

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial: una revisión normativa

Mauricio Camere Figueroa*

Resumen. – El autor analiza el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial bajo una perspectiva normativa. De esta forma, se busca dar una interpretación acorde a las exigencias de la sociedad actual, delimitando cada elemento típico y sus diversas manifestaciones, además de explicar la ratio legis de su incriminación como una forma especial del delito de cohecho.

Abstract. - The author analyzes the crime of active bribery in the field of police work under a normative perspective. In this way, it seeks to give an interpretation in accordance with the demands of today's society, delimiting each typical element and its various manifestations, in addition to explaining the ratio legis of its incrimination as a special form of the crime of bribery.

Palabras claves. – Agente corruptor, Inducción, Función Policial, Deberes Positivos.

Keywords. – Corrupting agent, Inducement, Police function, Positive duties.

* Coordinador General del Taller de Dogmática Penal de la UNMSM (2023). Asistente de Catedra de Derecho Penal Parte General y Especial en la misma casa de estudio. Asistente legal en HC Defensa Penal.

I. Aproximación general

Dentro del catálogo de delitos contra la Administración Pública (Título XVIII) se encuentra ubicado el artículo 398-A en el Capítulo II de nuestro Código Penal que engloba los delitos cometidos por “Funcionarios Públicos”. En específico, dentro de la sección IV titulada como “Corrupción de funcionarios” encontramos el delito de **“Cohecho activo en el ámbito de la función policial”**, el cual contiene la siguiente descripción típica:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años.”

La regulación del artículo 398-A no siempre ha mantenido el mismo contenido, ya que inicialmente este artículo establecía la conducta típica de cohecho activo del abogado: **corrupción activa del abogado**². Es a partir del año 2017 que se incorpora, nuevamente, el artículo 398-A, pero con un contenido distinto³, a saber: **Cohecho activo en el ámbito de la función policial**. La cuestión que surge, de lo hasta ahora expuesto, es comprender por qué el legislador decidió incorporar de forma autónoma este delito que ya de forma general estaba siendo abarcado por el delito de **cohecho activo genérico**⁴ (¡el agente policial es también un funcionario público!).

¹ Los delitos contra la Administración Pública en nuestro código penal se clasifican *formalmente* en: a) delitos cometidos por particulares; b) delitos cometidos por funcionarios públicos: 1. Abuso a la autoridad, títulos y honores; 2. concusión; 3. peculado; y 4. corrupción de funcionarios; y c) delitos contra la administración de justicia. Para una clasificación material, en atención a las peculiaridades de la realización de la conducta: de prevalimiento, desobediencia y aprovechamiento de la posición, vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, pp. 191-215.

² Delito incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10 mayo 1992, el cual tenía el siguiente contenido:

“Si en el caso del Artículo 398, el agente del delito de corrupción de un Juez, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo, Auxiliar de Justicia o cualquier otro análogo, es abogado, la pena será privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años e inhabilitación conforme a los incisos 4) u 8) del Artículo 36 del Código Penal y con 180 a 365 días multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de 4 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme al inciso 4) del Artículo 36 y con 90 a 120 días multa”. Posteriormente derogado por el Artículo 4 de la Ley N° 28355, publicado el 06 octubre 2004, el cual lo incorporo como un párrafo adicional en el artículo 398.

³ Delito incorporado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1351 que modifica el código penal para fortalecer la “seguridad ciudadana”, publicado el 07 enero 2017. La incorporación también incluye los delitos de cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial y desde entonces no ha existido mayores modificaciones.

⁴ El artículo 397 de nuestro código penal tiene el siguiente contenido:

Al respecto, la exposición de motivos es un **punto de partida**⁵ para comprender la justificación político-criminal de criminalización de este comportamiento⁶. Así, en el apartado 6^{to} que abarca la “Censura Penal de la Corrupción” se aborda como segundo punto el problema de la “Corrupción Policial”. A modo de síntesis, se exponen los siguientes argumentos de la exposición de motivos:

- La criminalización autónoma de la corrupción de los agentes policiales se centra en los casos de soborno u otras conductas que atentan contra su deber funcional.
- La pena operativizada contribuirá a la prevención de conductas ilícitas del cuerpo policial.
- Las cifras de la corrupción policial destacan que, por ejemplo, en el año 2015 fueron 34 los casos de flagrancia de dicho fenómeno, de modo que, se evidencia una muestra superior a diferencia de los casos usuales de corrupción pública de los funcionarios del Ministerio Público y el Poder Judicial.
- El rol de la Policía Nacional es sustancial debido a su condición especial. Estos son la imagen representativa de la ley, el orden y la seguridad en beneficio de la colectividad, por ello, su conducta contraria es socialmente reprochable.

De lo expuesto, resultan cuestionables los argumentos presentados para regular de forma autónoma este delito⁷. Específicamente es rechazable el dato estadístico para fundamentar la necesidad de criminalización de comportamientos⁸. Por el contrario, los resultados estadísticos son un indicio que se deben tomar en cuenta junto con otros factores más a valorar. Consideramos que el *quid del asunto* radica en la posición especial del funcionario policial quien, en tanto obligado institucional, desarrolla su actividad policial en una relación muy dinámica con diferentes ciudadanos. En atención a ello, en la constante **interacción** que existe entre funcionario policial y ciudadanía es que podría explicarse la necesidad de positivización de unas expectativas sociales que

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (cursiva agregada).

⁵ Cuando se estudia la parte especial del derecho penal, esta no puede limitarse a realizar una interpretación como realización de la voluntad legislador, ni mucho menos a reducirlo a una exegesis del texto de la ley, por el contrario, es necesario dar justificación a la *ratio legis* de cada delito de la parte especial en atención a la justificación de la pena o, con otras palabras, la parte especial se ocupa, también, de la cuestión fundamental del derecho penal, a saber: **¿Por qué es permisible penar?**, vid. KUBICIEL, Michael. *La ciencia de la parte especial del derecho penal*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2021, p. 177.

⁶ Exposición de Motivos, descargada de la página web del Congreso de la República con fecha 13 de enero de 2017. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/07/EXP-DL-1351.pdf>.

⁷ De la idea de prevención nos ocuparemos al abordar la cuestión del “bien jurídico penalmente protegido” en este delito.

⁸ Igualmente rechaza el argumento estadístico, pero en el ámbito de la violencia contra la mujer POLAINO-ORTS, M. y UGAZ HEUDEBERT, J. *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 24.

la estructura social exige⁹. Así pues, lo acertado de la exposición de motivos es resaltar el rol de la Policía Nacional para la configuración social, de modo que, la regulación de este delito, que, si bien es cierto esta abarcado de forma genérica por el delito de cohecho, logra **contextualizar** el ámbito de interacción social y las reglas de juego entre el funcionario policial y los ciudadanos. En efecto, la norma es un criterio fundamental de todo mundo social, y no meramente individual, que sirve de vehículo orientador de las relaciones entre ciudadanos¹⁰, por ello, la tipificación autónoma del delito de cohecho en el ámbito de la función policial cumple la tarea de orientar conductas en el mundo social, a saber: tanto del funcionario policial como del ciudadano en la relación de interacción que surge entre ambos. De ahí que, **“la necesidad de aprobación de una norma se produce desde el momento en que surge la necesidad de reglar un determinado sector social”**¹¹.

En cuanto a la ubicación del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, como se dijo, se encuentra dentro de la **sección IV, “Corrupción de Funcionarios”**, junto con otras figuras típicas, además de las otras modalidades de cohecho: negociación incompatible (art. 399), tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401). A su vez, este delito se complementa con el **artículo 398-B, “Inhabilitación”**, el cual precisa que, si se corrompe a un miembro de la Policía Nacional encargado de la **función de tránsito o seguridad vial**, se impondrá la inhabilitación en la cancelación o incapacidad definitiva, según el caso, para la obtención de la autorización para conducir.

Que este tipo penal este catalogado como un delito de **corrupción de funcionarios** implica que es necesario aproximarnos al concepto de “corrupción”¹². El significado de corrupción es muy amplio¹³, multifuncional y polisémico¹⁴, sin embargo, el denominador común en todas las acepciones radica en: la pérdida de cualidad, la desnaturalización o deterioro, el rompimiento de un equilibrio que mantiene la entidad¹⁵. Contextualizando el concepto, esto es, no entendiendo la corrupción de forma aislada, sino en el ámbito **público**, podemos precisar que la corrupción consiste

-
- ⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 259.
- ¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005, p. 142, precisando que la norma se configura por: 1) la posibilidad de infracción; 2) ser medio orientador de conductas; y 3) asegura expectativas sociales.
- ¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 258.
- ¹² Pese a las diversas aplicaciones que rebasan el marco jurídico del concepto, aquí se utiliza como “soborno, cohecho”, en el contexto de la administración pública.
- ¹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.
- ¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 7. CASTRO CUENCA, Carlos G. “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. En MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del centro, 2020, p. 46, quien sostiene: “Hoy en día, se ha señalado que la corrupción proviene de factores económicos, institucionales, políticos, sociales e históricos y que tiene manifestaciones de índole privada, pública y social, motivo por el que se ha estudiado desde la sociología, la psicología, la criminología, la ética y el derecho, lo que ha dificultado la elaboración de un concepto unitario de corrupción”.
- ¹⁵ *Ibid.*, p. 8. Similar, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

en la utilización indebida o ilícita de las funciones públicas¹⁶ (que se derivan del Estado), en provecho de sus gestores¹⁷ o, en otras palabras, un deterioro de las instituciones públicas (funcionamiento irregular), de modo que, se vuelve incapaz de responder a las exigencias sociales¹⁸. En ese sentido, cuando se hace referencia a la **“corrupción de funcionarios”** debemos tener en cuenta dos puntos clave, a saber: 1) al funcionario que ostenta una posición diferenciada del resto de ciudadanos, por la atribución de derechos y deberes específicos en atención a la parcela social que le corresponde administrar únicamente a él (cuota de poder) en interés de la colectividad; y 2) la superposición de intereses ajenos a la colectividad, y en definitiva a la función que se le ha designado, deteriorando los valores que fundamentan las atribuciones del sujeto. A modo de síntesis: toda corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan desde la perspectiva del interés general¹⁹, en definitiva, **la defraudación de una institución social: El Estado**²⁰.

Con relación al delito analizado, la corrupción se denomina cohecho solo cuando se presenta en las esferas de competencia de los funcionarios y servidores públicos, por ello el cohecho es una de las formas de corrupción, que hace referencia cuando un funcionario público defrauda el correcto funcionamiento de la administración pública y de la imparcialidad como condiciones fundamentales de sus actos²¹. Indistintamente, se usa el término “soborno” para aludir al **cohecho**, sin embargo, pese a que ambas figuras están relacionadas, la primera, el “soborno”, se centra en la conducta de un sujeto que trata de corromper al funcionario público²², el cual se asemeja a la figura

¹⁶ En contra de un concepto social de corrupción por ser insuficiente para una aplicación *jurídico-penal*, KUBICIEL, Michael. “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En KUBICIEL, M., CARRIÓN, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020, p. 16, quien sostiene: “Por un lado, el poder público o privado también puede ser utilizado para beneficios privados de tal manera que, de acuerdo al Derecho alemán, no pueda calificar como corrupción: podría pensarse, por ejemplo, el caso del directivo que obliga al subordinado a actuar. Aquí, según el ordenamiento alemán, resulta relevante el delito de coacción (§ 240 StGB), que abarca de manera reconocida un delito contra la libertad de la persona y ningún hecho corrupto. Además, el concepto mencionado inicialmente deja abierta la cuestión de los parámetros diferenciadores entre un indebido ejercicio del poder y un ejercicio permisible de la función asignada a un rol social o profesional”.

¹⁷ Definición 4^{ta} de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n>.

¹⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 16.

²⁰ KUBICIEL, Michael. “Corrupción y compliance en el derecho penal alemán”. En KUBICIEL, M., CARRIÓN, A. *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Lima: Editores del Centro, 2020, p. 20, quien acertadamente afirma: “La protección de una institución contra la suspensión corrupta de sus reglas básicas es el objetivo común y -tanto desde el punto de vista constitucional como penal- permisible de todos los tipos penales que abarcan la corrupción. Una de las reglas fundamentales de cualquier institución es que las acciones de sus miembros se lleven a cabo en los canales abiertos por la institución solo si no están asociadas con beneficios que son inadmisibles bajo las reglas en y para la institución (...) Por lo tanto, la corrupción implica un ‘intercambio impropio’ de ventajas, por un lado, y una acción dentro de la institución, por el otro. (...) Más bien, la tipicidad de un comportamiento depende de si el otorgamiento o aceptación de una ventaja de la institución es ajena, esto es, ilegal”.

²¹ *Ibid.*, p. 17.

²² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 17. También, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.

delictiva del **cohecho activo**. En materia penal el término cohecho hace referencia tanto al comportamiento de corrupción del funcionario o del particular, ambas fuentes generadoras de corrupción²³.

Asimismo, la figura de “cohecho” como una de las modalidades estructurales de la corrupción delictiva dentro de nuestro Código Penal, tiene diversas figuras típicas: a) cohecho pasivo propio (art. 393); b) cohecho pasivo impropio (art. 394); c) cohecho pasivo específico (art. 395); d) cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A); e) cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B); cohecho activo genérico (art. 397); f) cohecho activo específico (art. 398); g) cohecho activo en el ejercicio de la función policial (art. 398-A), etc. Lo esencial es entender que, en el **cohecho pasivo** el centro de atención de la norma penal es la conducta del funcionario público, mientras que en el **cohecho activo** es la conducta de un sujeto indeterminado que trata de corromper al funcionario. De esta forma, el núcleo central de los delitos de cohecho es la **compra-venta (o su intento) de la función pública**²⁴. De esta manera, la tipología del cohecho de nuestra regulación positiva es reflejo de la multiplicidad de corrupciones y sobornos que se configuran en el mundo funcional, alrededor de la esfera de abuso del poder y prevalimiento del cargo y del disfrute de la causa pública al servicio de enriquecimientos privados²⁵. En su modalidad de cohecho activo se centrará el análisis dogmático del delito regulado en el artículo 398-A.

Finalmente, respecto a las características del cohecho activo, se debe señalar que puede evidenciarse su naturaleza unilateral²⁶ y bilateral²⁷ en atención a la conducta típica que se realice (solicita; y dar o prometer, respectivamente). Lo que sí es necesario para su configuración es la **concurrencia** del funcionario policial y un sujeto que trate o logre corromper al funcionario, sancionándose cada conducta de forma independiente. Esto último, lleva a un sector de la doctrina entender que es un delito de “participación necesaria”²⁸, “plurisubjetivo”²⁹ o de “encuentro”³⁰. Al respecto, debe mencionarse que el legislador ha decidido tipificar de forma autónoma una

-
- ²³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 18.
- ²⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 410.
- ²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delito de Cohecho. Reflexiones sobre su regulación en España tras la reforma de 2010”. En JAKOBS, G., POLAINO NAVARRETE, M., POLAINO-ORTS, M., CARO JOHN, J., GARCÍA CAVERO, P., GERMANI, J. *Legitimación del Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2012, p. 155.
- ²⁶ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 547.
- ²⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 409. También, MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 95.
- ²⁸ MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 95.
- ²⁹ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 546.
- ³⁰ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 808. También, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 385.

conducta de participación de emprendimiento³¹ en donde se exige solamente la concurrencia de otro interviniente (funcionario), de modo que, se puede **manifestar de forma unilateral o bilateral**³² responsabilizando a cada uno de forma independiente en atención a su propio comportamiento. Así las cosas, de la estructura típica de este delito se puede sostener que es la de una **inducción o instigación** (incluyendo la tentativa punible), por consiguiente, para determinar la conducta relevante (solicitar, dar u ofrecer) de este delito es necesario que se cumplan los requisitos generales de la figura de la instigación³³: 1) elemento objetivo; 2) elemento subjetivo; y 3) elemento final.

II. El bien jurídico penalmente protegido: ¿ficción?

Para comprender la lesividad de este comportamiento, debemos hacer referencia al **bien jurídico** que se protege en este delito. Este análisis no puede centrarse únicamente en el delito de cohecho activo, sino que es necesario comprender lo que realmente se protege con los delitos de cohecho en general. Por lo tanto, a continuación, expondremos los argumentos de la doctrina en la comprensión del bien jurídico penalmente protegido.

i. ¿Imparcialidad, legalidad y correcto funcionamiento?

Abanto Vásquez precisa que el bien jurídico afectado en todo delito contra la Administración Pública es y debe ser “el funcionamiento de la Administración Pública”³⁴, mientras que el objeto del bien jurídico directamente atacado o bien jurídico específico depende de cada figura delictiva. En el **cohecho propio** se afecta la legalidad e imparcialidad en el desempeño funcional y en el **cohecho impropio** la imparcialidad en el desempeño de funciones que admiten un poder discrecional o el peligro para la imparcialidad; mientras que en el **cohecho activo** se protege la imparcialidad y el **ejercicio regular de la actividad funcional**³⁵. De forma similar, Montoya Vivanco distinguiendo los bienes jurídicos específicos en cada modalidad de cohecho, señala que la “imparcialidad del ejercicio de la función pública” y “la gratuidad o no venalidad de la función pública”³⁶ son los bienes específicos que se protegen en el delito de

³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2005, p. 296, quien sostiene: “Estos supuestos delictivos se caracterizan por constituir tipos de consumación alternativa en relación con el propio *iter criminis*, estimándose alcanzado el grado perfecto de la ejecución, tanto cuando se produce consumación real, como cuando artificialmente se determina ésta por sólo haberse dado comienzo a la ejecución, o efectuado todos los actos ejecutivos sin llegar a producir el resultado propio de la consumación genuina”.

³² VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 384. También, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 55.

³³ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019, pp. 774-780.

³⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 420.

³⁵ *Ibid.*, pp. 422-421

³⁶ MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 100.

cohecho pasivo propio y cohecho activo propio; y cohecho pasivo impropio y cohecho activo impropio, respectivamente.

Fidel Vargas señala que el interés o valor esencial a tutelar normativamente es “la imparcialidad del sujeto público”³⁷. Esta imparcialidad es la **condición esencial de la actividad del funcionario** y supone que en el desarrollo de su actividad funcional debe actuar con neutralidad y objetividad. Tanto en el delito de cohecho pasivo como activo se protege la imparcialidad pues siempre está en juego el ejercicio de actos funcionariales libre de presiones o elementos anómalos que interfieran en su normal desenvolvimiento.

De forma similar, sostiene Reategui Sánchez que el bien jurídico es la “imparcialidad de la actuación administrativa”³⁸ que se evidencia en el cumplimiento del deber de objetividad o indiferencia, y el deber de distribuir beneficios a favor de la colectividad. En cuanto al delito de **cohecho activo**, específicamente se protege el ejercicio regular de las funciones públicas contra actos de sujetos que intentan corromper a los funcionarios públicos.

Por su parte, Peña Cabrera, considera que el bien jurídico tutelado ha de corresponderse con los conceptos elementales que guían la Administración Pública, tales como la imparcialidad, objetividad y estricta legalidad, que son baluartes esenciales de toda la función pública³⁹. Además, precisa que es problemático fundamentar ese mismo bien jurídico en el cohecho impropio debido a que en esta modalidad el funcionario cumple con sus funciones, en consecuencia, la criminalización de esta modalidad es puramente político-criminal y resulta incompatible con la idea material de injusto⁴⁰, de ahí que, no se pueda fundamentar en todas las figuras delictivas de cohecho un mismo bien jurídico. También la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en la Apelación NCPP 03-2015, San Martín (f.j. 12)⁴¹ señalando que: “el bien jurídico específico tutelado está dirigido a preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público”.

De todo lo expuesto, resulta cuestionable que la doctrina tenga una visión **estática**⁴² del bien jurídico en los delitos contra la Administración de Pública y, en particular, en

³⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 53.

³⁸ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores, 2017, p. 810.

³⁹ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 571.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Sala Penal Permanente: Recurso de Apelación NCPP N° 03-2015-San Martín, fundamento jurídico 12.

⁴² Ya Welzel se mostraba en contra, y sostenía que la teoría de la lesión del bien jurídico, envuelta por el dogma causal, reduce el concepto del delito a la lesión “externa” de un bien jurídico, lo cual desconocería la semántica de la configuración social, esto es, desconocería la realidad social del derecho. Así pues, sostenía Welzel que: “sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; solo una concepción de la realidad como “mundo museal muerto” puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna”, vid., FRISCH,

los delitos de “Corrupción de Funcionarios”; reduciendo el ámbito de lesividad del comportamiento a la **lesión** externa de un bien jurídico existente. Si lo que se protege es la “imparcialidad” y “legalidad” no se entiende por qué el Derecho Penal no interviene cuando, por ejemplo, un funcionario policial prescinde del conducto regular para formular cualquier solicitud o reclamo⁴³; llega con retraso a la ceremonia que se le ha designado por preferir ver el periódico cerca al trabajo⁴⁴; o no cumple o altera las ordenes impartidas⁴⁵, es evidente que en estos supuestos, y en muchos otros más, se evidencia la no imparcialidad del funcionario, pero el Derecho Penal no interviene. Esta perspectiva de la doctrina clásica pasa por alto dos cuestiones, a saber: 1) el aspecto social y la relevancia del Estado, en tanto una **institución** elemental para la sociedad; y 2) el funcionario público, sujeto especial revestido de una cualidad **fundante** a quien se le encomienda una competencia específica⁴⁶ en representación de la ciudadanía. A su vez, ordenar el Derecho Penal en función de un esquema tan sencillo como lo es la idea de “proteger bienes existentes” resulta insuficiente⁴⁷, pues los bienes también requieren ciertas condiciones de supervivencia (no se puede entender un bien de forma aislada, vagando por la sociedad) sin las cuales no pueden ser usados, por ello, es necesario proteger dichas **condiciones de subsistencia**. Así, solo en un Estado con una administración de justicia segura podrá existir propiedad segura, ello implica proteger también a la administración de justicia frente a los cohechos, prevaricaciones, etc., pero cuando el funcionario público comete un cohecho no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él: “Correcto Funcionamiento Administración Pública”, sino que **no ha generado aquella correcta administración pública que debe existir⁴⁸, esto es, no lo ha puesto en funcionamiento**. Veamos a detalle, este cambio de perspectiva.

ii. Instituciones sociales y deberes positivos

La tesis de la protección de los bienes jurídicos, esto es, que una persona encarnada en sus bienes es protegida frente a los ataques de otras personas en tanto exige una pretensión general al ordenamiento jurídico de **respeto⁴⁹**, se muestra insuficiente para explicar todo cometido del Derecho Penal. En efecto, teniendo en cuenta la actual configuración de la sociedad, el Derecho Penal ha de garantizar la institución negativa

W., JAKOBS, G., KUBICIEL, M., PAWLIK, M., STUCKENBERG, C. (eds.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 130.

⁴³ Infracción Leve N° 16, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

⁴⁴ Infracción Leve N° 18, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

⁴⁵ Infracción Leve N° 26, Tabla de Infracciones y sanciones de la Ley 30714, “Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú”.

⁴⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. “Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español”, en *Revista del Poder Judicial*, Vol. 6, Núm. 6/7, 2011, p. 2. DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.210>.

⁴⁷ JAKOBS, G. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *Libro Homenaje a Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Externado Colombia, 2003, p. 43.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibid.*, p 42.

neminem laede (¡no lesiones mis derechos!) al menos en sus puntos fundamentales⁵⁰, de esta forma se posibilita una conducción vital autodeterminada, lo cual constituye un proyecto sumamente rico en sus presupuestos⁵¹. Sin embargo, el sistema de deberes de respeto no cubre todos esos presupuestos para poder garantizar la realidad de la libertad personal, por ello, es necesario “proteger”- si se quiere mantener la terminología tradicional- determinadas condiciones de mantenimientos sin las cuales los bienes jurídicos (vida, salud, libertad, etc.) carecen de valor: la vida o la salud sólo pueden conservarse si existen centros hospitalarios- que son posibles gracias a la Municipalidades- y también una policía que los proteja frente a agresiones ilegítimas⁵². El Derecho Penal debe ocuparse en, sentido amplio, de la creación y preservación de bienes jurídicos, esto es, **situaciones positivamente valoradas**⁵³. Por un lado, lo hace garantizando la relación jurídica negativa esencial de toda interacción mínima en sociedad: deber negativo entre las personas. Por otro lado, una segunda forma de ocuparse es mediante la tutela de un bien vulnerado o incluso **estableciendo un bien**⁵⁴: deber positivo de fomento o mejora. En ese sentido, el juez debe decidir el litigio de forma neutral, el comandante debe impedir los delitos de sus subordinados, el padre debe curar a su hijo de la enfermedad pese que él no lo ha causado, etc. Y para que estos deberes positivos existan, es necesario una **institución** con capacidad para cumplirlos: la paternidad; la Administración Pública, de justicia, en definitiva, el **Estado**. De ahí que, la idea proteger bienes jurídicos ante su lesión resulta insuficiente en el ámbito de deberes positivos, ya que, no puede comprenderse la función del Derecho Penal como si siempre estuviese dirigida a la protección de bienes existentes, al contrario, en el ámbito de los deberes positivos los bienes deben ser producidos o constituirse, en definitiva, «las instituciones deben ponerse en funcionamiento, esto es, establecerse»⁵⁵.

El Estado, es una de esas instituciones sociales que posibilita la realidad de la libertad personal, o mejor decir, la realidad del derecho. Así pues, el objeto de las relaciones de garantía institucionales está constituido por las condiciones estructurales de una institucionalización social del derecho, lo cual no puede garantizarse mediante la organización descentralizada entre personas⁵⁶. La institucionalización social del derecho es posible por los **presupuestos de una vigencia organizada del**

⁵⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 93.

⁵¹ PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 94.

⁵² JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 61-62. También, JAKOBS, G. *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho penal*. Buenos Aires: Bdef, 2020, p. 54, añadiendo que: “(...) para el desarrollo y la ampliación de la formación educacional de la población existen escuelas y universidades, mientras que para la manutención y el fomento de la productividad el legislador crea el derecho comercial y societario, estableciendo tribunales para definir el derecho aplicable, así como para el mantenimiento de la democracia se realizan elecciones”.

⁵³ JAKOBS, G. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, p. 53.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 57.

⁵⁶ MÜSSIG, Bernd. “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en el Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización”. En GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, p.212.

ordenamiento jurídico, esto es, requisito de todo ordenamiento jurídico es garantizar la seguridad exterior e interior. Esta última, la seguridad interior, incluye el establecimiento de procedimientos y organizaciones, en cuanto infraestructuras basadas en el poder, para el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico⁵⁷, por ello, los titulares estatales de esta infraestructura de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico actúan en el marco de relaciones institucionales de garantía: la policía en tanto garante de protección y prevención de delitos, los jueces y funcionarios al servicio de la administración de justicia en tanto garantes de la decisión con autoridad justa o los fiscales en cuanto garantes de la persecución penal⁵⁸.

De lo expuesto, se entiende que existe una relación general **Estado-ciudadano**, en tanto nos encontramos en un **Estado de Juridicidad**, es decir, tras la renuncia del Estado a la naturaleza, exigimos al Estado un cúmulo de prestaciones elementales que debe garantizar⁵⁹ para posibilitar una libertad personal verdadera. Esas prestaciones que la sociedad exige a esta institución se materializan mediante sus funcionarios públicos, sus representantes. La gran cantidad de cometidos que el Estado moderno asume fundamenta el deber de los órganos estatales a satisfacer, conforme a cada ordenamiento, los cometidos estatales que se le exigen⁶⁰. Así, los funcionarios públicos están obligados con las exigencias que se derivan de esa posición especial, la cual, ha sido fundamentada por el Estado. De este modo, será el núcleo de las funciones estatales las que revisten de legitimidad a las competencias jurídicas que se le asignan a un determinado sujeto para el cometido estatal. Esto implica, que la persona que ocupa un rol especial estatal debe administrar los derechos y deberes especiales que se le han atribuido conforme al cometido estatal, o mejor decir, la satisfacción de las prestaciones estatales elementales son **los presupuestos de una vigencia organizada del ordenamiento jurídico cuyo cometido le compete al funcionario público**. En ese sentido, cuando un funcionario comete un delito, defrauda la vigencia organizada del ordenamiento jurídico, esto es, la expectativa de poner en funcionamiento una institución elemental: El Estado.

En los delitos de corrupción de funcionarios, lo central es que el funcionario público no defraude ciertas expectativas que se le tienen asignadas, en concreto, que cumpla con realizar los cometidos estatales sin corrupción; en consecuencia, el *quid* del asunto es que no defraude su rol especial e infrinja un deber positivo: *de fomento*. Se trata de una relación jurídica positiva en atención al cumplimiento de las funciones estatales respectivas, y en tanto representante del Estado debe realizar dicha *prestación de fomento libre de corrupción*. Entonces, la *ratio legis* radica en castigar el aprovechamiento del cargo que realizan estos funcionarios públicos al incumplir sus

⁵⁷ *Ibid.*, p. 213.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 195.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 198-199.

competencias institucionales⁶¹, de modo que no se produce o constituye una institución elemental. Esto último no implica un mero cambio terminológico, pues como se expuso, la idea de proteger bienes es insuficiente: **no se trata de bienes, sino de personas**, el Derecho penal debe garantizar las relaciones jurídicas, que existen entre las personas, que posibilitan el orden social, y lo hace, por un lado, asegurando las relaciones negativas y por otro, asegurando las relaciones positivas encomendadas a ciertos sujetos. En ese sentido, se busca justificar **porqué a una determinada persona se le impone una pena debido a que no realizó determinadas prestaciones que permiten la existencia de una libertad real**.

Como se dijo inicialmente, con estos delitos se establecen las reglas de juego en un determinado sector social para posibilitar la orientación social, de este modo, en el ámbito de la función policial, se trata que toda actuación del funcionario policial revista de legitimidad y no sea utilizada en su provecho particular, a su vez, el ciudadano tiene que respetar al representante del Estado en tanto garante de los cometidos estatales: **policiales**, de modo que, no puede sobornar- o intentarlo- al funcionario. En definitiva, el art. 398-A establece el siguiente mensaje: **¡no defraudes la expectativa social de imposibilitar los cometidos estatales!** Esto último, muestra la particular forma de entender la responsabilidad penal de aquellos que no están vinculados con una institución⁶² y por lo tanto no pueden lesionarla.

III. Tipicidad objetiva

El delito regulado en el artículo 398-A, hace referencia a la **conducta del agente corruptor de “ofrecer, dar o prometer” un medio corruptor** (“donativo o cualquier ventaja o beneficio”) **a un miembro de la policía nacional para que: a) realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial** (lo que se denomina como “propio”); **o b) realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones respectivas** (lo que se denomina como “impropio”).

Se trata de la infracción **culpable** de la norma de cohecho activo en el ámbito de la función policial. En efecto, solo quien vulnera la norma siendo responsable adquiere el **significado** según el esquema interpretativo objetivo⁶³, esto es, solo quien de forma culpable infringe la norma regulada en el artículo 398-A emprende algo que significa **corromper a un funcionario público según la configuración actual de la sociedad**. No se trata de “culpabilidad” como adición de un elemento más del delito, como usualmente lo entiende la doctrina, sino de algo **constitutivo** pues únicamente entran en la lupa del Derecho Penal aquellos sujetos que son autorresponsables. En esa misma línea, afirma Jakobs que: **«la diferencia jurídico-penalmente determinante para**

⁶¹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

⁶² *Ibid.*, p. 403.

⁶³ JAKOBS, G. *El concepto jurídico-penal de acción*. Bogotá: Externado de Colombia, 1996, p. 44.

valorar una conducta reza: sentido o naturaleza, en lo cual, la naturaleza puede contener perfectamente otro sentido parcial, pero justamente no un sentido relevante para el Derecho penal»⁶⁴. En lo que sigue pasaremos a explicar detalladamente, cada uno de los elementos típicos del delito, o mejor decir, a desentrañar el significado de la conducta de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

i. La conducta típica: ofrece, da o promete

En primer lugar, el **agente corruptor debe realizar la conducta típica de “ofrecer, dar o prometer”**. Básicamente se trata de una conducta de inducción, pues el interesado induce a un funcionario (o lo intenta) a que se comporte deslealmente para lograr un objetivo. De esta forma el tipo penal ofrece un triple mecanismo corruptor alternativo, sancionándose cada una de estas según las características del caso⁶⁵. En ese sentido, el agente corruptor tiene que ser competente por la realización típica, es decir, el sujeto rebasa los límites del riesgo permitido y realizó una conducta con un significado perturbador.

- Ofrecer

Así, por un lado, **“ofrecer”** hace referencia a la conducta de **proponer**⁶⁶, es decir, exponer un proyecto o una idea a otra para que esta lo acepte y dé su conformidad para realizarlo; de **procurar**⁶⁷, esto es, intentar conseguir o lograr un objetivo; de **gestionar**, o sea, de hacer las acciones necesarias para conseguir o resolver una cosa; y **ofertar**, lo que significa ofrecimiento o propuesta de algo. En ese sentido, en este contexto, **“ofrecer”** significa que un ciudadano, de forma **unilateral**, propone u oferta la entrega de un medio corruptor a un funcionario policial, quien, siendo competente de sus atribuciones, o bien acepta la oferta y se compromete a realizar la conducta propuesta o la rechaza. En ambos escenarios, la conducta se centra en el agente corruptor, que con la conducta de ofrecimiento responde penalmente independientemente de la actuación del funcionario policial⁶⁸. En atención a esto último, se señala que al ser un delito de

⁶⁴ JAKOBS, G. “Accesoriedad. De los presupuestos de la organización en común”. En FALCONE, Andrés (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 252.

⁶⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 181. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 467.

⁶⁷ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

⁶⁸ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 662, destacando el adelantamiento de las barreras de intervención punitiva como expresión de la lucha de la corrupción. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 471.

mera actividad con el ofrecimiento se consuma el delito⁶⁹, de modo que, para su configuración se tendrá que acreditar la oferta corruptora⁷⁰.

- Dar

Por otro lado, “**dar**”, hace referencia a la conducta de **entregar**, esto es, poner una cosa en poder de alguien; de **otorgar**, es decir, conceder o dar una cosa, generalmente como mérito o recompensa; y de **transferir**, que significa ceder un derecho, un poder o una atribución que se tiene sobre cierta cosa o también pasar dinero de una cuenta a otra mediante una transferencia bancaria. En ese sentido, en este contexto, “dar” significa entregar materialmente el medio corruptor, por parte de un ciudadano, y otro de recepción⁷¹, por parte del funcionario policial, para que este último realice una conducta contraria a sus obligaciones o conforme a estas. Esto último, pone en evidencia que no basta con ofrecer, sino que se tiene que entregar y recibir el medio corruptor⁷², de ahí que, en esta modalidad típica es necesario la **bilateralidad** entre ambas prestaciones: dar-recibir, lo cual también configurará para el funcionario policial el cohecho pasivo.

De esta forma, para que pueda existir una diferenciación con las otras conductas típicas, la conducta “dar” abarca todos los supuestos en donde el funcionario le solicita al ciudadano y este le entrega el medio corruptor, o cuando es el ciudadano quien tiene la iniciativa y le entrega el medio corruptor⁷³, en ambos casos la entrega debe ser inmediata.

- Prometer

Por último, “**prometer**”, hace referencia a la conducta de **pactar**, es decir, acordar algo entre dos o más personas; de **asegurar**, esto es, dar garantía o seguridad de que una cosa va a suceder o realizarse; o específicamente significa decir a una persona que hará algo, comprometiéndose u obligándose a ello. En ese sentido, en este contexto, se trata de “prometer” un medio corruptor a **futuro**, es decir, de algo que puede pasar y, en este ámbito, lo que pasará es la entrega del medio corruptor al funcionario policial que **aceptó** la promesa. Esto último, pone en evidencia la **bilateralidad** que se manifiesta en el pacto o acuerdo establecido entre el agente corruptor y el funcionario, de modo que, el

⁶⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 183. También, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 639; VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 397.

⁷⁰ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 668. También, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 639.

⁷¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 183.

⁷² *Idem*.

⁷³ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 669.

funcionario policial tras realizar la conducta acordada podrá recibir el medio corruptor prometido.

De esta forma, se diferencia de la anterior conducta típica (dar) porque no hay entrega del bien, sino solo la promesa a futuro de la entrega, sin embargo, es necesario que se acepte la promesa que **motiva** al funcionario policial⁷⁴ a corromperse, de ahí que, cuando no se acepte la promesa, la conducta del agente corruptor será de **ofrecimiento**. Que a futuro se incumpla lo prometido no excluye que sea punible el delito, pues este se consuma con la promesa y no la entrega efectiva, una vez más, delito de mera actividad⁷⁵. Asimismo, la promesa debe ser idónea y reunir las características de seriedad, credibilidad y posibilidad, de modo que, ofrecimientos imposibles de cumplir, de contenido fantástico o inexistentes no reúnen dichas características⁷⁶ y por ello son impunes.

A. Precisiones

Debe especificarse, como se expondrá más adelante, que las 3 conductas típicas señaladas están en una **relación final** con la conducta del funcionario policial. Así, por ejemplo, el corruptor **“ofrece”** un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones; el corruptor **“da”** un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones; y el corruptor **“promete”** un medio corruptor **para** que realice la conducta determinada de acuerdo o en contra de sus funciones. Por consiguiente, debe existir **homogeneidad entre lo inducido y lo ejecutado**⁷⁷, es decir, una congruencia perfecta que revele sin fisuras que la actuación inductiva tuvo la intensidad suficiente para determinar a un concreto autor a la ejecución de un concreto delito, en este contexto, para que el funcionario policial infrinja o cumpla con sus obligaciones. Así, por ejemplo, no configuraría delito de cohecho activo si un sujeto le entrega dinero a un efectivo policial para que este vaya, en su tiempo libre, a la escuela a dar una charla a los jóvenes, o cuando se le entrega dinero para que cuando llegue a casa le haga el favor de ir al supermercado a comprar ciertos productos, u ofrece 50 soles al policía de tránsito por ayudarlo a reparar o empujar el auto averiado, etc. En definitiva, las conductas típicas de ofrecer, dar o prometer están dirigidas a las **competencias**

⁷⁴ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 760. Similar, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184.

⁷⁵ PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 760. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 642. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 397.

⁷⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 44.

⁷⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “En los límites de la inducción”, *InDret*, N° 02-2012 p. 15. Recuperado de: <https://indret.com/en-los-limites-de-la-induccion/>.

del funcionario policial, de lo contrario, si es ajeno a sus derechos y deberes quedará impune.

A su vez, no se debe obviar que puedan presentarse supuestos en donde las conductas típicas se alternan de modo que concurren, por ejemplo, la entrega de un medio corruptor y la promesa de algún otro medio corruptor cuando complete el trabajo⁷⁸.

Además, las conductas típicas están en una **relación temporal** con el medio corruptor, pues en el “ofrecimiento” no se entrega aun el medio corruptor, sino que simplemente se propone; mientras que cuando se “da” el medio corruptor, la recepción es inmediata; y cuando se “promete”, esto es, existe un acuerdo de voluntades entre el “corruptor” y funcionario policial, el medio corruptor se entregara (o no) a futuro, por lo general, después que se realiza la conducta del funcionario policial.

Así pues, estas 3 conductas típicas fenotípicamente pueden darse de cualquier forma, pues el tipo penal hace referencia a **“bajo cualquier modalidad”** y buscan, generalmente, que el funcionario favorezca los intereses del “corruptor”. Al dejar abierto el tipo penal la modalidad de ofrecimiento, entrega o promesa del corruptor hacia el funcionario policial, ello posibilita entender que el corruptor puede, por ejemplo, ofrecerle a un efectivo policial de un rango inferior que posteriormente le propondrá al oficial de una posición superior. En definitiva, la conducta típica puede ser directa o indirectamente (por acto propio o mediante terceros), explícita o implícitamente, escrito u oralmente⁷⁹.

ii. Medios corruptores: donativo o cualquier ventaja o beneficio

En segundo lugar, la conducta típica de ofrecimiento, entrega o promesa se lleva a cabo mediante **los medios corruptores** establecidos en el mismo tipo penal, esto es, **“donativo o cualquier ventaja o beneficio”**. Ello merece una explicación:

- a) El donativo es el bien mueble o inmueble que el efectivo policial acepta, recibe o rechaza⁸⁰. Este obsequio o regalo tiene un valor económico⁸¹, esto es, traducible en dinero. Este donativo, como señala un sector de la doctrina, implica el quiebre de la imparcialidad del funcionario ya que se está poniendo “precio o pago” por los actos funcionariales públicos. Este es de naturaleza material o corpórea, de este modo podemos valorarlo objetivamente y diferenciarla de la ventaja o beneficio. El donativo, más allá de establecer un mínimo de cuantificación económica, debe ser de tal intensidad que debe mover o motivar a que el

⁷⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 184.

⁷⁹ *Idem*.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 646.

⁸⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 36.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 645.

⁸¹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

funcionario realice lo establecido por el interesado⁸². Ejemplos de donativos pueden ser muy diversos, tales como sumas de dinero, transferencias bancarias, celulares, laptops, etc.

- b) La ventaja o beneficio, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, tiene un papel subsidiario⁸³, abarcando todo aquello que no esté considerado como donativo. Por ejemplo, empleos, ascensos, premios, servicios gratuitos, un favor sexual etc. En ese sentido, el legislador establece una fórmula *numerus apertus* que permite una diversidad de formas.

Cabe mencionar que, en atención a la conducta de cohecho activo, sobre el medio corruptor, la Corte Suprema ha determinado que es necesario que **se acredite dicho medio, de lo contrario no se configura el delito de cohecho activo**⁸⁴. En ese sentido, la determinación del sometimiento a **influencias fuertes** de un funcionario policial **autorresponsable** puede ser acreditado mediante una valoración objetiva⁸⁵. Como señala Hernán Orosco:

“Si bien en la esfera intersubjetiva, a diferencia de lo que sucede con las explicaciones causales, no es posible afirmar con total certeza que la decisión delictiva del ejecutor se debe a la influencia motivacional ejercida por otra persona, esta afirmación sí es mucho más plausible cuando dicha persona no se limitó a una influencia cualquiera sobre la voluntad del ejecutor, sino que le prometió una remuneración”⁸⁶.

Igualmente, también se ha exigido que se precise la **imputación necesaria del delito, no solo en el aspecto fáctico y jurídico, sino sobre todo el probatorio**⁸⁷, en ese sentido, no basta con mencionar el delito del Código Penal y la descripción de los hechos para sustentar la responsabilidad, ya que si no existe una **base objetiva debidamente acreditada** no existirá responsabilidad penal alguna.

iii. Miembro de la policía nacional y función policial

⁸² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 41.

⁸³ *Ibid*, p. 46.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 646. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 390.

⁸⁴ Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 2298-2014, Callao, fundamento jurídico, 4. Igualmente, la Sala Penal Transitoria: Apelación N° 10-2017, Puno, que en su sumilla establece: “En el caso, este Supremo Tribunal, con la prueba personal y documental actuada en juicio, se acreditó que el imputado, agente de calidad especial, realizó la conducta prescrita en el verbo rector “solicitar” en forma directa o indirecta, a terceros, intermediarios, entre otros, a fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento y competencia fiscal. Entonces, se enervó el principio de presunción de inocencia”.

⁸⁵ Sobre la Co-Influencia sobre los intervinientes y una propuesta de la graduación de la intervención delictiva, vid., OROZCO LÓPEZ, Hernán D. “La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]”. *InDret*, N° 2-2021, p. 172. Recuperado de: <https://indret.com/la-graduacion-de-la-intervencion-delictiva/>.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 457-2018, Puno, fundamento jurídico 4.

En tercer lugar, la conducta típica de ofrecimiento, entrega o promesa de un medio corruptor debe recaer sobre un **miembro de la Policía Nacional, y, por ende, de sus funciones derivadas**. En ese sentido, es miembro de la Policía Nacional **el funcionario público que se le imputa un ámbito de competencia con funciones y facultades para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, de modo que, representa la ley, el orden y la seguridad en toda la República**⁸⁸.

En la medida en que estamos ante un supuesto particular de cohecho activo, el art. 398-A del Código Penal abarca los contextos de **“Función Policial”**. Esta hace referencia a la **finalidad fundamental del funcionario policial**, la cual está regulada en el art. 166° de la Constitución Política:

“La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

En consecuencia, cuando se hace referencia a la “función policial” se quiere decir que **el funcionario policial actúa bajo el amparo de su finalidad fundamental**⁸⁹, como, por ejemplo, garantizando, manteniendo y restableciendo el orden interno; prestando protección, etc. De este modo, la función policial se materializa mediante la **ejecución del servicio policial**, requiriéndose del personal policial conocimientos especializados que permita la excelencia del servicio a prestar⁹⁰. Esto significa que no cualquier persona puede ser policía, sino que se requiere determinados requisitos para ostentar un rol especial.

En atención a las exigencias típicas del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, **la conducta del corruptor se dirige al funcionario policial**. En este punto, debe precisarse si se utiliza un concepto abierto de funcionario policial o uno restrictivo. Por un lado, un concepto abierto de funcionario policial implicaría desbordar los límites de la tipicidad, porque simplemente bastara con corroborar la

⁸⁸ Definición propia elaborada a partir del art. 2° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú. También, tener en cuenta la definición del Manual de Organizaciones de las comisarias PNP, 2016, que define al policía como “persona humana investida de poder de policía del Estado para el ejercicio de sus funciones, que vela por la protección de la vida, el cumplimiento de la ley, la seguridad del patrimonio público y privado, para garantizar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de todos los peruanos”.

⁸⁹ La Ley de la Policía Nacional del Perú, en su Título Preliminar, artículo III, “función policial”, señala que: La Policía Nacional del Perú para el cumplimiento de la función policial realiza lo siguiente:

- 1) Garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y la seguridad ciudadana.
- 2) Presta protección, y ayuda a las personas y a la comunidad.
- 3) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado.
- 4) Previene, investiga los delitos y faltas, combate la delincuencia y el crimen organizado.
- 5) Vigila y controla las fronteras.
- 6) Vela por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población.
- 7) Presta apoyo a las demás instituciones públicas en el ámbito de su competencia

⁹⁰ *Idem*.

formalidad del funcionario policial⁹¹ y las atribuciones genéricas que tiene todo funcionario policial y que están reguladas en el título I y II de la “Ley de la Policía Nacional del Perú”⁹²; por consiguiente, un concepto restrictivo de funcionario policial es más plausible. Así, la conducta del “corruptor” debe ir dirigido hacia el funcionario policial competente de la realización de los actos que tiene a su **cargo**, esto significa que son los parámetros relativos al rol que el agente desempeña los que determinan los límites de lo permitido, y en el caso del funcionario policial sus finalidades, los medios y los límites del ejercicio de su función están delimitados con precisión en el plano administrativo, disciplinario, procesal y penal⁹³. Como afirma el profesor Pawlik:

“En el marco de la imputación personal solamente entran en cuestión las condiciones bajo las cuales un cometido estatal se actualiza en la persona de un funcionario concreto –aquí: determinado funcionario policial–. Por eso, el funcionario policial cuyo deber de garante está en discusión tiene que ser visto, desde la perspectiva de un observador objetivo que sea ajeno a la función pública, en su rol de representante del Estado respecto de su cometido de impedir delitos, es decir, de funcionario obligado a actuar preventivamente con **su competencia territorial y material**”⁹⁴.

Esto último lleva a la cuestión de qué pasaría si se le pide ayuda a un funcionario que no sea competente directo de lo instigado por el corruptor. En estos casos, en donde no se ostenta la competencia directa, y, sin embargo, este funcionario ayuda, en la medida que, por ejemplo, transmite lo que quiere el corruptor al funcionario competente, por ejemplo, el comisario, se debe sancionar al funcionario que ayudó o facilitó el delito como un cómplice. Esta solución, coincide con el parecer doctrinal mayoritario que entiende que **el sujeto activo en este delito es cualquier persona, ya que estamos ante un delito común**, de modo que, también puede ser otro funcionario público.⁹⁵ Así, es cómplice el funcionario que coopera a la realización del delito,

⁹¹ VACCHELLI, Ezequiel. “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”. *InDret*, N° 4-2017, pp. 4-5. Disponible en <https://indret.com/en-los-limites-del-rol/>. Igualmente, PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos policiales”. *InDret*, N°1-2008, p. 7. Disponible en: <https://indret.com/el-funcionario-policial-como-garante-de-impedir-delitos/>.

⁹² El art. 1° regula el ámbito de competencia (funcional y exclusiva a nivel nacional en materia de orden interno y orden público); artículo 2° que regula las funciones como por ejemplo velar por orden interno, la paz, convivencia social pacífica, etc.; art. 3° que regula las atribuciones, como por ejemplo intervenir cuando el ejercicio policial así lo requiera, requerir la identificación de cualquier persona; el artículo 4° que regula las obligaciones del personal policial o el art. 5° que regula sus derechos.

⁹³ VACCHELLI, Ezequiel. “En los límites del rol. Los conocimientos especiales del funcionario público”. *InDret*, N° 4-2017, p. 16, señalando que: “el punto de partida para resolver los problemas que plantean los conocimientos especiales del funcionario público, entonces, solo puede ser la reglamentación vigente que regula su función”.

⁹⁴ PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos policiales”. *InDret*, N°1-2008, p. 20. Disponible en: <https://indret.com/el-funcionario-policial-como-garante-de-impedir-delitos/>

⁹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 647; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 181. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 392.

transmitiendo la propuesta del “corruptor” y no autor, ya que no estamos en un delito de infracción de deber.

Al respecto, debe tomarse en cuenta el manual de organizaciones y funciones de las comisarías⁹⁶ para determinar la **competencia territorial y material** del funcionario policial. En ese sentido, se debe tener en cuenta la estructura jerárquica y orgánica de la comisaría para determinar al funcionario responsable, a su vez, en esta estructura es donde se pueden dar diversos supuestos de intervención delictiva, de modo que, es necesario conocer las funciones específicas de cada funcionario policial:

- **Órgano de Comando:**
Comisario.
- **Órganos de Apoyo:**
Oficina de Administración: a) Unidad de Recursos Humanos; b) Unidad de Logística; y c) Unidad de Seguridad Interna: i) Oficial de Servicios y Atención al Público; ii) Comandante de Guardia; iii) Servicio de Armería; iii) Radio Operador y Telefonista.
Oficina de Inteligencia.
Oficina de Planeamiento, desarrollo y estadística.
Comité de evaluaciones de gestión.
Secretaría: a) Unidad de Trámite Documentario y Archivo; y b) Unidad de Copias Certificadas.
- **Órganos de Ejecución:**
Departamento de Orden y Seguridad: a) Sección de Patrullaje Motorizado; b) Sección de Patrullaje a Pie; y c) Sección de Participación Ciudadana.
Departamento de Investigación Policial: a) Sección de Delitos y Apoyo a la Justicia, Faltas y Contravenciones; b) Sección de Familia; y c) Sección de Tránsito.

Sin ánimos de una explicación exhaustiva de todas las funciones de cada efectivo policial, mencionaremos algunas que pueden ser de suma importancia para el análisis de los diversos supuestos. Empecemos con la posición jerárquica superior, el “**Comisario**”⁹⁷, quien es el que está al mando de la comisaría. Este posee la función general de planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar las funciones y actividades administrativas-operativas de la comisaría dentro del marco de la política institucional;

⁹⁶ La Comisaría es la célula básica de la organización de la Policía Nacional del Perú; depende de las Regiones o Frentes Policiales. Desarrolla la labor de prevención, seguridad e investigación; mantiene una estrecha relación con la comunidad, gobiernos locales y regionales, con quienes promueven la participación de su personal en actividades a favor de la seguridad ciudadana, así como el desarrollo económico y social de la jurisdicción, son de naturaleza urbana o rural según su ubicación geográfica, vid., *Manual de Organizaciones y Funciones de las comisarías PNP*, 2016, p. 4. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/manual-organizacion-comisarias-policiales-31410512>.

⁹⁷ El cargo de comisario será desempeñado por un oficial de armas, egresado de la Escuela de Post Grado o de cursos similares en el país o el extranjero, correspondientes a su grado, deben encontrarse con aptitud psicossomática “A”. Excepcionalmente en los lugares donde no se logre cubrir el cargo de comisario con oficiales de armas, se asignarán suboficiales de armas, en los grados de Sub Oficial Superior o Brigadier PNP. La función a desarrollar será a dedicación exclusiva. A detalle, también sobre sus funciones generales y específicas, vid., *Manual de Organizaciones y Funciones de las comisarías PNP*, 2016, p. 7.

supervisar y controlar las investigaciones policiales de delitos, faltas, contravenciones, etc.; determinar la situación legal de las personas detenidas de acuerdo a ley; disponer que las mujeres detenidas y menores retenidos, sujetos a investigación en la comisaría; y Controlar el cumplimiento de la legislación de tránsito, dispone la investigación y denuncia de los accidentes de tránsito, entre otras.

El oficial de servicio y atención al público, quien se encarga de garantizar la seguridad interna y externa de la comisaría, así como del público, detenidos, materiales, equipos, armamento y otros; atender directa e inmediatamente al público que acude a la comisaría, orientándolos acorde a sus requerimientos dando una respuesta inmediata en los casos de emergencia; y cubrir servicio durante las 24 horas ininterrumpidas, no pudiendo abandonar las instalaciones, debiendo estar premunido de su arma de reglamento y equipo policial que viabilice su inmediata intervención, entre otras.

El comandante de guardia, quien se encarga de estar a cargo de los Libros de Registros de Detenidos, en el que anotará con exactitud la entrada y salida de los mismos, sin borrões o enmendaduras; verificar que a los detenidos, antes de ser ingresados a los ambientes destinados para la detención de personas, se les haya practicado el cacheo o registro personal, para detectar objetos que puedan ser utilizados contra su integridad; y anotar en el Libro de Registro de Depósito de Prendas de Detenidos, el inventario de prendas, objetos, especies o dinero, haciendo firmar al detenido la conformidad de lo registrado para su posterior devolución, entre otras.

El servicio de control de detenidos, quien verificará la presencia física y cantidad de personas detenidas, su integridad y estado de salud, así como su tiempo de permanencia; verificar el estado de salud de los detenidos al momento de ser recibidos del Comandante de Guardia o del Departamento de Investigaciones; y la seguridad y presentación de los ambientes destinados para la detención de personas, manteniendo en su poder en todo momento la llave del mismo, entre otras.

Los oficiales de tránsito, quienes se encargan de dirigir las acciones de prevención e investigación de accidentes de tránsito en el ámbito de su jurisdicción, identificando a los autores para la denuncia ante las autoridades correspondientes, dando cuenta a su jefe de departamento; intervenir de oficio y en forma inmediata en caso de flagrancia respecto a accidentes de tránsito, dando cuenta a la autoridad jurisdiccional correspondiente para las acciones pertinentes; imponer papeletas de infracción al Reglamento Nacional de Tránsito, poniendo a disposición de la autoridad competente la licencia de conducir en caso la infracción lo amerite; y recibir los vehículos que son puestos a disposición de la comisaría, levantando el acta de situación vehicular, debiendo entregar copia de las mismas al personal de servicio de seguridad de las instalaciones para su registro en el libro correspondiente, entra otras.

Debe señalarse que en estos contextos es donde, por lo general, se presentan los casos de “coimas”. Estos hacen referencia a los donativos de pequeña cantidad que pueden acelerar trámites, procesos, obviar entrapamientos burocráticos o motivar en

general la voluntad del sujeto público⁹⁸. Estas, pese al poco valor dinerario, son punibles ya que generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo de las funciones⁹⁹ o más concretamente, estos supuestos no son de insignificancia por que se dan en un contexto relevante por crear un riesgo prohibido¹⁰⁰. Así, por ejemplo, ha habido sentencias en casos en donde policía ha solicitado 10 u ofrecido 20 soles¹⁰¹. Además, hay que tener en cuenta lo regulado por el artículo 398-B, que agrava el delito si se corrompe a un funcionario policial de tránsito o seguridad vial. Sin embargo, hay que resaltar que este punto controvertido ha sido poco abordado por la doctrina, con una fundamentación escasa, pues parece evidente que sancionar este tipo de comportamientos iría en contra del **principio de mínima intervención**, y si ello no fuera así, se tendría que argumentar el porqué, cosa que el parecer doctrinal que defiende la punibilidad de estos supuestos no ha hecho. Sin ánimos de entrar en esta discusión, sostendremos que a partir de los criterios de **imputación objetiva** y de la dogmática de la **inducción** parece poco plausible afirmar una inducción punible que, por ejemplo, S/. 10 soles son suficientes para determinar a un policía (salvo una situación límite) a no imponer la multa o que lo lleve a la comisaría, por ello, capaz lo más adecuado sea calificar estos supuestos como los de un *omnimodo facturus*¹⁰² (un policía que ya estaba determinado a liberar al conductor porque le dio lastima o pena, ejemplo).

iv. El “acuerdo de voluntades”

Respecto a la conducta de “dar” y “prometer” se requiere un **acuerdo de voluntades**¹⁰³. Esto implica que entre el agente corruptor y el funcionario policial existe un acuerdo en: 1) la entrega del medio corruptor, que puede ser inmediato (dar) o a futuro (promesa); y 2) la conducta del funcionario policial en atención a sus obligaciones que beneficiara al corruptor. En efecto, entre el corruptor y funcionario policial existe un “pacto” o “concertación”, esto es, ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley permite o no (en atención a las competencias del funcionario concreto), en busca de beneficios propios (para el corruptor, por un lado; y para el funcionario policial -medio corruptor-, por otro)¹⁰⁴. De esta forma se requiere

⁹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 50.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 387.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “En los límites de la inducción”, *InDret*, N° 02-2012 pp. 19-27. Recuperado de: <https://indret.com/en-los-limites-de-la-induccion/>. MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol. *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*. Barcelona: Atelier, 2023, p. 310, quien afirma: “Sobre esta premisa, considero que hay razones suficientes para reinterpretar la figura del *omnimodo facturus*, no como una línea de división entre la inducción y la complicidad, sino como una frontera entre una conducta motivadora penalmente relevante en forma de intervención y una relevante”.

¹⁰³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 188.

¹⁰⁴ Sala Penal Permanente: Recurso de Nulidad N° 1126-2017, Áncash, que lo desarrolla respecto al delito de colusión en su sumilla: “(...) [2] La concertación consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente en lo que la ley no permite, en busca de beneficios propios, que no necesariamente debe causar perjuicio a la administración”.

la **bilateralidad** del acuerdo que realizan ambos sujetos; por consiguiente, no podrá configurarse el tipo penal de cohecho activo, si es que no se determina el acuerdo de voluntades previo al comportamiento final del funcionario policial competente.

En esa misma línea, respecto a las conductas típicas en mención, la jurisprudencia ha señalado que:

“Existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido”¹⁰⁵.

En cambio, en la conducta típica de “ofrecer” bastará con el ofrecimiento mismo, no siendo necesario un acuerdo, ya que esta oferta puede ser rechazada. Así, únicamente basta la **unilateralidad** de la oferta/propuesta. Por ello, en esta modalidad típica bastará con el comportamiento de ofrecer para que se configure el tipo, lo que en otras cosas equivale a un “intento de instigación” punible.

IV. Intervención delictiva

Por último, cabe señalar los supuestos de pluralidad de intervinientes en la comisión del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. En ese sentido, teniendo en cuenta que este es un delito común o de dominio, el criterio para determinar la autoría, según la doctrina mayoritaria, es el **dominio del hecho típico**. Por tanto, autor es el personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento: **tiene en sus manos el desarrollo del suceso típico**. Por otro lado, partícipe es quien no tiene dominio del hecho típico.

Así, será autor directo quien realice de propia mano las conductas típicas de “**ofrecer, dar o prometer**” a un miembro de la Policía Nacional, esta modalidad es la forma más usual de cometer el delito. Por ejemplo, el taxista que ha sido detenido por manejar a una excesiva velocidad ofrece, da o promete al policía que lo intervino que cese con su detención a cambio de 100 soles, o si es que fuera un policía de tránsito, le ofrece, da o promete 300 soles para que no le imponga una papeleta. Cabe precisar que, el tipo penal señala “bajo cualquier modalidad”, de modo que, no se requiere la concurrencia fáctica del agente corruptor, sino que puede realizar las conductas cuando no se encuentra junto con el policía, por ejemplo, cuando lo llama y le ofrece cierta suma de dinero para que incumpla con sus funciones o mediante una videollamada, etc.

La autoría mediata se configurará cuando se realice la conducta típica de cohecho activo por medio de otro. Por ejemplo, cuando se utiliza a un menor para que él sea quien ofrezca el medio corruptor al policía o cuando por engaño, le digo a un sujeto autorresponsable que entregue un paquete al policía.

¹⁰⁵ Segunda Sala Penal Transitoria: Recurso de Nulidad N° 1406-2007, Callao, fundamento jurídico 5.

La coautoría se configurará cuando se realice la conducta típica de cohecho activo conjuntamente con otros. Por ejemplo, existirá coautoría cuando se realice la conducta típica de ofrecimiento por dos esposos, tanto el que conduce como el que está de copiloto, y son ambos quienes ofrecen un medio corruptor al policial para que incumpla con sus funciones o cuando alternativamente uno ofrece y otro promete al policía.

La participación delictiva dependerá si estamos ante conductas de instigación o complicidad. La instigación, por un lado, se configurará cuando alguien determina a otro a cometer el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, por ejemplo, cuando detienen a un sujeto y debido a eso llama a un conocido para que lo oriente en esta situación y este último le da las razones determinantes para que intente ofrecer algún medio corruptor al policía. Por otro lado, la complicidad se configurará cuando se preste auxilio o asistencia a la comisión del delito. Por ejemplo, son conductas de complicidad: entregar por encargo la suma de dinero al policía, transmitir la propuesta de soborno al policía, dar los datos de la familia de un policía para que el soborno sea más efectivo, reforzar el dolo del policía cuando está evaluando la propuesta corruptora, etc. La diferencia entre complicidad primaria y secundaria dependerá de la importancia del aporte sin el cual el hecho no se hubiese perpetrado y tendrá que ser evaluado caso por caso.

Esta forma de determinar la autoría, en nuestra opinión, no es convincente y existen muchas razones para abandonar la teoría del dominio del hecho¹⁰⁶. A efectos de practicidad, explicaremos nuestra forma de entender los supuestos de intervención delictiva. En primer lugar, la distinción entre autoría y participación no es cualitativa, sino **cuantitativa**, esto significa que dependerá de la importancia del aporte determinar si ese interviniente responde como autor o participe. En segundo lugar, la accesoriedad no se entiende como relación de dependencia sino como **imputación**, esto es, algo es propio, no solo cuando concurre una realización de propia mano, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido. En tercer lugar, no existe un hecho ajeno en donde se participa, sino que el hecho es de todos, en efecto, todos son competentes por el hecho típico. En cuarto lugar, la determinación de “autoría y participación” se da por dos niveles, a saber: 1) el primer nivel refiere a la fundamentación de la competencia por el hecho, esto es, determinar cualitativamente quienes son intervinientes, quienes están vinculados por sus prestaciones (división vinculante de trabajo); y 2) la valoración del aporte, en base determinados criterios (influencia sobre el suceso típico, influencia sobre los intervinientes y la confluencia de ambos, graduación de la influencia sobre el hecho en leve, moderada o grave).

¹⁰⁶ El desarrollo de las críticas de esta teoría no puede abordarse aquí debido a que excede las pretensiones de este trabajo, al respecto vid., LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 1995, p. 13-76. JAKOBS, G. *Teoría Intervención la delictiva*. Bogotá: Externado de Colombia, 2016, pp. 19-103.

Así, existirán supuestos de autoría directa¹⁰⁷, cuando efectivamente se realice de propia mano, se instrumentaliza a un inimputable y cuando haya un hecho pre-configurado, esto es, cuando ya se haya determinado que policía, la forma de entrega de dinero, los montos, los que ejecutaran el delito. Un ejemplo de esto último será cuando un padre manda a un sujeto a que hable con el policía para que le ofrezca sumas de dinero para que suelte al hijo detenido, en este caso, el padre será autor siempre y cuando el haya pre-configurado el hecho y la “ejecución” sea tan trivial que lo puede realizar cualquiera. O, por ejemplo, en los contextos de organizaciones criminales, cuando se dé la orden de sobornar a un policía, el que está al mando de la organización criminal responde como un autor, en coautoría con sus subordinados.

V. Tipicidad subjetiva

De la redacción típica del cohecho activo en el ámbito de la función policial se desprende que este es un delito doloso. En ese sentido se exige que el autor tenga el conocimiento (y voluntad, para algunos¹⁰⁸) que está realizando la conducta típica, esto es, que está corrompiendo al funcionario o servidor público. Así pues, es necesario que el “corruptor” tenga conocimiento que está ofreciendo/dando/ prometiendo un medio corruptor a un funcionario para que realice determinadas conductas en atención a su función. De lo que se trata, es de la atribución de un conocimiento penalmente relevante en atención a sus competencias de conocimientos, esto es, aquello que debe conocer en función de su parcela social que le corresponde administrar, de modo que, será el contexto social de la acción lo que permitirá atribuir el conocimiento exigido. Asimismo, el dolo debe abarcar que mediante el comportamiento típico correspondiente que se está poniendo en juego a los efectos de que el sujeto público realice u omita los actos de violación de sus obligaciones o en cumplimiento de estas.

i. Delito de tendencia

Estamos ante un delito con “**elementos subjetivos especiales**”, esto es, que requieren elementos subjetivos adicionales a los generales (dolo o culpa). Específicamente estamos ante un tipo de “**tendencia interna trascendente**” en donde los elementos subjetivos adicionales trascienden a la parte objetiva de la conducta típica¹⁰⁹. Al respecto, debe decirse que ciertas finalidades o estados subjetivos que debe poseer el autor al realizar determinadas conductas típicamente relevantes pueden estar expresamente en el tipo penal (el ánimo de lucro en el hurto) o se pueden desprender de su correcta interpretación (ánimo de difamación). En el caso concreto, se desprende de la misma interpretación del tipo de cohecho activo en el ámbito de la función policial

¹⁰⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 71.

¹⁰⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 188. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p.648.

¹⁰⁹ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte General*. Lima: Ideas, 2019, p. 402.

que existe una **finalidad** del corruptor de ser favorecido por el comportamiento del funcionario.

En este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado señalando que:

“La finalidad que busca el sujeto activo con su actuar es ser favorecido en el desarrollo de los actos funcionales. Es un delito doloso. El agente desde el primer momento sabe y conoce que ofrece, entrega o promete cualquier ventaja o beneficio al sujeto público con la finalidad de que éste le favorezca al desarrollar sus obligaciones funcionales”¹¹⁰.

VI. Consumación y ¿tentativa?

Una solución diferenciada nos permitirá establecer la consumación o tentativa de este delito. Así pues, **respecto a la conducta de “ofrecer”** existe consenso, doctrinal y jurisprudencial, en señalar que al ser un delito de mera actividad el delito se consuma con la realización de dicha conducta¹¹¹: de **ofrecer**, siendo indiferentes si el funcionario policial acepta o no. En ese sentido, la Sala Penal Transitoria¹¹², señala que:

“Para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, [el] **comportamiento delictivo [...]** se consuma con la sola propuesta venal que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público”.

Igualmente, la Sala Penal de Apelaciones¹¹³ señala que:

“La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer. El delito se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos. Basta acreditar que el agente ofreció, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad”.

Por otro lado, respecto a la **conducta típica de “dar” y “prometer”**, existe pues diferentes posiciones al respecto. Así, un sector de la doctrina señala que la

¹¹⁰ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. 00005-2011 -33-1826-JR-PE-03.

¹¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 189. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 649. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 403.

¹¹² Sala Penal Transitoria: Recurso de Nulidad N° 321-2011, Puno, fundamento jurídico 11.

¹¹³ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. 00005-2011 -33-1826-JR-PE-03.

consumación requiere un resultado que consiste en que se produzca la recepción de la promesa o entrega del medio corruptor¹¹⁴. A esta opinión se le opone el sector mayoritario, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, al señalar que, en esta modalidad igualmente estamos ante un delito de mera actividad¹¹⁵ de naturaleza unilateral, pues:

“La conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar la ventaja o beneficio indebido con la finalidad de que el beneficiado realice un acto en violación a sus deberes. No hace falta que previamente haya un ofrecimiento, ni menos hace falta que haya de por medio un pedido o un acuerdo. También el delito se consuma independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales”¹¹⁶.

A nuestro modo de ver, el legislador penal está haciendo uso de las técnicas de anticipación de las barreras de punición penal, de modo que, este es un delito de **“emprendimiento”¹¹⁷**, los cuales constituyen supuestos **“consumación alternativa”**, es decir, la tentativa se equipara a la consumación asociando a ambos estadios la misma sanción penal, de ahí que, se alcance el grado perfecto de consumación tanto cuando se produce consumación real como cuando se determina esta por solo haberse dado comienzo a la ejecución o demás actos ejecutivos. En efecto, teniendo en cuenta que el legislador ha decidido criminalizar conductas en estadios previos, nos encontramos en un terreno en donde es difícil establecer los límites de la intervención penal, por ello, esta forma de ver las cosas, delito de consumación alternativa, permite establecer el ámbito punible de conductas con tales características. Como advierte Jakobs, “pero si ya son inciertos el comienzo y el fin de un estadio previo materialmente determinado, no puede sorprender que sea todavía más incierto por dónde discurre el límite entre la conducta previa que es aun legítimamente punible y la que no puede ser ya castigada”¹¹⁸.

En ese sentido, le damos la razón a la posición minoritaria al entender que efectivamente el “dar” implica la recepción de lo dado y, bajo la posición que así se sostiene, “prometer” también implica ese acuerdo mutuo con el funcionario, de modo que, cuando no se recepcione o se niegue la entrega o la promesa se configurara un

¹¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, 2021, p. 189. También, pero solo respecto de la conducta típica de “dar”, PEÑA CABRERA, Alonso. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lex & Iuris, 2021, p. 571.

¹¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas, 2019, p. 649. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald H. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: Editores del Centro, 2021, p. 403.

¹¹⁶ Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: Resolución 07, de fecha 12-04-2012, fundamento jurídico 10, que se corresponde al Exp. 00005-2011-33-1826-JR-PE-03.

¹¹⁷ Fundamental, POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2005, p. 300. Igualmente, POLAINO-ORTS, Miguel. *Lo verdadero y lo falso del derecho penal del enemigo*. Lima: Grijley, 2009, p. 363.

¹¹⁸ JAKOBS, G. “Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”. EL MISMO, *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 293.

ofrecimiento¹¹⁹. No existe pues delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en grado de tentativa¹²⁰, la técnica legislativa permite entender que estas 3 conductas típicas del estadio previo ya determinan la punibilidad del delito en momentos distintos, o mejor decir, estas 3 conductas son expresión de la anticipación penal, de modo que, no se puede anticipar más de lo que ya se ha establecido y serán las características del caso las que permitan determinar cuál de ellas se configura. De todas maneras, las 3 modalidades típicas están equiparadas y le corresponde la misma sanción, simplemente **consumación alternativa**.

VII. Conclusiones

Finalmente, concluiremos resumiendo las principales ideas que se han desarrollado en este trabajo:

- El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial es un delito específico del delito de cohecho activo genérico. La *ratio legis* de su tipificación se basa en la necesidad de contextualizar el ámbito de interacción social y las reglas de juego entre los funcionarios policiales y ciudadanos.
- La corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan desde la perspectiva del interés general, en definitiva, **la defraudación de una institución social: el Estado**.
- La discusión en torno a la naturaleza unilateral o bilateral en este delito debe ser relativizada, ello porque poco o nada aporta a su comprensión. Para su configuración se exige la concurrencia de otro interviniente (funcionario), de modo que, se puede **manifestar de forma unilateral o bilateral** sancionado a cada uno de forma independiente. Así estamos ante un delito de inducción o instigación, regulado de forma autónoma, sancionándose la tentativa del mismo.
- La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido ha de ser imparcialidad del funcionario público, de modo que, con ello se evidencia la lesión del correcto funcionamiento a la Administración Pública.
- Una comprensión del Derecho Penal reducida a la protección de bienes se muestra insuficiente. Los bienes también han de crearse, constituirse,

¹¹⁹ Si se quiere, puede decirse que el “ofrecimiento” es la tentativa en tanto que abarca estos supuestos *unilaterales*, pero la responsabilidad será la misma en las 3 conductas típicas.

¹²⁰ Ténganse en cuenta que la tentativa es el ejemplo prototípico de las técnicas de anticipación penal y responde al déficit del paradigma del delito de lesión al bien jurídico, en definitiva, al paradigma del delito de resultado. Hoy por hoy, la diversidad de delitos y las nuevas formas de criminalización no pueden mantenerse en este esquema tradicional, recuérdese que estamos en un terreno en donde se anticipa la tutela penal de forma *excepcional*, y dicha característica se debe a que la mayoría de estos comportamientos son socialmente adecuados, esto es, pertenecen a la esfera privada del ciudadano. Por eso, si ya se está utilizando una técnica de anticipación penal, no se puede seguir retrocediendo para establecer el intento de un delito que ya determina su consumación en el estadio previo. Sobre ello, respecto el delito de sicariato y conspiración como fenómeno del derecho penal del enemigo en sentido *funcionalista*, vid. CAMERE FIGUEROA, Elian M. “De nuevo, el derecho penal del enemigo: una necesidad para asegurar las condiciones de juridicidad”. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, N° 116 (nov. 2022), pp. 80–87. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n116.04>.

fomentarse. El Derecho Penal debe determinar quiénes son competentes de dicho cometido de fomento para las instituciones elementales en atención a la estructura social.

- Un cometido estatal se actualiza en un funcionario público, de modo que, este actúa en representación de lo general. Por ello, debe realizar dicha prestación de fomento libre de corrupción, lo cual implica: 1) no aprovecharse del cargo; y 2) el debido respeto al realizar su cometido estatal sin que se este imposibilitado. En el delito de cohecho activo, el ciudadano **no debe defraudar la expectativa social de imposibilitar los cometidos estatales.**
- La realización típica de este delito quiere la infracción culpable de la norma, esto es, solo quien de forma culpable infringe la norma regulada en el artículo 398-A emprende algo que significa **corromper a un funcionario público según la configuración actual de la sociedad.**
- La conducta típica tiene la estructura de inducción punible, con la particularidad que se sanciona la tentativa de esta. Así, mediante el uso de la técnica de anticipación de la punibilidad se sanciona las 3 conductas alternativamente. Por ello, estamos ante un delito de **consumación alternativa**, en donde la tentativa y consumación son equiparadas.
- El funcionario policial actúa en el marco de su función policial, esto es, bajo el amparo de su finalidad fundamental, que no es otra cosa que actuar bajo el ámbito de competencia especial que se le ha designado.
- Es necesario que la conducta de cohecho activo este dirigida al funcionario con competencia territorial y material, esto es, debe ser dirigido a sus funciones específicas no ajenas a las mismas.