d” de la Constitución Política del Perú y en el Principio de “*Prohibición de Analogía*” antes mencionados, así como el “*Principio de Legalidad*” contenido en el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Peruano, que establece lo siguiente:

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.” (El subrayado es mío)

En cuanto a la pena de multa es necesario precisar que sus límites mínimos y máximos están fijados en el Artículo 43 del Código Penal¹⁸, donde se establece que esta pena no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

Finalmente, debo señalar que otra consecuencia de la comisión de este delito es la reparación civil o indemnización a favor de los agraviados, pues en el Perú los Jueces Penales

¹⁷ Estos Artículos son los siguientes: 36, 37, 38, 39, 40, 307-F, 353, 360, 426, 432 y 436,

¹⁸ **Código Penal Peruano.- Artículo 43.- Importe del día-multa.**- El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

están obligados a fijarla conjuntamente con la pena, tal como lo establece el Artículo 92 del Código Penal¹⁹.

9. El proceso penal aplicable

En este punto debemos mencionar que en el Perú, actualmente se encuentran en vigencia tres normas que regulan la tramitación de los procesos penales, tales como la Ley N° 9024 del 16 de Enero de 1944, denominada *Código de Procedimientos Penales* que contiene las reglas del proceso penal ordinario; el Decreto Legislativo N° 124 del 15 de junio de 1981, denominado *Proceso Penal Sumario*; y, el Decreto Legislativo N° 957, denominado *Nuevo Código Procesal Penal*, siendo esta última cuya aplicación se está realizando de manera escalonada en todos los distritos judiciales del País.

Precisado lo anterior, señalaremos que el delito materia de este análisis nunca se ha tramitado con la reglas del *Proceso Penal Sumario*, pues siempre se ha tramitado bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales, es decir, con el proceso penal ordinario.

Además, debo señalar que con la Ley N° 29574 del 17 de setiembre del 2010²⁰ se dispuso la entrada en vigencia a nivel nacional del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, solo para los delitos tipificados en las secciones II, II y IV, artículos 382 al 401 del Capítulo II, del Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal, razón por la cual a la fecha el delito materia del presente análisis se tramita bajo las reglas contenidas en el Nuevo Código Procesal Penal.

10. Los beneficios penitenciarios

Los beneficios penitenciarios son incentivos que otorgan los Jueces o el Instituto Nacional Penitenciario a los condenados por estos delitos, estos son denominados el permiso de salida; la redención de la pena por el trabajo y la educación; la semi libertad; la liberación condicional; la visita íntima; así como otros beneficios; tal como lo indica el Artículo 42 del Código de Ejecución Penal²¹.

¹⁹ **Código Penal Peruano.- Artículo 92.- *Reparación civil*.**- La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.

²⁰ <http://spij.minjus.gob.pe/Normas/textos/170910T.pdf>

²¹ **Código de Ejecución Penal.- Artículo 42.- *Beneficios penitenciarios*.**- Los beneficios penitenciarios son los siguientes: 1.- Permiso de salida. 2.- Redención de la pena por el trabajo y la educación. 3.- Semi-libertad. 4.- Liberación condicional. 5.- Visita íntima. 6.- Otros beneficios.

Cada uno de estos beneficios tienen requisitos, reglas y un procedimiento especial para que sean otorgados, sin embargo, el que merece mi atención es el beneficio de semi-libertad, pues es uno de los más solicitados por los condenados ya que les permite salir de la prisión donde se encuentran cumpliendo su condena antes de que cumplan la totalidad de su condena.

Normalmente, cualquier persona condenada por un delito puede solicitar el beneficio de semi-libertad y egresar de la prisión cuando cumple un tercio de la pena privativa de libertad que se le ha impuesto, así por ejemplo, si a una persona se le condenó a seis años, puede egresar de la prisión a los 2 años, así lo establece el Artículo 48 del Código de Ejecución Penal²². Sin embargo, desde el 29 de junio del año 2002, ha entrado en vigencia la Ley N° 27770 denominada “*Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la Administración Pública*” el mismo que establece que las personas condenadas por el delito materia del presente trabajo y otros contra la Administración Pública podrán recibir este beneficio penitenciario únicamente “... cuando se haya cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza...”, conforme se indica en el Artículo 4° literal b de la referida ley.

11. Conclusiones finales

Conforme a todo lo que he indicado anteriormente, presento las siguientes conclusiones:

11.1.- La ubicación que tiene el delito de Cohecho Activo Especifico, contenido en el Artículo 398 del Código Penal Peruano es incorrecta, pues se encuentra dentro de los delitos Contra la Administración Pública, específicamente en el **Capítulo II** que sancionan a los **delitos cometidos por funcionarios públicos**, pese a que existe el **Capítulo I** que sanciona a los **delitos cometidos por particulares**. Como he mencionado anteriormente, el delito materia de la presente investigación lo comete cualquier persona, por lo tanto debió de incluirse

²² La semi-libertad permite al sentenciado egresar del Establecimiento Penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y si no tiene proceso pendiente con mandato de detención.

dentro del Capítulo que contiene los delitos cometidos por los particulares y no dentro del Capítulo que sanciona a los delitos cometidos por funcionarios públicos.

11.2.- Considerar como uno de los sujetos sobre los que debe recaer la acción del sujeto activo del delito al “*Análogo*” es inconstitucional pues vulnera el Artículo 2 Inciso 24 Literal “d” de la Constitución Política del Perú. Además, esta misma circunstancia transgrede el Principio de “*Prohibición de Analogía*” contenido en el Artículo III del Título Preliminar del Código Penal Peruano.

11.3.- La pena de inhabilitación contenida en el tercer párrafo del Artículo 398 del Código Penal Peruano y que está prevista para el Abogado corruptor es inaplicable, pues de aplicarse esta pena se vulneraría el Artículo 2 Inciso 24 Literal “d” de la Constitución Política del Perú, así como el “*Principio de legalidad*” y el “*Principio de prohibición de Analogía*” contenidos en los Artículos II y III del Título Preliminar del Código Penal Peruano.

12. Propuesta de reforma del Artículo 398 del Código Penal Peruano

De acuerdo a lo que vengo mencionando en el presente trabajo de investigación, considero que el Artículo 298 del Código Penal Peruano, debe ser reformado y propongo la siguiente descripción legal:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un juez, fiscal, perito, árbitro o miembro de un tribunal administrativo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

13. Bibliografía y Web grafía

13.1.- Bibliografía.

Bramont Arias – Torres, Luis Alberto – García Cantizano, María del Carmen (1996). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Lima, Editorial San Marcos.

Bramont - Arias Torres, Luis Miguel (2008). *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima, EDDILI, 4ª Edición.

Bustos Ramírez, Juan (1993). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Barcelona. ARIEL.

Fabián Caparros, Eduardo y Pérez Cepeda, Ana Isabel (Coordinadores) (2010). *Estudios sobre corrupción*. Salamanca, Editorial Ratio Legis.

Frisancho Aparicio, Manuel – Peña Cabrera Raúl (1999). *Delitos contra la administración pública*. Lima, FECAT.

Hurtado Pozo, José (1995). *Manual de derecho penal. Parte especial 1, 2, 3 y 4*. Segunda edición. Lima, Ediciones JURIS.

Muñoz Conde, Francisco (2010). *Derecho penal. Parte especial*. 18ª edición. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

Peña Cabrera, Raúl (1995). *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*. Segunda Edición. Lima, Editorial GRIJLEY.

Portocarrero Hidalgo, Juan (1996). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Ediciones Jurídicas Portocarrero.

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto (1993). *Comentarios al código penal de 1991*. Lima, Editorial Alternativas.

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto (1996). *Todo sobre el código penal*. Tomos I y II. Lima, Editorial IDEMSA.

Rojas Vargas, Fidel (1999). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Editorial GRIJLEY.

Rojas Vargas, Fidel e Infantes Vargas, Alberto (2001). *Código penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*. Lima, Editorial IDEMSA.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid. CIVITAS.

Salinas Siccha, Ramiro (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Editorial IDEMSA.

San Martín Castro, Cesar (2003). *Derecho procesal penal*. Segunda Edición. Lima, Editorial GRIJLEY.

Zúñiga Rodríguez, Laura (2001). *Política criminal*. Madrid. Editorial COLEX.

Zúñiga Rodríguez, Laura (2009). Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada. Editorial Comares.

13.2.- Web Grafía.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

<http://www.rae.es/rae.html>

Wikipedia, la enciclopedia libre

<http://es.wikipedia.org/>

Portal del Estado Peruano

<http://www.peru.gob.pe>

Congreso de la República del Perú.

<http://www.congreso.gob.pe>

Sistema Peruano de Información Jurídica

<http://spij.minjus.gob.pe/>

Ministerio Público del Perú.

<http://www.mpfm.gob.pe/>

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

<http://www.sunarp.gob.pe>

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

<http://www.osce.gob.pe>

Tribunal Fiscal

<http://www.tribunal.mef.gob.pe>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

<http://www.indecopi.gob.pe>

Consejo Nacional de la Magistratura.

<http://www.cnm.gob.pe/cnm/>