



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA ACADÉMICO DE MAESTRÍA EN DERECHO
PENAL Y PROCESAL PENAL**

**Delito de Cohecho Activo Genérico aplicado al sujeto no
cualificado que concede la solicitud del agente público, La
Libertad 2019**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAESTRO EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

AUTOR:

Alvarez Castillo, César Alexander (ORCID: 0000-0002-5396-3391)

ASESOR:

Dr. Navarro Vega, Edwin Augusto (ORCID: 0000-0003-3563-0291)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Penal Público

**TRUJILLO- PERÚ
2020**

DEDICATORIA

A Dios por darme la vida y día a día cuidar de ella, a mi padre Guillermo, quién en todo momento está siempre conmigo, siendo mi fortaleza y soporte en los golpes u obstáculos que nos pone la vida. A mi madre Olga, quien desde el cielo me cuida y es mi guía en cada acción que realizó, cada peldaño que avanzo siempre tendrá tu nombre madrecita linda.

...A mi tío Augusto, aún incrédulo por tu inesperada partida, pero a veces las decisiones de Dios no hay que entenderlas, sino aceptarlas y seguir hacia delante, ahora eres un ángel que cuida a nuestra familia.

AGRADECIMIENTO

A los fiscales de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad, abogados y Procuradores Públicos, quienes a pesar de los momentos difíciles por la pandemia del COVID-19, mostraron su gentil apoyo en la participación en el desarrollo de las entrevistas elaboradas realizadas en el presente trabajo y a los docentes de Posgrado de la Universidad César Vallejo de Trujillo, quienes me asesoraron en el desarrollo del presente informe de investigación.



Declaratoria de Originalidad de Autor

Bach. **César Alexander Álvarez Castillo**, egresado del programa de maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo, sede Trujillo; declaro que la tesis titulada EL DELITO DE COHECHO ACTIVO GENERICO APLICADO AL SUJETO NO CUALIFICADO QUE CONCEDE LA SOLICITUD DEL AGENTE PUBLICO, LA LIBERTAD 2019 presentada para la obtención del grado académico de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal es de mi autoría. Por lo tanto, declaro lo siguiente:

1. De mi autoría.
2. El presente Trabajo de Investigación / Tesis no ha sido plagiado ni total, ni parcialmente.
3. El Trabajo de Investigación / Tesis no ha sido publicado ni presentado anteriormente.
4. Los resultados presentados en el presente Trabajo de Investigación / Tesis son reales, no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas vigentes de la Universidad César Vallejo.

Trujillo, 01 de Agosto del 2020.

César Alexander Álvarez Castillo
D.N.I. 46809916

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
PÁGINA DEL JURADO.....	iv
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD.....	v
ÍNDICE.....	vi
ÍNDICE DE TABLAS.....	vii
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	viii
Resumen.....	ix
Abstract.....	x
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. MARCO TEÓRICO.....	7
III. METODOLOGÍA.....	24
3.1. Tipo y diseño de Investigación.....	24
3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización.....	25
3.3. Escenario de Estudio.....	26
3.4. Participantes.....	26
3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	27
3.6. Procedimiento.....	29
3.7. Rigor Científico.....	30
3.8. Método de Análisis de la Información.....	30
3.9. Aspectos éticos.....	31
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	32
V. CONCLUSIONES.....	69
VI. RECOMENDACIONES.....	71
VII. PROPUESTA.....	72
REFERENCIAS.....	74
ANEXOS.....	77

ÍNDICE DE TABLAS

<i>Tabla 1</i>	25
<i>Tabla 2</i>	26
<i>Tabla 3</i>	32
<i>Tabla 4</i>	33
<i>Tabla 5</i>	36
<i>Tabla 6: Fiscales 1, 2, 3</i>	38
<i>Tabla 7: Fiscales 4 y 5</i>	40
<i>Tabla 8: Procuradores 1 y 2</i>	41
<i>Tabla 9: Abogados 1, 2 y 3</i>	42
<i>Tabla 10: Fiscales 01, 02, 03</i>	44
<i>Tabla 11: Fiscales 4 y 5</i>	46
<i>Tabla 12: Procuradores 1 y 2</i>	47
<i>Tabla 13: Abogados 1, 2 y 3</i>	48
<i>Tabla 14: Fiscales 01, 02, 03</i>	50
<i>Tabla 15: Fiscales 4 y 5</i>	51
<i>Tabla 16: Procuradores 1 y 2</i>	53
<i>Tabla 17: Abogados 1, 2 y 3</i>	54
<i>Tabla 18: Fiscales 01, 02, 03</i>	56
<i>Tabla 19: Fiscales 4 y 5</i>	57
<i>Tabla 20: Procuradores 1 y 2</i>	58
<i>Tabla 21: Abogados 1, 2 y 3</i>	59

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

TI: Transparencia Internacional.

BM: Banco Mundial.

IPC: Preparación del Índice de Corrupción.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

CICC: Convención Interamericana Contra la Corrupción.

CNUCC: Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

SNP: Sujeto no cualificado.

F.E.D.C.F.L.L.: Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad.

FP: Funcionario Público.

Resumen

El objetivo general fue determinar si debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional y los objetivos específicos son: Analizar el Principio de Legalidad específicamente en su manifestación de ley previa, conocer el delito de cohecho pasivo propio e impropio y el Cohecho Activo Genérico, e identificar la normativa internacional que permite responsabilizar al sujeto que concede donativo, promesa o cualquier ventaja a un agente público que previamente le solicitó a cambio de trasgredir sus funciones, empleándose el método descriptivo, haciéndose un estudio a profundidad del acontecimiento ocurrido de la realidad jurídica para explicar las causas del fenómeno, por ende la investigación fue básica. Los resultados obtenidos, determinaron que debería modificarse el verbo rector dar porque es ambigua y podría generar impunidad en supuestos como el planteado, incorporando el comportamiento de conceder, porque este último abarcaría la entrega material del particular por voluntad propia y la concesión del beneficio patrimonial a consecuencia de la solicitud previa del agente público a fin de poder procesar y sancionar al extraneus.

Palabras Claves: Cohecho, conceder, principio de legalidad, dar, extraneus.

Abstract

The general objective was to determine whether he should be sanctioned for the crime of generic active bribery, the subject who grants a gift to a public agent, as a result of his request, to omit or perform a functional act and the specific objectives are: Analyze the Principle of Legality specifically in its manifestation of previous law, know the crime of own and improper passive bribery and the Generic Active Bribery, and identify the international regulations that allow the person who grants a donation, promise or any advantage to a public agent to be held responsible who previously asked him in exchange for violating his functions, using the descriptive method, making an in-depth study of the event that occurred in legal reality to explain the causes of the phenomenon, therefore the research was basic. The results obtained determined that the governing verb give should be modified because it is ambiguous and could generate impunity in assumptions such as the one proposed, incorporating the behavior of granting, because the latter would encompass the material delivery of the individual by its own will and the granting of the patrimonial benefit to consequence of the prior request of the public agent in order to be able to process and sanction the extraneous.

Keywords: Bribery, grant, principe of legally, give, extraneous.

I. INTRODUCCIÓN

Debemos partir manifestando que la corrupción es un mal que lleva en nuestro mundo desde sus orígenes, esto lo observamos en la biblia, ya que, a manera de ilustración, se señala en los pasajes finales la advertencia que realiza Moisés al pueblo Israelita, refiriendo que la consolidación en la tierra prometida podría llevar a la corrupción.

Miles de años después, la Banca Internacional, fue la fuente importante y principal de financiación de diversos estados en desarrollo, fomentado la evolución del pensamiento de dichos países sobre factores de desarrollo. Por ello, en la década de 1990, se originó una discusión sobre si la agencia bancaria tenía atribuciones para poder abarcar temas de corrupción, ante ello, distintos expertos discutieron sobre el mencionado tema, incluyendo en su debate la relación entre la corrupción y el desarrollo económico, las causas y los riesgos que se asumirían de la Política que tendría el Banco si ingresaba en dicho tema, así podríamos sostener que el Banco Mundial comenzó a discutir sobre la Corrupción.

Podríamos decir que paralelamente, en 1993 se creó una entidad autónoma no gubernamental denominada Transperency Internacional (TI), la cual se encontraba organizada por dirigentes que ya no se encontraban en el Banco Mundial. Entre sus primeras funciones fue la Preparación del Índice de Corrupción (IPC), actualmente una “encuesta de encuestas” de opiniones sobre la magnitud de corrupción realizada en el año 2019, publicada en febrero de 2020 a unos 180 países se determinó que las respectivas percepciones de los empresarios, analistas de riesgo, especialistas financieros y otros, acerca de la situación de corrupción de cada país. Actualmente, si uno ingresa a la página Web oficial de Transperency Internacional (Internacional, 2020) observará como portada de inicio en dicha página un cuadro con la siguiente denominación “Corrupción en América Latina además del Caribe: Opiniones, Experiencias”, en la que aparece el indicador de “soborno” y debajo de ello aparece un mapa de Latinoamérica y

cuando se acerca se presiona sobre el nivel de corrupción en un país, aparece que el Perú se encuentra en tercer lugar con mayor incidencia superados únicamente por Venezuela y México, ello, debería llevarnos a la reflexión que la cantidad de sobornos realizados tanto por funcionarios o particulares a cambio de violentar sus obligaciones funcionales del primero en nuestro país es alto.

Asimismo, podríamos sostener que “como hay una mano que recibe, también hay otra que ofrece la corrupción”, por ello, el índice de Fuentes de Sobornos también que ha sido elaborado por el TI, clasifica a los principales países exportadores e industrias respectivas según la percepción sobre los sobornos que sus empresas pagan a nivel nacional o del extranjero, en consecuencia, la corrupción se da especialmente en países de bajo y mediano ingreso, incluyendo naciones con bastante economía y política internacional.

En ese orden de ideas, Organizaciones Intergubernamentales desde mediados de los años 1990, han adoptado diversas iniciativas extranjeras orientadas de manera proactiva contra los agentes corruptos, entre ellas:

La incorporación de la Convención Interamericana que combate la Corrupción, de 1996; logro un compromiso entre los países firmantes a dictar diversos enunciados legislativos, incorporando la extradición como figura cooperativa en supuestos de corrupción. Tras el ataque terrorista contra Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001 países se abrieron en mayor medida a la cooperación internacional, principalmente para combatir el financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero; originando el Convenio de Lucha Contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, criminalizando el soborno internacional, suscrito por los países de la OCDE en 1997 y en el 2003, se suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Los bancos internacionales de desarrollo han empezado a apoyar reformas del sector público para combatir la corrupción. El FMI

adoptó una política contra la corrupción en países que lo conformaban, incluyendo restricciones de transacciones en países donde el nivel de corrupción afecta dañosamente el devenir económico (Reategui Sanchez, 2015, pág. 84).

En ese orden de ideas, observamos que los mecanismos internacionales relacionan prioritariamente el tema de corrupción con el soborno que realiza un sujeto extraño al aparato estatal, al agente cualificado o cuando este último solicita al primero, a cambio o en consecuencia de vulnerar o haber vulnerado sus atribuciones a través de los mecanismos corruptores de cualquier otra ventaja, donativo o promesa siempre y cuando el primero tenga connotación económica y en algunos supuestos sexual; en ese sentido, se entiende que las políticas contra la lucha de la corrupción abarca a los agentes públicos y los particulares, como por ejemplo:

Según lo prescrito en el artículo 15 de la CNUCC 2003 que prescribe lo siguiente: Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (Naciones Unidas Oficina contra la Droga , 2004, pág. 18) .

Ahora bien, nuestra realidad adoptando los criterios asumidos por la Convención en mención, establece o regula actualmente en nuestro ordenamiento jurídico

penal once (11) artículos referentes al soborno o como nosotros lo conocemos Cohecho Pasivo; que tienen como destinatarios de la norma al sujeto cualificante (intranei) y por el otro lado el Cohecho Activo que tiene como autores a cualquier sujeto que no revista las funciones o atribuciones correspondientes al cargo que se desea trasgredir (extranei), las cuales se encuentran estipulados a partir del artículo 393 al 398-A del Código Penal.

En ese sentido, apreciamos que nuestra regulación establece dos modalidades de cohecho pasivo y activo a diferencia como lo hace el Tratado Internacional, pero esto es debido a evitar problemas de lagunas de punibilidad respecto al extranei, según la teoría de la intervención necesaria, específicamente en los delitos de encuentro y porque la primera conducta solo regularía en su morfología el proceder el agente público, esta forma de proceder también la asume legislaciones comparadas como Argentina, Chile, Colombia, España, entre otros.

Respecto a la conducta punible de Cohecho Pasivo Propio previsto en su apartado primero del art. 393 de la legislación nacional, tiene pluralidad de verbos rectores, el primero cuando el obligado institucional aceptó una oferta de un provecho de contenido dinerario, es decir expresa su voluntad aprobando una oferta que no será entregada de inmediato sino a futuro a cambio de trasgredir o como otros lo denominan violar sus obligaciones propias del cargo o por no haber faltado a ellas, la segunda es cuando dicho sujeto activo recibe, en ese supuesto, podríamos afirmar que el autor tiene que realizar la efectiva admisión del donativo, es decir tiene carácter actual, con la misma finalidad que ya hemos analizado; el siguiente párrafo tiene como verbo rector solicitar, ya que expresa que es el sujeto cualificado quien solicita al extranei un dádiva, ofrecimiento u otro provecho con la finalidad de no cumplir con sus mandatos obligatorios establecidos por la administración pública, de no haber faltado a ellas o también por condicionarlas. Cabe elaborar dos precisiones importantes la primera que las modalidades de aceptar, recibir y solicitar se configuran como un delito de pura conducta o de peligro concreto, en segundo lugar, cuando se atribuye que el autor solicitó (ofrece

la función pública) configura una conducta más reprochable y por ello la pena se agrava. Por otro lado, como sinalagma de la conducta anterior encontramos el Cohecho Activo Genérico sancionado en el imperativo 397 de la normativa punitiva, la cual señala que el autor ofrece, da o promete al agente del estado un provecho lucrativo o sexual a cambio que trasgreda, condicione y también cumpla sus atribuciones, este tipo penal también es de mera actividad; en ambas conductas punibles el ámbito subjetivo es netamente doloso.

Ahora bien, aplicando una filosofía analítica respecto a los tres verbos rectores de los dos ilícitos penales analizados, apreciamos que en la modalidad de aceptar y recibir de la primera conducta delictual tiene su correlato con los elementos descriptivos – normativos ofrecer, da o promete del segundo comportamiento antinormativo pero que sucede cuando el autor que es un sujeto cualificante solicita los beneficios económicos y el extraneus acepta, procediendo a conceder (en sentido amplio, entregando el beneficio económico o no procediendo con la entrega material por cuestiones ajenas a las partes), por ello, de manera apriorística ese verbo rector no se establece en el tipo penal del 397, por lo tanto, bajo el principio de legalidad el sujeto no cualificado no debería responder por el delito en mención, pero por otro lado ese comportamiento si se encuentra en el dispositivo 15 de la CNUCC, además por la gran crisis del sistema anticorrupción que actualmente sufre nuestro país por casos como Odebrecht, Gaseoducto, entre otros y para evitar mayor connotación social, el supuesto alternativo nos señalaría que debería ser penado.

En ese orden de ideas, según Salinas Siccha (2019), en atención a lo manifestado, podríamos encuadrarnos en un determinado estadio, el cual versa en la hipotética situación donde el autor cualificante es el que da origen a la propuesta de corrupción dirigida al sujeto extraneus, siendo que este último cede a la de ella, dando cumplimiento a lo solicitado y como consecuencia de ello otorga el donativo, promesa, ventaja o beneficio (elementos objetivos del tipo) (pág. 324); ante este supuesto, en lo que respecta a la conducta del sujeto extraneus

¿estaríamos ante la comisión del hecho punible del comprador de la función pública? o podríamos considerar que realmente ha existido un sometimiento de la voluntad del sujeto para que proceda a corromper, debido a que con la solicitud previa del agente público ya se concretó la acción de ofertar su función, pues el agente sólo cumplió con corresponder a dicha petición por temor, se sintió obligado a cumplir lo solicitado; en consecuencia, la presente investigación tiene como finalidad establecer si realmente podría responder el particular bajo el imperativo del delito de Cohecho Activo Genérico.

II. MARCO TEÓRICO

Para la investigación se ha encontrado como Antecedentes Internacionales y nacionales los siguientes temas, el primero denominado *EL COHECHO COMO PROPUESTA O ACEPTACIÓN DE UNA DONACIÓN REMUNERATORIA*” realizada en la Universidad de Chile, Chile-2018, del mismo se establece:

Que el Cohecho suele referirse de un acuerdo ilícito, a cuya celebración se orientaría el comportamiento del funcionario, y que exhibiría la forma de un (pseudo-) contrato sinalagmático. Aquí se defenderá la superioridad del modelo alternativo de la “donación remuneratoria”, sobre cuya base se esclarecerá la relación que debe darse entre el beneficio solicitado o aceptado y la ejecución u omisión de una acción conectada con el cargo, así como el grado de determinación con el cual debería quedar especificado tal “servicio funcional (MAÑALICH, 2018, pág. 112).

En ese sentido, el autor manifestó que el hecho punible requiere un pacto bilateral, es decir una manifestación de la voluntad entre las partes con la finalidad de establecer las condiciones del negocio ilícito lo que conllevará a la venta u ofrecimiento de la función pública a cambio de una ventaja económica.

El segundo titulado” *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN EL ÁMBITO INTERNO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL*” en la Pontificie Universidad Católica del Perú (PUCP), 2018, del cual podemos establecer la siguiente idea:

En nuestro ámbito interno, el Principio de Legalidad penal tiene rango Constitucional al encontrarse previsto en el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución del Estado Peruano cuando aquí se establece que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e

inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano ha servido para dar forma al contenido del principio de legalidad penal, que no difiere en mucho de lo ya establecido por la doctrina del derecho penal. No aborda, sin embargo, todos los aspectos del principio de legalidad ni entra a discutir o desarrollar el tema vinculado a la aplicación de las normas de derecho internacional. (Ampuero, 2018).

De acuerdo al aporte de dicho autor, se obtiene dos ideas principales, la primera que el Principio de Legalidad tiene rango constitucional, por tal motivo toda conducta que restrinja derechos debe encontrarse debidamente prescrita en el Código Penal, la segunda, es que nuestro ordenamiento penal no regula adecuadamente las normativas internacionales asumidas (Tratados o Convenciones), siendo adecuada esta conclusión para la presente tesis al momento de discutir los resultados.

El tercero con el nombre: “LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION EN COSTA RICA: UNA MIRADA CRITICA Y UNA PROPUESTA PRÁCTICA DE IMPLEMENTACIÓN”, en la Universidad de Costa Rica, 2009, del cual obtenemos la siguiente conclusión:

Al momento de redireccionar las políticas anticorrupción, a partir de la Convención, es imperativo contar con un marco conceptual que permita dimensionar el problema, prever las consecuencias para darle solidez y precisión al marco jurídico e institucional de control (Cespedes , 2009, pág. 74).

En definitiva, la conclusión arribada por el autor es que en el ordenamiento jurídico debe existir una mayor precisión de la conducta y sanción que asumirá el Estado Parte en relación a la Convención, de esa manera se podrá obtener un marco conceptual adecuado para las respectivas sanciones penales.

Ahora bien, según Ivan Navas (2018), se procederá a los análisis teóricos de nuestros objetivos específicos, por ello, debemos comenzar con una definición de sujeto no cualificado y cualificado, en ese sentido, debe entenderse que al trasladarnos de un Estado Liberal a uno Social de Derecho, atribuyó ciertas facultades positivas al imperio estatal con la finalidad de satisfacer de manera igualitaria todas las necesidades humanas básicas lo que dio paso a la existencia no sólo de un deber negativo de abstención, sino, además de un cumplimiento estatal que obliga realizar actividades que mejore la situación de terceros, por ello, sostiene que el poder público estará al servicio de la persona, teniendo como meta principal fomentar el bien común mejorando la situación de todos los ciudadanos (pág. 68).

En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico penal, existen deberes negativos que es destinado a todo ciudadano el cual debe ser entendido como la prohibición de hacer daño a otro, es decir, la persona puede ejercer su libertad de manera autónoma, pero con ciertas restricciones, esto es que no afecten a terceros. Por otro lado, en las obligaciones positivas, se restringe el círculo de autores, debido a que se dirige únicamente a los que tienen impositivos de fomentar el bien común. Por ello, es importante tener en claro que para nuestra investigación aplicaremos los dos conceptos.

Por otro lado, el maestro Claus Roxin (2006), en un inicio la categoría de los hechos punibles de infracción de deber, refiriéndose de ellos que son tipos penales que contienen un deber extra penal que se encuentra dentro del contorno razonable de la regla y que, por lo normal, tales deberes tienen origen en otras ramas del ordenamiento jurídico (pág. 125).

Es decir, la tesis original como actualmente aún sigue siendo considerada por algunos operadores jurídicos, los deberes se encontraban en ramas del ordenamiento jurídico que no eran propias del derecho penal, bajo ese

entendimiento, cada caso en particular se debería trasladar a esa normativa específica como si fuera un tipo penal abierto.

Concepción distinta y desde el aspecto funcionalista el profesor Gunther Jakobs (2018), sostiene que los ilícitos que infraccionan un mandato configuran hechos punibles que contienen un deber positivo institucional donde el obligado se encuentra en un estatus especial pero el deber no tiene origen en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que nace de instituciones jurídicas fundamentales para la configuración social. Debido a esto la atribución siempre será de autoría, es decir el sujeto cualificado debe procurar fomentar una organización ajena y en ese sentido fabricar un momento normal con otro ciudadano (pág. 327).

Considero que la postura del maestro es apropiada, con respecto al contenido del deber y que no necesariamente debemos trasladarnos a otra rama del derecho, sin embargo, no comparto su idea de que simplemente basta la infracción de esa obligación para configurar el justo punible.

Claus Roxin (2006), sostiene que debemos analizar el fundamento de legalidad específicamente cuando se refiere a la *lex stricta*, es decir, prohibiendo la analogía, entendiéndose esto como desplazar la figura jurídica a diferente supuesto no establecido en la Ley por el conducto del razonamiento de la similitud de los casos, los intelectuales realizan una distinción sobre este tipo de integración jurídica, sosteniendo que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto o de una idea legal que se desprenda de varios enunciados. Queda claro, entonces que analogía queda prohibida en materia de derecho penal, por ello, en esta rama rige el Principio de Legalidad y la interpretación restrictiva de los preceptos ilícitos (pág. 149).

Para mayor aclaración, según Wessels, Beulke, & Satzger (2018), este principio prohíbe la creación judicial y de derecho consuetudinario en perjuicio del autor, sin embargo, en vista de la complejidad de la materia el legislador no ha regulado conscientemente diversas cuestiones individuales, y más bien, la aclaración de

ello ha sido dejada a una interpretación de las normas disponibles por medio de la jurisprudencia y de la ciencia, que resulte conforme al sistema y sea coherente (pág. 63).

Con lo anteriormente señalado, podemos sostener que el juez penal se encuentra prohibido de realizar cualquier integración, pero sí se encuentra posibilitado de formular su propia interpretación cuando sean preceptos demasiados abstractos pero siempre basados al alcance de la norma, esto incidirá en nuestro tema debido a que el verbo rector conceder no está prescrito en el artículo 397 del cuerpo normativo, en consecuencia, me pregunto, se podría realizar una interpretación para subsumirlo en ese hecho punible.

En ese orden de ideas, una vez definido y demarcado el principio de legalidad, debemos precisar que no toda conducta puede ingresar al derecho penal (principio de mínima intervención), sobre todo a los delitos de corrupción de funcionarios, por ello, las delimitaciones de comportamientos prohibidos deben proteger exclusivamente bienes jurídicos, sin embargo, al centrarnos únicamente en la clase de delitos objeto de investigación, encontramos en la doctrina los siguientes problemas:

El problema radica, desde nuestro punto de vista, en el propio objeto de tutela "Administración Pública". En este punto los autores atienden, por lo corriente, el aspecto global de este bien jurídico que se identifica con el normal y correcto desarrollo de las funciones sociales que cumple el Estado. Sin embargo, los preceptos penales enumerados dentro de esta planificación genérica atienden a las relaciones internas que median entre los funcionarios públicos y el ejercicio de esa función pública. En ese aspecto interno es donde debe centrarse realmente el estudio del contenido del bien jurídico en esta clase de delitos: en vinculación jurídica entre el funcionario público y la función que cumple el Estado dentro de una

sociedad pluralista, donde la persona es el centro del sistema y no su contorno (Eduardo Aboso, 2019, pág. 427).

Con lo mencionado, se parte del destierro para siempre de la concepción que impulsa la tutela de la confianza pública, la dignidad de las instituciones o la lealtad del funcionario público, debido a que no se podría afirmar que exista un contenido material del bien jurídico protegido, porque solo se refiere a opiniones sobre el funcionamiento ideal o sentimientos de la Administración Pública, pero que tienen poca vinculación con el objeto de tutela o regulación. Ello es plausible, ya que un bien jurídico debe tener la capacidad de explicar las razones que fundamentan la represión de esos hechos punibles especiales.

En ese sentido, existe claramente una necesidad político – criminal de castigar de manera completa los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en especial, porque esos comportamientos generan en la sociedad una falta de seguridad sobre el manejo de los asuntos públicos, a la vez de manera indirecta coadyuva a socavar el sistema democrático basado en la confianza depositada por la comunidad en el actuar ajustado a derecho de los integrantes del Estado. Esta nueva perspectiva, se orienta de modo firme a un Derecho penal proyectado hacia las consecuencias en lugar de uno arraigado en los actos humanos. En consecuencia, se requiere irrefrenablemente elaborar nuevos objetos de tutela, que, en varios casos, se manifiesta en conceptos éticos sobre el funcionamiento de la institución pública y sus agentes.

Finalmente, considero por ejemplo que no sería de extrañar que la sospecha de venalidad se vaya transformando en un futuro remoto en el nuevo objeto de protección más allá de la comprobada infidelidad del funcionario público. Debido a que cuando se introduce en el Derecho penal de acto el deber de fidelidad de funcionario público como objeto de tutela penal, se piensa inmediatamente en una relación de subordinación entre la estructura estatal y su agente: se instaura una infracción de deber de esta relación asimétrica como contenido material de tutela,

pero se condena al ostracismo la mera infracción de fidelidad en favor de la necesidad de comprobar una necesaria concreta afectación del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, según García Conlledo (1997), comenzaremos con el análisis del delito de venta u ofrecimiento de las funciones, el primer elemento descriptivo normativo es el de recibir y se efectiviza admitiendo toda dádiva, teniendo el bien un carácter actual (pág. 247).

Debemos resaltar, que esa conducta delictiva es la que mayor incidencia tiene actualmente nuestro sistema de justicia, por ello, consecuentemente es el primer verbo rector del tipo penal.

Por otro lado, Martínez Huamán (2018), sostiene que el elemento aceptar debe contener idoneidad y estar unida a un donativo, ventaja o beneficio que sea atribuido como tal de manera objetiva (es decir tenga una capacidad material u objetiva de corromper). En ese sentido, el agente público que acepta un beneficio que no es posible de realizar, no podría configurar el delito de Cohecho Pasivo Propio. Asimismo, dicha modalidad no requiere de actos formales, (por ejemplo, la firma de un contrato), sino que se encuentra satisfecha con la conformación de la promesa, que puede manifestarse de manera expresa o tácita, en consecuencia, podríamos sostener que es una conducta que se pueda apreciar indubitadamente la voluntad de aceptar (por ejemplo, asentir con la cabeza o un guiño) (pág. 371).

En ese orden de ideas, todo sujeto funcional que en sus atribuciones acepta o recibe necesariamente por principio de legalidad deberá ser una ventaja, el cual debe tener un contenido patrimonial, según como lo señaló en (Sentencia del Tribunal Supremo Español, 2013, pág. 12) “algo económicamente evaluable”. En tanto que, nos referimos a promesa al compromiso a una entrega de un bien o la realización de un acto, por lo que no se requiere que se efectivice para su consumación, pero si la misma se llegara a dar ello solamente sería un agotamiento del delito. Además, cuando hablamos de un beneficio indistinto, esta

englobaría cualquier obtención de provecho para el agente público, sin que obligatoriamente deba tener un contenido económico, “como, por ejemplo, títulos honoríficos, entrega de joyas, vacaciones pagadas, el ofrecimiento de un ascenso, los actos sexuales, entre otros.

Respecto a este último punto, el Recurso de Nulidad N° 06-2008 (2012), señaló sobre la ventaja o beneficio tienen que tener posibilidad de ser transferidos, pues sin ello resultaría inidóneo la aceptación del funcionario al quedar viciada su voluntad, pues un bien intransferible no puede ser disfrutado, no podría hablarse propiamente de una contraprestación. En virtud a ello, para que la dádiva o ventaja sea idónea tiene que ser real, concreta, objetiva y precisa (pág. 18).

Puedo sostener que aunado a las definiciones de dádiva o beneficio, esta no requiere de un monto mínimo o quantum estimable, es decir, se configura el delito cuando el agente público direcciona su voluntad a un actuar contrario a las expectativas esperadas por él en las atribuciones de sus obligaciones, ya que el funcionario al asumir de forma libre la actividad estatal, este no debe incentivar su quehacer a través de un beneficio externo, así el beneficio sea irrisorio, la doctrina establece una situación problemática respecto a los actos de cortesía o de costumbre “socialmente permitidos”, en dicho marco contextual, como ha sido señalado es la capacidad objetiva de corromper lo que configurará el ilícito penal, por lo que sino supera ese estándar no se encontraría en el delito al no existir una afectación objetiva al objeto de protección. Así, por ejemplo, un panetón en periodo de navidad cuyo consumo se reparte entre una unidad administrativa tendrá carácter atípico, distinto es el caso si se recibe para su uso exclusivo un reloj de lujo, lo cual será constitutivo de delito.

Continuando, el profesor Salinas Siccha (2019), manifestó que una exigencia del tipo objetivo, es que se requiere en la modalidad de recibir o aceptar, tenga como finalidad un acto del funcionario realice u omite una conducta en trasgresión de sus deberes, por lo que necesariamente existe relación entre la aceptación y la

infracción de sus obligaciones, respecto a esto, el sujeto activo quebranta su deber especial (competencia institucional) (pág. 427),.

Debemos entender a lo mencionado, que cualquier ventaja que recibió o aceptó el agente funcional, debe estar relacionado a la vulneración de sus atribuciones, ya que, si solamente ese beneficio no se relacionó a sus obligaciones, el hecho punible no se configura.

Debido al análisis de los dos primeros verbos rectores, debemos continuar con el segundo párrafo, el cual tiene como elemento solicitar, para ello, procederemos a definirlo:

Al encontrarnos en el supuesto de solicitar, este debe entenderse como la solicitud a un tercero, por parte del funcionario o servidor público, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro donativo o ventajas a cambio de una contraprestación propia de su función (venta inalienable a la cosa pública) que podría ser favorable o también menos perjudicial. Es por ello, que es una modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal se encuentra radicada en la conducta del sujeto público que necesita determinadas prestaciones económicas del sujeto no cualificado. En ese sentido, se trata así de un tipo penal de simple actividad que no necesita que se efectivice el medio de corrupción para que el delito pueda consumarse. Por ello, podríamos sostener que nuestra fórmula legal permite sostener que el cohecho pasivo no siempre es un delito de concurrencia obligada, sino que la misma puede configurarse con la sola manifestación de la voluntad del sujeto activo (ROJAS, 2016, pág. 215).

En consecuencia, esta definición permite sostener que no siempre el hecho punible analizado deberá producirse mediante un pacto bilateral, sino que puede configurarse mediante un acto unilateral y que constituirá un comportamiento más grave que la conducta normal.

En ese orden de ideas, la corte suprema, en la Casación N° 1400-2017 (2019), estableció lo siguiente sobre la complicidad en el delito de cohecho pasivo propio, que por su naturaleza es de infracción del deber y su conducta puede ser de mera actividad y de resultado, dependiendo del verbo rector a cuál se adecue el comportamiento, ya sea bajo la modalidad de aceptar, recibir (primer párrafo) o solicitar (segundo párrafo) del artículo 393 del código penal (pág. 13).

Lo relevante en ese pronunciamiento de la corte suprema y que es de utilidad para el resultado de la presente tesis, es, en definitiva, que posibilita la sanción al extraneus a título de cómplice en el delito de cohecho pasivo propio, siempre y cuando su aporte se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación; y en el caso concreto, el cómplice primario (o necesario) con su accionar, aportó al hecho principal, una contribución, sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer. En consecuencia, nuestra jurisprudencia no deja impune al sujeto no cualificado que aporta al agente público.

La postura asumida, es propulsada y compartida por el profesor Eduardo Aboso (2019), quien sostiene que el contenido del injusto del delito doloso especial de cohecho pasivo está construido por la existencia de un acuerdo ilícito entre el agente público decisor y un tercero. El objeto de dicho acuerdo es de naturaleza económica trascendiendo el contenido material de dicho delito, ya que la receptación del dinero o la aceptación con la promesa es suficiente para la consumación de ese precepto delictivo. El autor debe tener la competencia funcional para dictar el acto administrativo que se le pide. Podemos observar, que lo que se pone énfasis con el comportamiento disvalioso del agente público es la objetividad en el marco de la toma de decisión.

Por lo anteriormente sostenido, el acuerdo verbal entre el cohechador y el funcionario público debe influir en el marco de decisión funcional del segundo, porque el contenido de lo injusto típico de la figura materia de análisis reside netamente en la influencia antijurídica en el proceso de la toma de decisión del funcionario público sobornado. Es decir, el agente público en lugar de priorizar los

intereses estatales, coloca en primer lugar su codicia al decidir en el marco de sus competencias funcionales.

Además, nuestra corte suprema, también se ha pronunciado respecto a dicho verbo rector, sosteniendo lo siguiente:

Implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular la ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones (Ejecutoria Suprema, 2011, pág. 18).

En ese orden de ideas, podemos aseverar que simplemente basta la materialización externa del comportamiento del sujeto cualificado solicitando algún beneficio a cambio de quebrantar sus atribuciones.

En correspondencia con lo señalado, el doctrinario José Luis Rimondi (1999), sostuvo que el sujeto cualificado realiza una oferta de su función al tercero a fin que este último proceda con la materialización de la ventaja a favor del primero, es decir dichas solicitudes indirectas o actividades facilitadoras que conllevarían a la trasgresión de las obligaciones se las conoce en la dogmática como puente de planta. Podríamos interpretarlo como sugerencias, silencios o insinuaciones que revistan de cierta habilidad para que el extranei se dé cuenta cuales son los deseos del intranei (pág. 378).

Con el adagio mencionado, podemos darnos cuenta que realmente no se trata de un quebrantamiento de la voluntad del extranei, ya que en ningún momento se le está exigiendo la entrega del beneficio, por ello, consideramos en nuestra investigación que el tercero debería responder penalmente en dichos supuestos.

En ese orden de ideas, puedo definir al Objeto de Protección de estas modalidades de cohecho (propia o impropia) en un sentido amplio o general que garantiza un correcto funcionamiento y la intangibilidad del prestigio del aparato

estatal, pero, específicamente la doctrina mayoritaria concluye que se protege la forma imparcial guiadora a los sujetos cualificados en el momento de tomar decisiones correspondientes a su atribución.

Por último, debemos definir cuando se produce la consumación de esta conducta delictiva, para ello, se asume la siguiente postura:

Existe un delito perfecto cuando el agente público pide una suma de dinero a pesar de que la otra persona rechace el pedido ya sea por no estar de acuerdo completamente con él o porque lo considera una suma sobrevalorada. No debe olvidarse que el delito de cohecho es uno de simple actividad que llega a consumarse con la sola realización de una conducta que, en nuestro caso, es de solicitar o aceptar el donativo, promesa o cualquier ventaja, independientemente de si el tercero a quien va dirigida dicha solicitud acepta o no el pedido. (CASTILLO ALVA, 2012, pág. 325).

Por ello, el hecho delictual configura formalmente su conducta con la solicitud, es decir, se castiga el comportamiento y no requiere un resultado.

Continuando con el desarrollo de la presente tesis, encontramos una ejecutoria suprema que desarrolla completamente el tema investigado de la siguiente forma:

Señala que el delito de cohecho activo genérico solo para su configuración requiere que el sujeto activo realice una conducta positiva concretizada en dirigir a comprar la función pública, por ello, no hace falta aun cuando lo incluya un acuerdo previo, debido a ello, solo se necesita que el agente trate de obtener una determinada conducta funcional del agente público con las funciones del cargo, podríamos entenderlo, que se genera en este último un estado de disposición para la venta de la función pública, además, en el mencionado recurso, señala que el delito de

cohecho pasivo ya sea propio e impropio con el delito de cohecho activo, son hechos punibles de naturaleza independientes entre sí, por ello, debemos erradicar la idea que entre ambos tipos penales pueda existir una relación concursal de tipo ideal o real, finalmente, diríamos que la tipicidad de alguno de esos delitos no depende de la verificación del comportamiento ilegal del otro delito, ya que el funcionario o servidor puede rechazar la oferta corruptora, además, puede existir cohecho pasivo sin la existencia del otro ilícito penal cuando el agente público solicita directa o indirectamente los medios corruptores y el particular no las acepta (Rodríguez Vásquez, Torres Pachas, Navas Bustamante, & Novoa Curich, 2014, pág. 287).

En ese sentido, podemos entender que el ilícito penal para su configuración no requiere un pacto bilateral y es un tipo independiente, pero en dicha jurisprudencia no hacen mención al supuesto factico cuando el autor concede en merito a una previa solicitud del sujeto cualificado.

En ese orden de ideas, el maestro Abanto Vásquez (2014), expreso que existe autores que consideran la conducta punible es de participación concurrente, o también conocido como intervinientes o delitos plurisubjetivos o bilaterales, pero esta clasificación tiene dos grupos, el primero referido a los delitos de convergencia, en dicho grupo podemos encontrar al Hurto Agravado cometido por más de dos personas, Asociación Ilícita y por otro lado, tenemos a los delitos de encuentro, en el cual se encuentran el Favorecimiento de la prostitución, Nombramiento ilegal, Tráfico de influencias (pág. 527).

Según Villavicencio Terreros (2000), señala que existe tres verbos rectores en el delito analizado, el primero “ofrecer”, un medio corruptor que podríamos conceptualizar como un ofertamiento unilateral o propuesta que parte un sujeto no cualificado dirigido a un agente gubernamental, que posee una relación ineludible y comprometiéndose a omitir o realizar conductas contrarias a los fines

funcionales lo que supone una vulneración a sus obligaciones, por otro lado, respecto al verbo rector “dar”, se entiende, que el sujeto activo otorga un medio corruptor de manera efectiva, es decir una entrega material, finalmente, el tercero se manifiesta como una “promesa”, el cual se exterioriza mediante un acuerdo de ambas partes, es decir del sujeto no cualificado quien se compromete a cumplir sus obligaciones en un futuro mediato, mientras que el agente público se asegura para después el donativo corruptor (pág. 17).

Otro punto importante que debemos precisar que el objeto de protección es el correcto o buen funcionamiento de la administración pública en sentido lato, pero la finalidad de la prohibición es la de no afectar o influir de manera verbal en las decisiones de los funcionarios públicos, que ya compromete de manera directa el buen funcionamiento de la entidades o instituciones estatales. Cabe precisar que las acciones de ofrecer dinero o realizar una promesa de pago al agente público evidencia también un objetivo de lucro, ya que el dicho funcionario actúa en función de ese dinero entregado o promesa realizada con la finalidad de beneficiar al cohechador.

Finalmente, sobre este último punto puedo aportar sosteniendo que los medios corruptores vendrían a ser el donativo, ventaja u otro beneficio, las dos primeras serían donativos pero también abarcaría de una venta o un beneficio y el tercero podríamos señalar que se manifestarían de manera material o inmaterial, la primera tendría contenido objetivo, medible económicamente, en ellas podrías ser ventajas políticas y de índole laboral y por último las ventajas inmateriales la doctrina no ha podido definir las concretamente hasta la fecha, ya que podríamos decir que en algunas ocasiones esconden ventajas materiales como por ejemplo el favor sexual.

En ese orden de ideas, debemos señalar por último que la doctrina y la Convención mencionada y desarrollada anteriormente, elabora una definición del verbo conceder pudiendo equiparar de cierto modo al elemento “dar”, del cohecho

activo específico, sin embargo, existe ciertas precisiones conceptuales que abarca dicho elemento, como a continuación se citara:

El verbo conceder se define por la RAE como dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo. Se trataría de un sinónimo de entregar, que significa dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo. Por lo que la concesión supondría la efectiva recepción, del incentivo injustificado por parte del particular favorecedor y, por ende, la mejora de su situación personal o patrimonial. Por ello, la doctrina especializada ha definido esta conducta como la entrega efectiva de lo previamente ofrecido o prometido. Dicha modalidad comisiva puede producirse bien como consecuencia de un inicial ofrecimiento (efectuado por el propio sujeto incentivador), o bien por una solicitud (realizada por el sujeto favorecedor). En este sentido no importa de quien surja la iniciativa para alcanzar el acuerdo corrupto, pues la amplia definición de este comportamiento permite ambas posibilidades. La expresión conceder acogería los supuestos de hecho en los que se entrega lo que se ha solicitado, prometido u ofrecido, esto es, la entrega de la contraprestación ilícita que da forma y caracteriza el acuerdo injusto de la corrupción en los negocios (Berenguer Pascual , 2020, pág. 68).

Con la cita correspondiente, podemos observar que el termino conceder no se encuentra limitado únicamente cuando el extraneus da o entrega el donativo, sino que amplía su conceptualización a otro momento el cual se manifestaría en el instante que el agente público solicita dicho donativo y el particular no procede a entregarlo. Por esa razón, consideramos que el termino conceder que es aplicado en España, si la incorporamos modificando el verbo rector de dar en el delito de cohecho activo genérico y sucesivos, permitirá que se pueda sancionar su conducta, debido a que actualmente, cuando el agente público solicita un beneficio económico, solamente se procede a investigar y sancionar al intraneus, pero se deja de lado la dañosidad social que produce el sujeto no cualificado al conceder ese donativo con la finalidad de conseguir un provecho personal que cualquier otro

en las condiciones normales que requiera de la administración pública no la obtendría.

El planteamiento principal del problema es el siguiente: **¿Debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?**

La presente investigación tiene una justificación teórica, debido a que se realiza con la finalidad de aportar al conocimiento actual sobre las conductas realizadas por el extraneus que concede donativo, promesa o cualquier ventaja previa solicitud del agente público, sin que exista un verbo rector en el delito de cohecho activo genérico que lo prohíba, cuyos resultados podrían sistematizarse una vez recolectados a través de la entrevistas, expedientes y recopilación documental en una propuesta legislativa o un tipo de interpretación uniforme. Esto generará reflexión y debate académico sobre el conocimiento existente, por ejemplo, el verbo rector dar y conceder, aplicación de la Convención, afectación del principio de legalidad, es decir, confrontar una teoría con otra, lo cual se contrastará en los resultados, lo que se busca es hacer epistemología del conocimiento existente respecto a los delitos de corrupción de funcionarios, específicamente en el alcance de los tipos de cohecho pasivo y activo.

Por otro lado, existe una justificación práctica, por la necesidad de mejorar las prohibiciones en nuestro catálogo penal referidas a las conductas realizadas por sujetos no cualificados cuando estos conceden un donativo, promesa o cualquier ventaja, previa solicitud del agente público y así luchar frontalmente contra la corrupción. Esto contribuirá a resolver un problema o, por lo menos proponer estrategias que al aplicarse contribuirían a resolverlo en los órganos jurisdiccionales y evitara impunidad.

Siendo el Objetivo General el siguiente: (I) Determinar si debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional. Objetivos Específicos (II) Analizar el Principio de Legalidad específicamente en su manifestación de ley previa. (III) Analizar el delito de cohecho pasivo propio e impropio y el cohecho activo Genérico. (IV) Identificar la normativa internacional que permite responsabilizar al sujeto no cualificado que concede donativo, promesa o cualquier ventaja a un agente público que previamente le solicitó a cambio de trasgredir sus funciones.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de Investigación

Según Hernández, Fernández Y Batista (1998), la naturaleza de nuestro tema es cualitativa y se trata de una observación de los fenómenos ocurridos en la naturaleza o sociales y como estos se desarrollan en su contexto para finalmente proceder a su análisis y describirlos para lograr su comprensión, en su mayoría son bases teóricas, opiniones, encuestas.

Tipo de Investigación.- Es básica, naturaleza no experimental, porque no procede con la manipulación de nuestras categorías, solo podríamos examinarlas en su contexto para finalmente procesarlas.

En ese orden de ideas, según Hernández (2012), el corte empleado es descriptiva, debido a que tiene como objetivo principal describir las relaciones que podrían tener las categorías en un contexto determinado, es decir, se describe dichas variables; no se centra únicamente en los datos que nos aporta el estudio, sino estudiando de manera detallada todas las situaciones que rodean un hecho o el acontecimiento, no realiza predicciones ni formula hipótesis.

Diseño de Investigación.- Según Carrasco (2015), indica que el diseño es el sistema de rutas que permiten iluminar la proyección del problema y verificación de hipótesis de la investigación (pág. 168).

En ese sentido, el presente diseño es fenomenológico, es decir, analiza y estudia los conocimientos estrictos de dichos fenómenos, los que ocurren en nuestra investigación. Es por ello, que la ciencia fenomenológica considera lo siguiente:

Conocer las vivencias por medio de los relatos, las historias y las anécdotas es fundamental porque permite comprender la naturaleza de la dinámica del contexto e incluso transformarla. Es un paradigma que pretende explicar la naturaleza de las cosas, la esencia y la veracidad de

los fenómenos. El objetivo que persigue es la comprensión de la experiencia vivida en su complejidad; esta comprensión, a su vez, busca la toma de conciencia y los significados en torno del fenómeno para llevar a cabo una investigación bajo este enfoque, es indispensable conocer la concepción y los principios de la fenomenología, así como el método para abordar un campo de estudio y mecanismos para la búsqueda de significados (Husserl, 2008, pág. 78).

En consecuencia, esta definición se relaciona estrechamente con la esencia que es cualitativa, debido a que explica los fenómenos ocurridos en las ciencias sociales, en este caso, los que se suscitan en la administración pública cuando un agente no cualificado concede beneficio patrimonial, previa solicitud del sujeto cualificado. Por ello, se debe comprender esta realidad y no solo basta aportando datos para su punición, por el contrario, tratar de mejorar la correcta administración pública.

3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización

Tabla 1

AMBITO TEMATICO	PROBLEMA DE INVESTIGACION	PREGUNTA DE INVESTIGACION	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVO ESPECIFICO	CATEGORIAS	SUB GATEGORIAS
GEOGRAFICO: Comprende los ambientes la Fiscalía y Juzgados Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad en donde se desempeñan los operadores jurídicos que comprenden nuestra muestra en la investigación	Se desarrolla en la hipotética situación donde el autor cualificante es el que da origen a la propuesta de corrupción dirigida al sujeto extraneus, siendo que este último cede a ella, dando cumplimiento a lo solicitado y como consecuencia de ello otorga el donativo, promesa, ventaja o beneficio (elementos objetivos del tipo); ante este supuesto, en lo que respecta a la conducta del sujeto extraneus ¿estaríamos ante la comisión del hecho punible del comprador de la función pública? o podríamos considerar que realmente ha existido un sometimiento de la voluntad del sujeto para que proceda a corromper, debido a que con la solicitud previa del agente público ya se concretó la acción de ofertar su función, pues el agente sólo cumplió con corresponder a dicha petición por temor, se sintió obligado a cumplirlo solicitado; asimismo, en dicho hecho como determinaríamos el momento en que se produjo la lesión al bien jurídico tutelado.	¿Debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?	Determinar si debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional	-Analizar el Principio de Legalidad específicamente en su manifestación de ley previa. -Analizar el delito de cohecho pasivo propio e impropio y el cohecho pasivo Genérico. -Identificar la normativa internacional que permite responsabilizar al sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, que previamente le solicitó a cambio de trasgredir sus funciones	COHECHO ACTIVO GENERICO	Sujeto Activo Conducta Positiva: Da Ofrece Promete Donativo Promesa Cualquier otra ventaja
ESPACIAL: Comprende el periodo 2019, teniendo en cuenta que en la presente investigación se analizó 3 resoluciones judiciales que fueron emitidas hasta el año 2019, las mismas que están referidas al tema de investigación.					SUJETO NO CUALIFICADO QUE CONCEDE UNA DADIVA A UN AGENTE PUBLICO A CONSECUENCIA DE SU SOLICITUD DE ESTA ULTIMA PARA OMITIR O REALIZAR UN ACTO FUNCIONAL	Principio de Legalidad: Deberes Positivos y Negativos Eximentes de Responsabilidad

“Fuente: Elaboración propia”

3.3. Escenario de Estudio

En este caso, el lugar donde se realizará el estudio será en las fiscalías especializadas de corrupción de funcionarios, juzgados que hayan asumido casos de corrupción de cualquier instancia y abogados expertos en la materia de corrupción de funcionarios, debido a que ellos, se relacionan diariamente con estos delitos, permitiendo tener mayores alcances sobre el tema a investigar.

3.4. Participantes

Las personas que cooperaran en el presente trabajo participaran mediante entrevistas que se realizara a los fiscales, procuradores y abogados especializados en la materia del Departamento de la Libertad, específicamente de la ciudad de Trujillo, los cuales serán identificados de la siguiente manera:

Tabla 2

FISCALES	18 Fiscales entre ellos, Provinciales y Adjuntos Especializados en D.C.F.P.D.L.L.	05 Fiscales entre ellos, Adjuntos y Provinciales
ABOGADOS	Abogados inmersos en litigar en esta clase de delitos.	03 Abogados litigantes en procesos penales de D.C.F.P.
PROCURADORES	04 Procuradores Públicos de Anticorrupción de la Libertad, parte agraviada en D.C.F.P.	02 Procuradores Públicos de Anticorrupción de la Libertad, por representar al Estado en los procesos por D.C.F.P.

“Fuente: Elaboración propia”

Como nos encontramos en un estudio descriptivo, la población que se utilizara en nuestra investigación es finita debido a que se enmarca dentro de entrevistas a expertos sobre la materia y en este caso para su complemento se utilizara sentencias respecto a los ilícitos penales analizados, que se relacionen o aproximen con el tema investigado, debido que ese comportamiento del sujeto no cualificado que concede donativo promesa o cualquier otra ventaja previa solicitud del agente público no se encuentra tipificada. Por ello, la cantidad de expertos entrevistados para contrastar mis objetivos serán 10.

3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

ENTREVISTA Se formuló cuatro preguntas y se dio mediante una comunicación realizada por correo electrónico, esto debido a la situación de emergencia sanitaria decretado en nuestro país por el COVID 19; en ese correo electrónico se solicita a los operadores jurídicos su gentil participación con el objetivo de conocer sus opiniones, conocimientos y conclusiones, procediéndose a remitirle una guía de entrevista elaborada, la misma que son desarrolladas y remitidas a mi correo electrónico, con ello se aportó información a nuestra investigación.

ANALISIS DE FUENTE DOCUMENTAL Podríamos aseverar que son opiniones de los autores que desarrollan sobre un asunto o tema en particular, para luego analizarlos de manera detallada conforme se aprecia en los párrafos correspondientes.

Además, se analizará resoluciones pronunciadas por magistrados del Poder Judicial de la Libertad y una de Lima sobre el tema investigado a fin de verificar cual es el tratamiento que se le da al extraneus que concede un beneficio patrimonial al intraneus previa solicitud de este último.

En cuanto a los instrumentos de recolección de datos, el presente trabajo ha aplicado lo siguiente:

Guía de entrevista: Entrevista semiestructurada, que consta de 4 preguntas abiertas con la finalidad que el entrevistado pueda responder de manera libre, espontánea y sin limitaciones sobre el objeto a investigar.

Además, un mapeo nos permitirá ubicar en el espacio designado para el estudio. Así el trabajo presente, me ha permitido situarme en el Distrito Judicial de La Libertad, teniendo como entrevistados a los siguientes:

DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD		
FISCALES	PROCURADORES	ABOGADOS

Figura 1
Mapeamiento

“Fuente”: Elaboración Propia.

Guía de análisis de fuente documental: El presente instrumento debe contener cita textual, parafraseo, un análisis de la cita y las conclusiones que se aproximen a nuestro tema de investigación.

Recolección de resoluciones judiciales: Dicho instrumento debe estar relacionado a casos de delitos de cohecho en el cual participe un extraneus.

3.6. Procedimiento

En las áreas de las ciencias sociales y específicamente en la investigación cualitativa, encontramos la famosa triangulación metodológica, la cual debe ser entendida de la siguiente manera:

Estas perspectivas se deben tratar y aplicar en la medida de lo posible en pie de igualdad y siguiendo por igual los dictados de la lógica. Al mismo tiempo, la triangulación (de diferentes métodos o tipos de datos) debe permitir un excedente importante de conocimiento. Incluye la adopción por los investigadores de diferentes perspectivas sobre un problema sometido a estudio o, de modo más general, en la respuesta a las preguntas de investigación. Estas perspectivas se pueden sustanciar utilizando varios métodos, en varios enfoques teóricos o de ambas maneras. Las dos están o deben estar vinculadas. Además, la triangulación se refiere a la combinación de diferentes clases de datos sobre el fondo de las perspectivas teóricas que se aplican a ellos. (Flick, 2014, pág. 183)”.

En ese sentido, la triangulación se refiere al uso de varios métodos, de teorías, de fuentes de datos, de ambientes, de investigadores o estudio de un fenómeno.

En consecuencia, para nuestra investigación se ha recopilado teorías respecto a la responsabilidad del sujeto no cualificado en nuestra legislación, que comprende desde el principio de legalidad, la C.N.U.C y el procesamiento nacional y extranjera del delito de compra y venta de la función pública, por ello, se tuvo que recurrir a consulta de bibliografía y recolectar sentencias; por otro lado, se recopiló entrevistas de expertos a fin de extraer sus perspectivas sobre la responsabilidad del extraneus que concede donativo promesa o cualquier ventaja en nuestro ordenamiento jurídico.

3.7. Rigor Científico

Esto quiere decir que todo instrumento que sirva para recolectar datos debe tener dos requisitos esenciales, en este caso que sea válido y confiable. Es por ello, que la validez lo definimos como la precisión de los resultados, además de ser eficientes y auténticos. En ese sentido, lo obtenido se determina según el material bibliográfico utilizado para nuestro planteamiento del problema, las entrevistas de los expertos y las resoluciones judiciales que siempre se encuentran en dinámica aplicación de esta clase de comportamientos delictuales.

Asimismo, deben ser confiables, es decir, brindar seguridad de los resultados obtenidos. En consecuencia, la fuente de información es confiable según la bibliografía consultada, los expertos entrevistados y las resoluciones judiciales.

3.8. Método de Análisis de la Información

Al ser una tesis cualitativa, el análisis de estudio fue descriptivo, ello, porque se trata de indagar las conductas de las categorías y de esa manera proceder a conocer los datos correspondientes de tales fenómenos o acontecimientos sin realizar hipótesis de ellas. En ese sentido, también se aplicó un método analítico con el fin de identificar dentro de la doctrina, jurisprudencia y tratados internacionales la forma en cómo debe responder el particular que concede un beneficio patrimonial al agente público quien infringe su deber institucional.

En el momento de la interpretación se deberá realizar un análisis, es decir una inferencia o razonamiento, obteniendo conclusiones a favor o en contra de nuestra realidad problemática.

Referente a los primeros, son estructuras referenciales que permiten fundar los efectos referidos a los objetivos de la investigación además de la táctica que se encamina y él estudió de la información que se obtuvo.

Respecto a la categorización se procede al análisis de la recolección de datos, para ello, se debe verificar que se encuentre debidamente seleccionado para el objetivo del tema.

3.9. Aspectos éticos

El presente investigador declara que respecto a este punto los mismos implican:

Los autores nombrados en la investigación, estos fueron citados con APA, sin tener que concurrir en copia de cualquier manera.

Ahora bien, los datos y resultados se determinan de acuerdo a la manifestación de la voluntad de los entrevistados y a la fiabilidad del material bibliográfico al cual se concurre.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Análisis de las sentencias

Las carpetas fiscales analizadas, han sido seleccionadas en base a que se evidencia relación entre las categorías de la presente investigación.

Objetivo General: Determinar si debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto no cualificado que otorga o promete una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional.

Tabla 3

DATOS	
JUZGADO: Corte Superior de Justicia de Lima	
EXPEDIENTE: Expediente N° 17-07	
FECHA: 05 de enero de 2012	
DELITO: Cohecho Pasivo Propio y Cohecho Activo Genérico	
PARTES: Sentenciado Emilio Justo González López y Agraviado el Estado	
HECHOS DE LA SENTENCIA	CIRCUNSTANCIAS A EVALUAR
Al atribuir a Robín Juan Rosas Sánchez, en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, haber solicitado al procesado Emiliano Justo González López la suma de mil nuevos soles, a fin de favorecerlo con las conclusiones de la investigación policial a su cargo, relacionada a la denuncia formulada por éste último por supuesto delito de Usurpación en su agravio, ofrecimiento que se concretó aproximadamente en la primera quincena del mes de enero de 2006, cuando González entregó voluntariamente la suma de quinientos nuevos soles al procesado Rosas Sánchez.	En el presente proceso, existe un delito de encuentro, por un lado, el particular (procesado González López) aceptó haber otorgado dinero a solicitud de un efectivo policial para que lo ayude en su denuncia, por un supuesto delito de usurpación, y por el otro, el funcionario público, (procesado Rosas Sánchez) niega ese hecho, y refiere haber actuado conforme a ley”; sin embargo, la sala concluye en su razonamiento lo siguiente: El procesado Rosas Sánchez solicitó directamente dinero al procesado González López para favorecerlo en la investigación a su cargo, sin embargo, ante la imposibilidad de incumplimiento y reclamo de éste término devolviendo parte del monto entregado.

FALLO

Se falló condenando a Robin Juan Rosas Sánchez, como autor del delito contra la Administración Pública -, Cohecho Pasivo Propio en agravio del Estado; y a Emilio Justo González López, como autor del delito contra la Administración Pública – Cohecho Activo Genérico – en agravio del Estado, imponiéndole al primero una Pena Privativa de Libertad de 6 años de carácter efectiva y al segundo 4 años suspendida en su ejecución. Conforme se puede apreciar, la Primera Sala Penal de Apelaciones Liquidadora de Lima fijó posición a favor de la condena del sujeto no cualificado quien otorgo donativo previa solicitud del agente público, sin embargo, observamos que sanciona al extraneus debido a que este último confesó haber entregado dicho beneficio económico, pero que hubiera sucedido si el funcionario solicitaba el beneficio patrimonial y el particular hubiere aceptado pero al final no se concretiza la entrega por circunstancias ajenas a las partes, en ese supuesto, no se podría adecuar al verbo rector de “dar” prescrito en el artículo 393 del código penal, ya que requiere de una entrega efectiva del mismo, contrastando ello que la modalidad de dar del delito cohecho activo genérico no abarca otros supuestos distintos a la entrega material, en consecuencia, reafirmamos que se requiere incorporar a dicho artículo modificando el verbo rector en mención por el de conceder que abarcaría todos los supuestos antes mencionados.

“Fuente: Elaboración propia”

Tabla 4

DATOS

JUZGADO: Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad

EXPEDIENTE: N° 02958-2015-83-1601-JR-PE-06

FECHA: 03 de octubre de 2019

DELITO: Cohecho Pasivo Propio

PARTES: **Sentenciados** Manuel Nicolás Tamara Verde y Máximo Tarrillo Cieza

Agraviado el Estado

HECHOS	CIRCUNSTANCIAS A EVALUAR
<p>El Ministerio Público, sostiene como tesis incriminatoria, que con fecha 11 de octubre de 2013 los acusados SOS PNP Manuel Tamara Verde y el SOT2 PNP Máximo Tarrillo Cieza, se encontraron a bordo del vehículo policial de placa PL-7240, perteneciente al Escuadrón de Emergencia Este, y al momento que pasaban frente al Restaurante “Sabor Norteño”, ubicado en la calle Los Diamantes Mz. 11, Urb. La Rinconada de esta ciudad – zona que no les estaba asignada ese día, aproximadamente a las 14:00 horas, hicieron llamar hacia el vehículo policial a un ciudadano que supuestamente había estacionado mal su vehículo, quien se encontraba consumiendo en el referido restaurante. El referido ciudadano, no identificado hasta el momento, vestía un polo color blanco, usaba gorra y en el video obrante en la carpeta fiscal, propalado por el canal SOL TV, se aprecia que se acerca por la puerta del copiloto, la cual fue abierta por el acusado Manuel Tamara Verde, introduce su mano a un bolsillo de su pantalón, saca supuestamente dinero y se acerca hasta el asiento del copiloto a dejar el mismo, siendo que en ese momento en el asiento del piloto se encontraba el acusado Máximo Tarrillo Cieza, mientras Tamara Verde lo cubre con su cuerpo e incluso abre la puerta posterior del vehículo policial para cubrir el acto de entrega de dinero. Luego que el referido intervenido hace entrega de dinero, lo dejan ir sin elaborar ninguna acta de intervención u otro documento similar.</p>	<p>En cuanto a la segunda modalidad delictual del delito de Cohecho Pasivo Propio en el ejercicio de la Función Policial, la doctrina nos informa, que el miembro de la Policía Nacional del Perú, pide al particular el medio corruptor (donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio), dicha pretensión ilegal aparece conectada con el requerimiento directo o indirecto, esto implica, respecto al primer supuesto – directamente – que el miembro de la PNP, por sí mismo solicita al particular el medio corruptor, por lo tanto se trata de una iniciativa, del intraneus.</p>
FALLO	
<p>Fallo condenando a los acusados Manuel Nicolás Tamara Verde y Máximo Tarrillo Cieza, en calidad de autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Cohecho Pasivo Propio, tipificado en el segundo párrafo del artículo</p>	

393° del Código Penal, en agravio de El Estado – Policía Nacional Del Perú, representado por la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios; y como tal se le impone siete años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que se suspende en su efectividad, mientras se resuelve el recurso de apelación; sin embargo, durante el desarrollo de la sentencia se observa que no se procesa al extraneus que otorgo el incentivo económico, debido a dos razones, la primera, no se identificó correctamente quien era y por otro lado el que supuestamente habría sido se le otorgo la calidad de testigo; es decir, durante el proceso no iba a tener ninguna responsabilidad, en consecuencia, observamos en la práctica que el sujeto no cualificado que concede el beneficio económico tiene un tratamiento durante el proceso como órgano de prueba y no realmente como autor de su propio injusto, por ello, considero que es necesario la modificación del verbo rector dar por el de conceder. Finalmente, en esta sentencia se aprecia también la materialización de la entrega del donativo, por eso, si podría adecuarse al verbo rector dar establecido en el artículo 393 del cuerpo normativo si en caso hubiera sido investigado.

“Fuente: Elaboración propia”

Tabla 5

DATOS	
<p>JUZGADO: Octavo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad</p> <p>EXPEDIENTE: N° 06308-2013-24-1618-JR-PE-01</p> <p>FECHA: 19 de julio de 2018</p> <p>DELITO: Cohecho Pasivo Propio</p> <p>PARTES: Sentenciado Julio César Cárdenas Sánchez</p> <p>Agraviado el Estado.</p>	
HECHOS	CIRCUNSTANCIA A EVALUAR
<p>El acusado Julio César Cárdenas Sánchez es cómplice del delito de cohecho pasivo propio, por haber aportado en la conducta de Andreé Leonardo Castillo Villafán, quien ya ha sido sentenciado como autor. Se acreditará que los aportes dolosos se dieron el 30 de noviembre de 2013 a las 14:30 horas, al escribir en un retazo de papel el número 975315327 y entregarle al ciudadano Santos José Cárdenas Flores, para que éste se comunique con Castillo Villafán y se pactara la fecha y lugar de entrega de S/. 500.00 soles solicitado por el autor. Asimismo, el acusado acompañó a Castillo Villafán en horas de la tarde y en la noche, cuando el ciudadano entregó la referida suma de dinero, sin haberse opuesto al procedimiento ilícito en su condición de policía.</p>	<p>Se ha podido acreditar la forma y circunstancias en que se realizó la intervención del acusado Cárdenas Sánchez y el aporte realizado por éste en el hecho ilícito, consistente en la entrega del retazo de papel donde se encontraba un número de celular, a efectos de que se produzca la comunicación entre el sentenciado Castillo Villafán y el agraviado Cárdenas Flores, para la entrega de los S/.500.00 soles, solicitado previamente por éste último. Asimismo, con el Rol de Servicio que cubre personal de la Sección Emergencia Norte del día 30 de noviembre al 1 de diciembre de 2013, de 06.30 a 06.30 horas, se acredita que quienes estuvieron a cargo de la móvil KG-9914, fueron el acusado Cárdenas Sánchez Julio, como operador y el sentenciado</p>

	Castillo Villafán Andreé como conductor, en la jurisdicción de Jerusalén zona 4 – Jerusalén parte baja.
--	---

FALLO

Se condena al acusado Julio César Cárdenas Sánchez, como cómplice del delito Contra la Administración Pública, Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en su modalidad de Cohecho Pasivo Propio, tipificado en el artículo 393° segundo párrafo del Código Penal, en agravio de Santos José Cárdena Flores y del Estado, representado por la Procuraduría de Corrupción de Funcionarios de La Libertad; a la sanción punitiva de Seis Años de Pena Privativa de la Libertad Efectiva; que se computará por el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme a lo establecido en los artículos 489° y 490° del Código Procesal Penal. De la presente sentencia, observamos que el delito de cohecho pasivo propio en la modalidad de solicitar a pesar de ser una conducta de mera actividad se permite la complicidad; al respecto, en una primera apreciación se podría sostener que la modalidad de conceder donativo por parte del extraneus previa solicitud del agente público podría subsumirse en este supuesto de cómplice; sin embargo, esa postura no puede ser acogida, debido a que únicamente podría ser un partícipe en el delito antes mencionado cuando el extraneus o intrenaeus aporte al hecho facilitando la consumación del comportamiento principal como ha sido observado en la presente sentencia, respetando de esa manera el Principio de Legalidad; en consecuencia, consideramos que se debería incorporar el verbo rector conceder en el delito de Cohecho Activo Genérico.

“Fuente: Elaboración propia”

Análisis de las Entrevistas

En total se ha procedido a realizar 10 entrevistas a expertos, clasificándolos en 05 fiscales (provincial y adjuntos) de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Libertad, 02 Procuradores Públicos y 03 Abogados Independientes, estos últimos fueron considerados por su trayectoria en asumir casos relacionados al tema investigado. En tal sentido, se elaborarán tres tablas ubicando en cada una las opiniones de los expertos, según la división anteriormente señalada en mérito al cargo o rol que desempeñan.

Objetivo General: Determinar si debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional.

Categoría y subcategorías de las entrevistas a fiscales

Tabla 6: Fiscales 1, 2, 3.

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
	¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia	F1: Si bien puede ser discutible la subsunción de dicha conducta dentro de los alcances típicos del artículo 397° del Código Penal, tampoco resulta un postulado absurdo o que riña expresamente con el principio de legalidad, pues cabe	Es discutible subsumir su conducta, sin embargo, debe interpretarse su verbo rector para su aplicación.	Realizar una interpretación correcta.

Cohecho Activo Genérico	de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?	recordar que dicho tipo penal posee varios verbos típicos, y a todos ellos hay que otorgarles una interpretación.		
		F2: Si, dicho supuesto de hecho se encuentra comprendido en el verbo rector "dar" del delito de cohecho activo tipificado en el artículo 397° del Código Penal, el cual reprime al sujeto agente extraneus que, en todo caso y bajo cualquier modalidad, entrega al funcionario o servidor público un medio corruptor (donativo, promesa, ventaja o beneficio) para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas.	Se encuentra tipificado en el artículo 397 en el verbo rector de dar.	La norma es suficiente.
		F3: - Sí, por cuanto el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la Administración Pública) no sólo se ve lesionado o puesto en peligro con el actuar ilegal del	El Bien Jurídico Protegido también es lesionado por el administrado.	Las norma es suficiente.

		funcionario público, sino también con el del administrado quien hace entrega de un donativo, promesa o ventaja a un funcionario público a fin de que este último realiza u omite un acto funcional.		
--	--	---	--	--

“Fuente: Elaboración propia”

Tabla 7: Fiscales 4 y 5.

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?	F4: Sí, la entrega del dinero por parte del tercero al funcionario o servidor público, resultaría un segundo hecho que podría encuadrarse dentro del artículo 397° “el que bajo cualquier modalidad ... da	Se encuadraría en el verbo rector de dar.	La norma es suficiente.
		F5: - Sí, el artículo 397° del Código Penal, refiere entre sus verbos rectores la acción de “dar”, que equivale a que una persona de	La entrega es voluntaria y se subsume en el verbo rector de dar.	Las norma es suficiente.

		manera voluntaria entregue a otra, - en éste caso - a un servidor público		
--	--	---	--	--

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a procuradores

Tabla 8: Procuradores 1 y 2

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?	<p>P1: - Si bien la entrega del donativo, promesa o cualquier otra ventaja surgió a pedido del servidor público, considero que ello, no exculparía la conducta del extraneus, pues este actúa con conciencia y voluntad al momento de realizar el verbo rector del delito de cohecho activo genérico, de tal forma que el pedido del servidor público podría servir para una graduación de pena o en su caso la exención.</p> <p>En el caso que la demora sea atribuible al juez, el control lo debería realizar un juez Superior.</p>	La solicitud surgió del servidor público, sin embargo, solamente servirá como atenuación de la responsabilidad.	Norma suficiente.

		<p>P2: Si sería posible que responda penalmente porque el verbo rector "dar" tipificado en el artículo 397° del Código Penal.</p>	<p>Es posible responder por el verbo rector "dar".</p>	<p>Las norma es suficiente.</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a abogados

Tabla 9: Abogados 1, 2 y 3

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud	<p>A1: - La actual redacción del artículo 397 del CP regula el verbo rector dar, el cual, bajo una interpretación abierta, podría ser utilizado para sancionar al ciudadano (extranus) que concede un objeto corruptor a un funcionario o servidor público con la finalidad que infrinja sus funciones.</p>	<p>El verbo rector dar debe interpretarse de manera abierta</p>	<p>Realizar una interpretación correcta.</p>
		<p>A2: - No, porque no existe un supuesto normativo previsto en el artículo 397° del</p>	<p>No se encuentra regulado en el</p>	<p>Insuficiencia Normativa</p>

	de este último, para omitir o realizar un acto funcional.	Código Penal que señale que la conducta realizada por un extraneus también es un delito si es consecuencia de un pedido o solicitud del funcionario.	artículo 397°	
		A3: Bueno, no sería posible, porque el tipo penal en mención (Art. 397 del C.P.) establece que el sujeto activo del delito tiene que de mutu propio ofrecer, dar o prometer algún beneficio u otra ventaja al funcionario o servidor público y no se puede equipar al verbo rector dar que aparece el tipo penal, porque son diametralmente distintos.	El sujeto de mutu propio da y por ello no se podría equiparar.	Insuficiencia Normativa

“Fuente: Elaboración propia”

Podemos apreciar producto de las sentencias y entrevistas realizadas, que existe casi unanimidad de criterios para sancionar al extraneus que entrega o da un beneficio económico al intraneus, previa solicitud de este; sin embargo, considero que se debería analizar o leer a profundidad el verbo dar, debido a que su interpretación de manera restrictiva, solamente se refiere a la entrega material del bien y cuando el particular lo hace por voluntad propia, buscando comprar la

función pública, además ese verbo rector no hace referencia al supuesto que el extraneus por circunstancias externas no haya podido cumplir con entregar en ese momento la dativa requerida que previamente habría aceptado dar.

Primer Objetivo Específico: Analizar el Principio de Legalidad específicamente en su manifestación de ley previa.

Categoría y subcategorías de las entrevistas a fiscales

Tabla 10: Fiscales 01, 02, 03

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Cree usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal?	<p>F1: - No necesariamente, la idea de la lex stricta, en tanto manifestación del principio de legalidad penal implica que no se sancionen conductas análogas y ello significa que, frente a un supuesto de hecho, no existiría norma expresa que lo regule, pero recurrimos a otra norma que regula supuestos similares. En dicha regulación permite su aplicación a más de un supuesto de hecho.</p>	<p>En este supuesto no existe conductas análogas, debido a que el artículo 397 regula más de un supuesto.</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>
		<p>F2: - No, porque la conducta se encuentra debidamente precisada en el artículo 397° del Código Penal, cuando señala que,</p>	<p>Se encuentra tipificado en el artículo 397.</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>

		<p>el que, bajo cualquier modalidad, en este caso da, a un funcionario o servidor público, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que realice u omita actos en violación de sus funciones o realice u omita actos propios del cargo.</p>		
		<p>F3: - No, en tanto la redacción del Artículo 397 del Código Penal sanciona la conducta del extraneus que ofrece, da o promete un donativo, promesa o ventaja a un funcionario público para realizar u omitir un acto funcional; lo cual no excluye que el “ofrecer” “dar” o “prometer” tenga lugar a consecuencia de una solicitud previa por parte del funcionario o servidor público; en tanto como se ha señalado en la respuesta a la pregunta anterior, lo que busca el legislador es sancionar tanto la conducta del funcionario que solicita como la del particular que concede, con independencia de si la concesión de donativo</p>	<p>Se encuentra tipificado en el artículo 397 y la voluntad del legislador es castigar el comportamiento del particular que concede</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Tabla 11: Fiscales 4 y 5.

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
<p>Cohecho Activo Genérico</p>	<p>¿Cree usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal?</p>	<p>F4: Considero que no, el principio de legalidad como medio límite para la aplicación del ius puniendi, garantía fundamental de una persona a no ser sancionada por conductas no previstas como delito, ni que se le imponga penas no previstas en la ley, en su vertiente de lex stricta - prohibición de la analogía – refiere a no aplicar la ley a otro caso no regulado, el cual mantiene semejanza; empero en el presente caso ello no ocurre.</p>	<p>El ius puniendi es una garantía fundamental para que no se imponga penas no previstas, pero el presente caso no es ese supuesto.</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>
		<p>F5: -No, debido a que el tipo penal en cuestión señala que el otorgamiento o entrega de una dádiva a un funcionario público puede ser realizado bajo cualquier modalidad, siendo que resulta irrelevante – a efectos de tipificar la conducta como cohecho activo – la existencia o no de una solicitud previa del funcionario público.</p>	<p>El otorgamiento de una dádiva puede ser de diferente modalidad, es irrelevante si fue solicitada o no.</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a procuradores

Tabla 12: Procuradores 1 y 2

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frasas codificadas	Sub categorías
<p style="text-align: center;">Cohecho Activo Genérico</p>	<p>¿Cree usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal?</p>	<p>P1: Considero que no, porque la tipificación de este delito obedece al compromiso que tienen los Estados en la lucha contra la corrupción, no solo aquellos que surjan de la conducta de un funcionario o servidor público, sino también del ciudadano que pretende corromperlo, ya que estas conductas conllevar a una afectación al bien jurídico protegido, que genéricamente es la administración pública, y por ende en perjuicio del bien común, es decir de todos los ciudadanos.</p>	<p>No, porque las convenciones internacionales establecen ese tipo de comportamiento que afecta el bien jurídico.</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>
		<p>P2: - No se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de lex stricta, porque el tipo penal de cohecho activo regulado en el artículo 397° del Código Penal comprende de forma general el supuesto delictivo de dar al sujeto público el objeto corruptor, bajo cualquier supuesto, sin discriminar que la entrega del medio corruptor sea por iniciativa del sujeto público extraneus o del intraneus.</p>	<p>No se afecta, porque la norma no hace distinción si es a iniciativa del particular o del funcionario,</p>	<p>No se afecta el principio de Legalidad</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a abogados

Tabla 13: Abogados 1, 2 y 3

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Cree usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal?	A1: No, por cuanto de los verbos rectores regulados en el propio delito se puede realizar una interpretación al verbo rector dar como conceder, no vulnerándose así el núcleo duro del principio de legalidad.	No, porque se puede realizar una interpretación del verbo rector dar	No se afecta el principio de Legalidad
		A2: Sí, porque el tipo penal debe ser claro y preciso en cuanto a su contenido, no debiendo existir ambigüedades en su redacción, de tal modo que se realice una correcta adecuación al tipo penal, buscando de esta manera evitar que se cometan abusos y/o arbitrariedades por parte del juzgado.	Sí, porque los tipos penales deben ser claros.	Se afecta el principio de Legalidad
		A3: Por supuesto que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX	Si se afecta	Se afecta el principio de

		<p>STRICTA, pues con el pretexto de equiparar el verbo rector conceder al verbo rector dar que prevé la norma, algunos fiscales pretender subsumirlo la conducta del extraneus al tipo penal en estudio, sin embargo, todos sabemos que en derecho penal la analogía está prohibida menos cuando es desfavorable al reo, por lo que ante un caso así, la conducta del extraneus resultaría atípica.</p>	<p>porque no está permitida la analogía en el derecho penal.</p>	<p>Legalidad</p>
--	--	---	--	------------------

“Fuente: Elaboración propia”

De los resultados obtenidos, podemos verificar que la mayoría de entrevistados considera que no se afectaría el principio de Legalidad en su vertiente de lex stricta, debido a que el verbo rector dar permite la posibilidad de adecuar el comportamiento de conceder, por otro lado, existe una minoría de dos entrevistados que consideran que si se está afectando actualmente; en ese sentido, debemos recurrir al fin de protección de la norma del delito de cohecho activo específico, el cual como toda doctrina y jurisprudencia ha establecido que es la compra de la función pública, en mérito a ello se debe interpretar correctamente el verbo rector, lo cual será analizado en la discusión del trabajo.

Segundo Objetivo Específico: Analizar el delito de Cohecho Pasivo Propio e Impropio y el Cohecho Activo Genérico.

Categoría y subcategorías de las entrevistas a fiscales

Tabla 14: Fiscales 01, 02, 03

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frasas codificadas	Sub categorías
<p>Cohecho Activo Genérico</p>	<p>¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?</p>	<p>F1:En concordancia con lo ya mencionado en los párrafos precedentes, debe tenerse en cuenta que el supuesto de hecho que se analiza no necesariamente está excluido de los diversos supuestos prohibidos por el artículo 397° del Código Penal; no obstante, para evitar cuestionamientos, dudas, o aplicaciones diferenciadas del mismo tipo penal, sería recomendable incorporar el verbo típico “conceder” en el ya citado artículo 397°, y así eliminar así todo posible cuestionamiento.</p>	<p>Con la finalidad de evitar cuestionamientos, sería recomendable incorporar el verbo rector de conceder.</p>	<p>Debería regularse el verbo rector conceder.</p>
		<p>F2: Considero que no, porque dicha conducta puede ser subsumida en el artículo 397° del Código Penal, pues lo importante en este tipo de casos es analizar la finalidad que tuvo el tercero al momento</p>	<p>No, porque ya se encuentra previsto en el artículo 397.</p>	<p>No debería regularse el verbo rector conceder.</p>

		de entregar la dádiva o ventaja, para poder tipificar el delito.		
		<p>F3: No tanto a fin de establecer responsabilidad penal, ya que, como he señalado, la misma se encuadra dentro de la redacción del tipo penal del artículo 387; sin embargo, a fin de evitar decisiones fiscales y judiciales contradictorias en los casos en que un particular conceda un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último; sí sería de utilidad que el legislador incorpore el verbo rector “conceder” en la redacción del tipo penal del artículo 387.</p>	Con la finalidad de evitar decisiones fiscales contradictorias, se debería incorporar el verbo rector de conceder.	Debería regularse el verbo rector conceder.

“Fuente: Elaboración propia”

Tabla 15: Fiscales 4 y 5.

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
	¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el	<p>F4: - Considero que no, como ya he referido el verbo “dar” abarcaría la entrega de un donativo a solicitud, en ese sentido la conducta ya se</p>	No, porque ya se encuentra tipificada.	No debería regularse el verbo rector conceder.

<p>Cohecho Activo Genérico</p>	<p>delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?</p>	<p>encuentra tipificada, incorporar el término “conceder” sería redundante.</p>		
		<p>F5: -- No sería necesario debido a que el artículo 397 del Código Penal regula todos los supuestos en que un particular afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, mediante la compra o intento de compra de la función pública, señalando el mismo tipo penal que dichas conductas se pueden desarrollar bajo cualquier modalidad. En este sentido, se advierte la descripción de una cadena continuada de conductas que van desde la promesa, el ofrecimiento hasta el otorgamiento de ventajas al funcionario público, las cuales en algunos casos se corresponden con las modalidades delictivas del cohecho pasivo propio tipificadas en el artículo 393 del Código Penal, que tienen como finalidad distorsionar el correcto funcionamiento de la administración pública.</p>	<p>No resulta adecuado, debido a que la cadena de conductas ya lo regula.</p>	<p>No debería regularse el verbo rector conceder.</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a procuradores

Tabla 16: Procuradores 1 y 2

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?	<p>P1: considero que sí debería existir una diferenciación, pues, aunque ambas conductas (de extraneus e intraneus) sean reprochables penalmente, la pena no debería ser la misma. En tal sentido, la incorporación de la palabra “conceder” tendría asidero, en tanto y en cuanto, explique la conducta del extraneus ante el pedido previo del funcionario o servidor público</p>	<p>Sí, porque explica la conducta del extraneus.</p>	<p>Debería regularse el verbo rector conceder.</p>
		<p>P2: - Considero que la incorporación del verbo rector conceder sería redundar en la tipificación de un supuesto delictivo que ya se encuentra contemplado en el verbo rector dar, pues ambos son sinónimos y comprenden la entrega del medio corruptor al funcionario o servidor público bajo cualquier supuesto o contexto de iniciativa para la compra venta de la función pública, ya sea por solicitud del sujeto público o por ofrecimiento del agente extraneus</p>	<p>No debería incorporarse, porque ambos son lo mismo y sería redundantes.</p>	<p>No debería regularse el verbo rector conceder.</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a abogados

Tabla 17: Abogados 1, 2 y 3

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
Cohecho Activo Genérico	¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector "conceder" a un funcionario o servidor público (....) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?	<p>A1: - No, porque ya existe como verbo rector "dar", y el verbo "conceder" es un sinónimo al igual que lo sería "otorgar", entregar, etc. Considero que la modificatoria debe ir por establecer que la conducta es reprochable penalmente, indistintamente de si la realizó voluntariamente o no</p>	No, porque ya existe el verbo rector dar.	No debería regularse el verbo rector conceder.
		<p>A2: - Si bien línea arriba indique que con el verbo rector dar se podría vincular la acción de conceder, considero que, a efectos de evitar un problema dogmático o jurisprudencial, sería mucho mejor la incorporación del verbo rector conceder a efectos de tener un tipo penal más preciso que evite la impunidad para acciones delictivas del</p>	Sí, para efectos de tener un tipo penal más preciso y evite impunidad.	Debería regularse el verbo rector conceder.

		extraneus..		
		<p>A3: Si se debe incorporar el verbo rector conceder, porque no sólo es corrupto quien solicita un beneficio, sino, también el que concede y guarda silencio de ello, pues a cambio de ceder ante la solicitud del funcionario o servidor público, está recibiendo un beneficio en su provecho, y con ello afectando el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, y dicha conducta no debería quedar impune.</p>	<p>Sí, porque está afectando el normal y correcto funcionamiento de la administración pública.</p>	<p>Debería regularse el verbo rector conceder.</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Respecto a la tercera pregunta formulada, se ha obtenido respuestas divididas, de los 10 entrevistados, 05 respondieron que si debería incorporarse el verbo rector conceder y los otros cinco contestaron que no, porque se encuentra tipificado en el comportamiento de dar; en ese sentido, observamos que las preguntas anteriores han tenido una mayor tendencia a responder que esa conducta subsume en el verbo dar, pero en esta pregunta reconoce la mitad su necesidad de incorporación para que no exista confusión y genere impunidad, esto será analizado en la discusión del trabajo.

Tercer Objetivo Específico: Identificar la normativa internacional que permite responsabilizar al sujeto que concede una promesa o cualquier ventaja a un agente público que previamente le solicitó a cambio de trasgredir sus funciones.

Categoría y subcategorías de las entrevistas a fiscales

Tabla 18: Fiscales 01, 02, 03

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
<p>El sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último.</p>	<p>¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003 para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público?</p>	<p>F1: - No creo, pues el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción regula una exhortación a los Estados para que tipifiquen ciertas conductas. Debe tenerse en cuenta que la Convención contiene tanto normas exhortativas que requieren una plasmación del legislador en el Derecho interno de cada país, como normas que sí resultan directamente aplicables, siendo un ejemplo de estas últimas las referidas al concepto de funcionario público, en tanto no crean un tipo penal nuevo, sino solo coadyuvan a la determinación de un elemento normativo del tipo penal</p>	<p>No, porque son normas exhortivas.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>

		<p>F2: Considero que la conducta mencionada ya se encuentra recogida en el artículo 397° del Código Penal.</p>	<p>No, porque ya se encuentra previsto en el artículo 397.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>
		<p>F3: - En tanto que el tipo penal del artículo 397 no excluye de su ámbito de sanción el acto del particular que ofrece, da o promete un donativo, promesa o ventaja a un funcionario público para realizar u omitir un acto funcional, a consecuencia de una solicitud previa de este último; carecería de sentido una aplicación subsidiaria o complementaria del artículo 15 de la Convención</p>	<p>No, porque el artículo 397 no excluye su ámbito de aplicación.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>

“Fuente: Elaboración propia”

Tabla 19: Fiscales 4 y 5.

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
		<p>F4: Considero no existe necesidad de alegar su aplicación subsidiaria, pues la conducta tipificada en el artículo 397° del código Penal, en el verbo “dar”.</p>	<p>No, porque se encuentra regulado.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>

<p>El sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último.</p>	<p>¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003 para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público?</p>	<p>F5: - Si bien es cierto, advierto que existe una diferencia terminológica en una de las modalidades delictivas, esto es entre el dar y conceder un donativo o ventaja, lo cierto es que no considero que dichos términos tengan diferente alcance, al menos desconozco la existencia de doctrina autorizada que apoye esta diferencia.</p>	<p>No, porque no existe doctrina autorizada que las diferencie.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>
---	--	--	--	--

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a procuradores

Tabla 20: Procuradores 1 y 2

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frasas codificadas	Sub categorías
<p>El sujeto no cualificado que concede</p>	<p>¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003 para sancionar</p>	<p>P1: - Considero que es posible, pues si el Perú ha suscrito dicha convención, por imperio de la Constitución (art. 55°) los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, y por ende es de aplicación.</p>	<p>Sí, porque los tratados suscritos se aplican.</p>	<p>Si debería aplicarse subsidiariamente</p>
	<p>2003 para sancionar</p>	<p>P2: - Creo que el artículo 15° de la Convención de las</p>	<p>No, porque la</p>	

<p>una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último.</p>	<p>la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público?</p>	<p>Naciones contra la Corrupción en los supuestos referidos a la participación delictiva de los sujetos agentes extraneos en el soborno de los sujetos públicos (prometer, ofrecer o conceder) se encuentran comprendidos en su totalidad por el artículo 397° del Código Penal, siendo que los supuestos de ofrecer y prometer se encuentran literalmente regulados en nuestro Código Penal existiendo identidad con los verbos rectores contemplados en la Convención</p>	<p>conducta se encuentra tipificada en el art. 397.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>
--	---	---	---	--

“Fuente: Elaboración propia”

Categoría y subcategorías de las entrevistas a abogados

Tabla 21: Abogados 1, 2 y 3

Categoría	Pregunta	Respuesta de participantes	Frases codificadas	Sub categorías
		<p>A1: No, ya que, de ser así, se estaría vulnerando el núcleo duro del principio de Legalidad.</p>	<p>No, porque afecta el principio de Legalidad</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>
	<p>¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente</p>	<p>A2: No, porque dicho artículo lo único que hace es definir en qué</p>		

<p>El sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último.</p>	<p>el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003 para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público?</p>	<p>supuestos podríamos encontramos ante un soborno de un funcionario público; y en base a ello, cada País deberá regular dichas conductas, subsumiéndolas en diferentes tipos penales.</p>	<p>No, porque ese artículo únicamente define cuando configura ese delito.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>
		<p>A3: - Se podría aplicar dicha convención de manera subsidiaria, si, efectivamente, pero no para sancionar la conducta en debate sobre la base del delito de cohecho activo genérico, previsto en el artículo 397 del C.P., tal como está redactado el tipo penal, sino, se podría aplicar para modificar el tipo penal en mención o crear otra figura legal semejante, pero no para pretender utilizarlo como fuente de interpretación del tipo penal, sin que previamente medie una modificatoria legislativa.</p>	<p>No, porque, para sancionar una conducta deberá estar regulada en el Ordenamiento Jurídico Nacional.</p>	<p>No debería aplicarse subsidiariamente</p>

“Fuente: Elaboración propia”

DISCUSIONES

En cuanto al objetivo general es determinar si debe ser sancionado por el delito de cohecho activo genérico, el sujeto que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional. Los resultados conseguidos en las entrevistas a los magistrados, procuradores y un abogado (tabla 06, 07, 08 y 09) tiene cierta coincidencia, pero no idéntica postura con la posición arribada en el antecedente extranjero del autor Manalich (2018), debido a que los primeros manifiestan que si debería responder el particular que concede un beneficio patrimonial previa solicitud del agente público; comportamiento que se adecuaría al verbo rector dar, en cambio, el tesisista extranjero considera al delito analizado como una “donación remuneratoria”, sobre cuya base se esclarecerá la relación que debe darse entre el beneficio solicitado o aceptado y la ejecución u omisión de una acción conectada con el cargo. Bajo el mismo criterio de ciertas similitudes se encuentra la sentencia analizada de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima (Tabla 03) establecido en los resultados; además de la posición jurisprudencial de la Corte Suprema (2014) y de la doctrina nacional como las posturas de Rojas (2016) y Villavicencio (2000), quienes tienen una misma hegemonía doctrinal, debido a que nuestros delitos de corrupción de funcionarios son sui generis a los de la comunidad internacional.

Por otro lado, respecto a dicho objetivo, dos abogados en sus respectivas entrevistas señalaron que no debería responder penalmente el particular que concede donativo en dichas circunstancias porque no se encuentra regulado, posturas que tiene similitud con la realidad ocurrida en el 8vo Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que, al proceder con el análisis de las sentencias (tabla 04 y 05) encontradas en los resultados concluyen que el extraneus que concede el beneficio patrimonial al agente público previa solicitud de este último, se le considera en el proceso como testigo o por otro lado ni se les incorpora al proceso, existiendo impunidad en estos casos, debido a que no actúan bajo ninguna circunstancia de eximente de

responsabilidad; por lo cual, considero que el comportamiento de conceder podría haber permitido responsabilizar a los particulares en ambos casos. Además, en uno de los casos no existió entrega material del bien. Estos resultados, se contrasta con el objetivo analizado, porque permite determinar el alcance del comportamiento conceder, que no solamente es la entrega material del beneficio económico del particular al funcionario, previa solicitud de este, sino también a la no entrega por causas externas de las partes. Sin embargo, no se cuenta con jurisprudencia o doctrina nacional que respalde la posición asumida por los entrevistados, porque es un tema muy poco desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Siendo más específico, el antecedente internacional conseguido para este objetivo, no desarrolla si el sujeto no cualificado que concede el beneficio patrimonial, previa solicitud del agente público deba responder penalmente por el delito de Cohecho Activo, sino, refiere al contexto y conducta típica de aquella con su sinalagma de Cohecho Pasivo, al sostener que es un acuerdo ilícito, un contrato sinalagmático lo cual genera una donación remuneratoria, para obtener un beneficio solicitado o aceptado en una acción en relación al cargo, es por ello, que la conclusión arribada por el autor se da en un contexto de negociación entre las partes, donde ambos manifiestan su voluntad de realizar un negocio ilícito, pero el supuesto en el que nos encontramos no existe esa manifestación libre por parte del particular, sino por el contrario tiene una iniciativa del intraneus y que al final el extraneus cede a ella, claro, no existe ni violencia o amenaza, por ello, el funcionario en este tipo de comportamiento responde como autor del delito de cohecho pasivo agravado prescrito en el artículo 393 segundo párrafo del código penal; sin embargo, el particular, consideramos que no debería responder por el delito de cohecho activo genérico, porque el verbo rector de dar, ofrecer o prometer se circunscribe únicamente a actos de iniciativa del particular, pero no de solicitudes previas. En ese sentido, la tesis que se ha encontrado al ser contrastada con nuestro objetivo es asumida, debido a que señala los parámetros en los que debe responder los participantes en un delito de cohecho y en ese contexto no se encuentra el comportamiento de conceder.

Respecto al resultado de la sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima (tabla 03), observamos que realmente el efectivo policial solicitó donativo al procesado a cambio de archivar la denuncia investigada contra este último por el delito de Usurpación, siendo el procesado quien dio materialmente el beneficio patrimonial, consistente en dinero, por ello, al final se sentenció al particular como autor del delito de cohecho activo genérico, aunque en la sentencia no lo exprese, pero en los fundamentos, se verifica que fue en la modalidad de dar, debido a que se encuentra acreditado que el personal policial le devolvió el dinero porque no iba a poder intervenir favorablemente para el extraneus. En ese supuesto factico, claramente existe un desprendimiento patrimonial por parte del particular, por ello, aunque el fin de protección de la norma del delito de cohecho activo, sea de comprar la función por iniciativa de él, este hecho se asemeja al verbo rector de dar, que significa que es una entrega efectiva, en consecuencia, dicho resultado se puede contrastar con el objetivo planteado en determinar cuándo nos encontramos en un caso de dar en el delito de cohecho activo genérico según el razonamiento de la praxis judicial.

Por último, sobre este objetivo, el maestro Rojas (2016) , sostiene que el supuesto de solicitar en el delito de cohecho pasivo agravado, debe entenderse como la solicitud a un tercero, por parte del funcionario o servidor público, a fin de que este le **conceda**, en tiempo actual o en el futuro donativo o ventajas a cambio de una contraprestación propia de su función (venta inalienable a la cosa pública) que podría ser favorable o también menos perjudicial. Es por ello, que es una modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal se encuentra radicada en la conducta del sujeto público que necesita determinadas prestaciones económicas del sujeto no cualificado. **En ese sentido, se trata así de un tipo penal de simple actividad que no necesita que se efectivice el medio corrupción para que el delito pueda consumarse.** Con esta cita textual, podemos amparar la postura asumida hasta el momento en el presente objetivo, debido a que si el comportamiento de solicitar por parte del agente público un beneficio económico al particular a fin de trasgredir sus funciones se consuma con ese acto, sin necesidad de efectivizarse el medio corruptor, es decir la entrega

material del bien, como se podría sostener que su sinalagma de dicha conducta sería el verbo rector de dar del delito de cohecho activo genérico, al ser este último comportamiento de naturaleza material, es decir de una entrega efectiva en este caso aceptada por el funcionario público; en consecuencia, considero que el verbo rector dar tiene como sinalagma el verbo rector recibir por parte del agente público, esto debido a una interpretación sistemática de dos delitos que se vinculan estrechamente, por ello, el particular que concede donativo ya sea materialmente o no a un agente público, no se encuentra previsto en el delito de cohecho activo genérico.

En la misma postura, el profesor Villavicencio Terreros (2000), sostuvo que el delito de cohecho activo genérico en la modalidad de dar es únicamente una entrega material de un bien de contenido económico.

En cuanto al primer objetivo específico, es analizar el Principio de Legalidad específicamente en su manifestación de ley previa, al relacionar el principio en mención con la afectación que se podría generar si se trata subsumir la conducta de conceder en el delito de cohecho activo genérico, debido a que ese comportamiento no se encuentra expresamente tipificado; en los resultados encontrados en las tablas 10, 11, 12 y 13, los fiscales, procuradores y un abogado independiente, sostuvieron que no se afectaba dicho principio porque la conducta se adecua correctamente al verbo rector de dar y al no existir ambigüedad no se debería aplicar analogía en el presente caso. Por otro lado, los dos abogados independientes que fueron entrevistados, señalaron que en el delito en mención si se afectó el principio de legalidad, porque el verbo rector dar debe interpretarse de manera restrictiva y ese supuesto no abarcaría la modalidad de conceder, datos que al ser comparados por lo encontrado por Ampuero (2018), concluyo que el principio de legalidad tiene rango constitucional y que nuestro ordenamiento penal no aborda, todos los aspectos del principio de legalidad ni entra a discutir o desarrollar el tema vinculado a la aplicación de las normas de derecho internacional. Con estos resultados se afirma, que toda conducta que se encuentre prevista en el código penal debe estar debidamente construida en su núcleo sobre

todo en los delitos de corrupción de funcionarios, caso contrario, atentaría contra el principio de legalidad, sin embargo, para el caso concreto del delito analizado la mayoría de entrevistados sostuvieron que no se atenta porque esa conducta se encuentra en el verbo rector de dar. Por otro lado, como punto adicional, el antecedente encontrado, claramente señala que nuestro ordenamiento tiene la costumbre de no abordar todas las normas internacionales que nuestro país asume como tratados y convenciones, por ello, es que, existe divergencia en el verbo rector dar con el de conceder, que, si bien son similares, pero no iguales, debido a que existe una relación de género con especie que posteriormente será explicado en los siguientes objetivos. Finalmente, para reforzar este objetivo, según el maestro Roxin (2006), señala que la *lex stricta*, prohíbe la analogía, entendiéndose esto como desplazar una norma jurídica a un diferente caso no establecido en la ley, por el conducto del razonamiento de la similitud de los casos, por ello, debe predominar la interpretación restrictiva de los preceptos ilícitos.

Continuando con la discusión, el segundo objetivo específico, es analizar el delito de cohecho pasivo propio e impropio y el cohecho activo Genérico, el cual se procedió a relacionarlo con la siguiente pregunta a los entrevistados, ¿si es posible que el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público, a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional?; por ello, en los resultados encontrados en la tablas 14, 15, 16 y 17, dos fiscales, un procurador y dos abogados independientes, es decir la mitad de expertos, consideraron que para evitar confusiones e impunidad debería incorporarse el verbo rector conceder y de esa manera evitar contradicciones dogmáticas. Por el otro lado, 03 fiscales, 01 procurador y 01 abogado, sostuvieron que no era necesario incorporar el mencionado comportamiento conceder porque redundaría con el verbo rector dar. Datos que al ser comparados con el resultado obtenido de la fuente documental, se tiene que Berenguer (2020) sostuvo que el verbo conceder la RAE lo define

como dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo; es decir, se trata de un sinónimo de entregar, que significa dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo. Dicha modalidad comisiva puede producirse bien como consecuencia de un inicial ofrecimiento (efectuado por el propio sujeto incentivador), o bien por una solicitud (realizada por el sujeto favorecedor). En este sentido, no importa de quien surja la iniciativa para alcanzar el acuerdo corrupto, pues la amplia definición de este comportamiento permite ambas posibilidades. La expresión conceder acogería los supuestos de hecho en los que se entrega lo que se ha solicitado, prometido u ofrecido, esto es, la entrega de la contraprestación ilícita que da forma y caracteriza el acuerdo injusto de la corrupción en los negocios.

Con estos resultados, podemos observar que la mayoría de los entrevistados desde un inicio sostuvieron que el comportamiento conceder se encuentra dentro del verbo rector dar y por lo tanto no existe una afectación al principio de legalidad; sin embargo, al formular la pregunta antes mencionada, sostuvieron la mitad de ellos que sería necesaria su modificación a fin de evitar impunidad, es decir, reconocen la deficiencia del verbo rector dar en estos supuestos, ahora bien al proceder con la cita del resultado encontrado en la fuente documental, observamos que el término conceder no se encuentra únicamente limitado cuando el extraneus da o entrega el donativo, sino que amplía su conceptualización a otro momento; el cual se manifestaría en el instante que el agente público solicita dicho donativo y el particular no procede a entregarlo por circunstancias externas a las partes. Por esa razón, consideramos que el término conceder que es aplicado en España, sí la incorporamos modificando el verbo rector de dar, en el delito de cohecho activo genérico y sucesivos, permitirá que se pueda sancionar su conducta, debido a que actualmente, cuando el agente público solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja, solamente se procede a investigar y sancionar al intraneus, pero se deja de lado la dañosidad social que produce el sujeto no cualificado al conceder ese donativo con la finalidad de conseguir un provecho personal que cualquier otro en las condiciones normales que requiera de la administración pública no la obtendría. Se podría integrar armónicamente porque la conducta de conceder es el género al abarcar la entrega material o no del

beneficio económico y el verbo rector de dar es la especie, debido a que se centra únicamente en la materialización del donativo. En consecuencia, consideramos que se debería modificar el verbo rector de dar por el de conceder en el delito de Cohecho Activo Genérico prescrito en el artículo 397 del código penal.

Por último, el tercer objetivo específico, se centra en Identificar la normativa internacional que permite responsabilizar al sujeto que concede donativo, promesa o cualquier ventaja a un agente público que previamente le solicitó a cambio de trasgredir sus funciones, para tal fin, se preguntó a los expertos ¿...sí es posible aplicar subsidiariamente el artículo 15 de la Convención de Naciones Unidas contra La Corrupción del año 2003, al artículo 397 del Código Penal?, esto debido a que dicho cuerpo normativo internacional regula la conducta de conceder, siendo los resultados obtenidos, en las tablas 18, 19, 20 y 21, donde se obtiene que cinco fiscales, un procurador y tres abogados independientes, es decir, la mayoría de entrevistados, sostuvieron que no era posible porque la conducta estaba debidamente tipificada y la aplicación subsidiaria de una convención solamente procede como figura orientadora para interpretar alguna institución del tratado del cual forma parte el Estado. Otro razonamiento, consiste en que al ser la conducta ambigua no podría aplicarse dicho tratado porque afectaría la seguridad jurídica, por tales razones debería estar precisado el comportamiento prohibido. Datos que al ser comparado con lo encontrado en la tesis de Céspedes (2009) quien sostiene que al momento de redireccionar las políticas de anticorrupción, a partir de la Convención, es imperativo contar con un marco conceptual que permita dimensionar el problema, prever las consecuencias para darle solidez y precisión al marco jurídico e institucional de control. Además, de comparar el artículo 397 del código penal con el apartado 15 de la Convención en mención, se llega a los siguientes resultados, primero, se puede afirmar que realmente una conducta que no se encuentra debidamente regulada en el ordenamiento jurídico nacional, a pesar de estar suscrito en un tratado o convención y no fue correctamente incorporada no podría aplicarse subsidiariamente, debido a que es un cuerpo legislativo meramente conceptual o de definición para mayor esclarecimiento en los conceptos que se deban aplicar

en la legislación nacional, en segundo lugar, se llega a la conclusión que la tesis citada recomienda que debe existir una mejor regulación con mayor precisión, por esa razón, llegamos al razonamiento en el objetivo anterior que debería regularse la conducta de conceder procediendo a reemplazar el verbo rector de dar para su mejor tratamiento y aplicación a todos los supuestos y evitar impunidad.

V. CONCLUSIONES

1.-Se determinó que en cuanto al escenario hipotético planteado; el sujeto no cualificado, con la regulación actual debería responder por el delito de Cohecho Activo Genérico, prescrito en el artículo 397 del código penal, en la modalidad de dar; sin embargo, con el antecedente encontrado y el material bibliográfico empleado, el delito en mención tiene como alcance de la norma la compra de la función pública por iniciativa del particular, además, el comportamiento de dar no tiene correspondencia con el verbo rector de solicitar del hecho punible de cohecho pasivo propio agravado prescrito, porque la conducta de solicitar es de mera actividad y por lo tanto no requiere una aceptación, en consecuencia, el verbo dar tiene como sinalagma la conducta de recibir por parte del agente público. Por tal razón, el supuesto factico elaborado en el objetivo no se encuentra específicamente regulado y no debería ser adecuado o subsumido al verbo dar del delito de Cohecho Activo Genérico.

2.-Se determinó que la conducta de conceder no se encuentra debidamente regulada en el artículo 397 del Código Penal, pero actualmente en los supuestos fácticos en los que ocurre, si llegan a ser procesados y condenados; se les adecua al verbo rector de dar, por ello, se concluye que al no existir regulación específica de ese comportamiento, de manera armónica debería responder bajo esa modalidad; sin embargo, existen pocos casos en donde son procesados los particulares, debido a que solamente sancionan al agente público que quebranto su función, dejando impune la conducta del extraneus, esto permite inferir que los magistrados no encuentran base legal clara, precisa y determinada para sancionarlos.

3.-Se analizó el delito de Cohecho Pasivo Propio e Impropio, determinando que esa conducta delictiva tiene como fin de protección de evitar la venta de la función pública, debido a ello, es un delito de encuentro, que no necesita la efectiva vulneración o violación de sus obligaciones por parte del agente público, pero si la configuración de sus verbos rectores, siendo su forma agravada, la de solicitar

porque el autor oferta las funciones públicas, por lo tanto, es de naturaleza unilateral, es decir, no requiere que la otra parte acepte su solicitud, pero es ahí donde se genera el problema del tercero, cuando el particular concede ese donativo entregándolo o que por causas externas a las partes no sea posible la materialización de entrega de ese beneficio económico al funcionario público. También se analizó el Cohecho Activo Genérico, determinando finalmente, que el verbo rector dar, no podría contemplar la conducta de conceder, debido a que el primero debe ser por iniciativa del particular y no por previa solicitud del agente público, por ello, recurriendo a la normativa internacional como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, legislación comparada como la de España y recurriendo a la Real Academia Española (RAE), considero que el termino conceder abarca el significado de dar pero también permite con mayor precisión alcanzar el supuesto factico analizado, es decir, sería el género y la conducta de dar la especie. En consecuencia, no debería incorporarse el comportamiento de conceder, debido a que existe el verbo rector de dar, sin embargo, para un mayor alcance a fin de evitar ambigüedades e impunidad, debería modificarse por la conducta de conceder y así tener base legal para sancionar todos los supuestos de hecho ocurridos.

4.-Se identificó, como normativa internacional que permite responsabilizar al sujeto que concede donativo, promesa o cualquier ventaja a un agente público que previamente le solicitó a cambio de trasgredir sus funciones, al artículo 15 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003, el cual, nuestro país es parte al suscribirla y ratificarla, sin embargo, no se podría aplicar subsidiariamente esa prohibición normativa internacional, debido a que solamente tiene carácter conceptual y aclaratorio, en consecuencia, para proceder a sancionar esos supuestos facticos se debería incorporar dicha conducta en el ordenamiento jurídico nacional.

VI. RECOMENDACIONES

1.-Se recomienda a los jueces analizar y precisar correctamente mediante acuerdos jurisdiccionales regionales o nacionales la actual regulación del delito de Cohecho Activo Genérico y siguientes, con la finalidad de establecer claramente su alcance normativo y a que conductas únicamente se encuentra dirigida, debido que toda norma prohibitiva o mandatoria se debe interpretar de manera restrictiva respetando el principio de legalidad.

2.-Se recomienda a otros operadores jurídicos realicen una investigación respecto a todos los delitos que fueron incorporados en nuestro ordenamiento jurídico en merito a las convenciones y tratados suscritos por nuestro país y los que ya se encontraban vigentes antes de su suscripción, a fin de determinar cuál es grado de inexactitud e imprecisión de sus conductas prohibidas reguladas, las cuales consideramos de antemano que no fueron un error involuntario, sino, por el contrario de generar impunidad para ciertos sectores con dominio económico o público. Ello, sucede por ejemplo en Estados Unidos, quienes tienen varios tratados suscritos como la prohibición de tortura, pero aplican ese mecanismo cuando se trata de delitos que atentan se seguridad nacional supuestamente.

3.-Finalmente, se recomienda al poder legislativo modificar el artículo 397 del código penal, incorporando el comportamiento de conceder, reemplazando el verbo rector dar, debido a que el primero tiene mayor alcance a todas las conductas ocurridas cuando el particular concede donativo por voluntad propia o por solicitud previa.

VII. PROPUESTA

Proyecto para modificar el artículo 397 del Código Penal, incorporando el comportamiento de conceder, procediendo a reemplazar el verbo rector de dar.

Justificación del Proyecto

Considero que, a la luz de lo encontrado durante la tesis, uno de los más importantes es que, los magistrados (jueces y fiscales), muchas veces no procesan ni sancionan al particular que concede el donativo, promesa o cualquier otra ventaja, previa solicitud del agente público, debido a que no existe marco regulatorio para castigar ese comportamiento, porque, el fin de protección de la norma del delito de Cohecho Activo Genérico previsto en el artículo 397 del Código Penal solamente sanciona cuando el particular por iniciativa propia procede a dar, ofrecer o prometer, por ello, es considerado por la doctrina mayoritaria como el delito de compra de la función pública; sin embargo, en el supuesto de hecho mencionado, no ocurre ello, sino que es por una voluntad iniciada por el funcionario público. En consecuencia, para evitar imprecisiones e impunidad deberá incorporarse a dicho artículo el comportamiento de conceder, reemplazado al verbo rector de dar y así el primero pueda abarcar todos los supuestos de hecho ocurridos por ser de mayor alcance tanto doctrinaria como legalmente. Tal conclusión es validada por los resultados conseguidos en las entrevistas, en el material documental de sentencias y doctrina nacional y extranjera.

Proyecto modificadorio del artículo 397 del Código Penal, la modificatoria incorporada está redactada en negrita.

Artículo 397 del código Penal.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, **concede** o promete a un funcionario o servidor público, donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omite 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, **concede** o promete a un funcionario o servidor público, donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de su cargo, 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.

REFERENCIAS

- Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., Navas Bustamante, A., & Novoa Curich, Y. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la Corrupción y Justicia Penal*. Lima: PUCP. Obtenido de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110644/2015-%20Compendio%20jurisprudencial%20sistematizado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ABANTO VASQUEZ, M. (2014). *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL*. LIMA: GRIJLEY.
- Ampuero, F. J. (2018). *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN EL ÁMBITO INTERNO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL*. Lima: PUCP.
- Arbaiza Fermini, L. (2013). *Como elaborar una tesis de grado*. Lima: ESAN EDICIONES.
- Arias G. , F. (2012). *El Proyecto de Investigación: Introducción a la metodología científica*. Caracas: EDITORIAL EPISTEME, C.A.
- ARTAZA VARELA , O. (2016). *LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN DE CARA A LA LIMITACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL DELITO DE COHECHO*. Chile: Universidad de Talca.
- Berenguer Pascual , S. (2020). *El delito de Corrupción en los negocios*. Madrid: AEBOE.
- Carrasco Díaz, S. (2015). *Metodología de la Investigación Científica* . Lima: San Marcos.
- CASTILLO ALVA, J. (2012). El caso Kouri - Montesinos. Algunas preguntas sin responder. *Diálogo con la Jurisprudencia* , 37.
- Céspedes , Z. J. (2009). *LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COSTA RICA*. CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO: Universidad de Costa Rica.
- Complicidad en el delito de Cohecho Activo, 1400 (El Tribunal Supremo 17 de 06 de 2019).
- Eduardo Aboso, G. (2019). *Responsabilidad penal de la empresa y Corrupción Pública*. Buenos Aires: IB de f.
- Ejecutoria Suprema, 2667-2010 (Corte Suprema 11 de marzo de 2011).
- Flick, U. (2014). *La gestión de la calidad en la investigación cualitativa*. Madrid: Ediciones Morata S.L.
- GARCIA CONLLEDO, M. D. (1997). *El delito de Cohecho*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- HERNANDEZ, M. (2012). *METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN*. Obtenido de <http://metodologiadeinvestigacionmarisol.blogspot.pe/>.

- HERNANDEZ, S. C., FERNANDEZ, C. C., & BAPTISTA LUCIO, P. (1998). *METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN*. Colombia: McGRAW - HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A.
- Husserl, E. (2008). *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Internacional, T. (28 de Marzo de 2020). *¿QUÉ PIENSAN LAS PERSONAS? CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*. Obtenido de https://www.transparency.org/news/feature/que_piensan_las_personas_corrupcion_en_america_latina_y_el_caribe
- JAKOBS, G. (2018). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL: FUNDAMENTO Y TEORIA DE LA IMPUTACIÓN*. BUENOS AIRES: MARCIAL PONS.
- MAÑALICH, J. P. (2018). *EL COHECHO COMO PROPUESTA O ACEPTACIÓN DE UNA DONACIÓN REMUNERATIVA*. Chile: Universidad de Chile.
- MARTINEZ HUAMAN, R. (2018). *COHECHO PASIVO PROPIO: ANÁLISIS DEL ELEMENTO ACEPTAR*. LIMA: INSTITUTO PACIFICO.
- Naciones Unidas Oficina contra la Droga . (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf
- NAVAS MONCADA, I. (2018). *DEBERES NEGATIVOS Y POSITIVOS EN EL DERECHO PENAL*. VALENCIA: TIRANT TO BLANCH.
- PAREDES VARGAS, C. (2019). *Comentarios al código penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reategui Sanchez, J. (2015). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.
- REATEGUI, S. J. (2015). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.
- REYES TELLO, R. (2019). *COMENTARIOS AL CODIGO PENAL PERUANO TOMO II*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- RIMONDI, J. (1999). *LA DOCTRINA DEL PUENTE DE PLATA EN EL COHECHO*. Buenos Aires: La Ley.
- ROJAS, V. F. (2016). Lima: nomos y thesis.
- ROJAS, V. F. (2016). *Manual Operativo de Delitos contra la Administración de Justicia*. Lima: nomos y thesis.
- ROXIN , C. (2006). Navarra: THOMSON REUTERS.
- ROXIN, C. (2015). BUENOS AIRES: PARCIAL PONS.
- SALINAS, S. R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, 06-2008 (Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia 18 de setiembre de 2012).

Sentencia del Tribunal Supremo Español, 990/2013 (Supremo Español 2013 de Diciembre de 2013).

SOTO, M. (2013). *El método en la investigación jurídica*. Obtenido de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista032/investigaciónjurídica.pdf>.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2000). *Adecuación de la Legislación Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Lima: EDITORIAL.

WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. (2018). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Instituto Pacifico.

ANEXOS

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN

	DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Delito de Cohecho Activo Genérico	El delito de cohecho activo genérico solo para su configuración requiere que el sujeto activo realice una conducta positiva concretizada en dirigir a comprar la función pública, por ello, no hace falta aun cuando lo incluya un acuerdo previo, debido a ello, solo se necesita que el agente trate de obtener una determinada conducta funcional del agente público con las funciones del cargo, podríamos entenderlo, que se genera en este último un estado de disposición para la venta de la función pública, además, en el mencionado	Revisar resoluciones donde en su narración fáctica se haga mención a un sujeto no calificado, concede un donativo previa solicitud del agente público. Recabar información en la doctrina sobre los delitos de cohecho pasivo y activo genérico. Pregunta a operadores jurídicos (fiscales, procuradores y abogados) a través de entrevistas sobre los alcances del tipo de cohecho activo genérico, comparándola con el art. 15 de la Convención de las	Legislativa Verbos rectores aplicables a los delitos de Cohecho pasivo propio y cohecho pasivo genérico.	Leyes penales, analizar como sancionan el delito de cohecho activo genérico a nivel nacional e internacional. Tipos de comportamientos que se encuentran prohibidos en las conductas punibles. Determinar el fin de protección del tipo penal, estableciendo que conductas quedan fuera del alcance del tipo penal.
	recurso, señala que el delito de cohecho pasivo ya sea propio e impropio con el delito de cohecho activo, son hechos punibles de naturaleza independientes entre sí (Ejecutoria Suprema N° 3778-2003)	naciones unidas contra la Lucha de la Corrupción del 2003.		
El sujeto no cualificado que concede una dádiva a un agente público, a consecuencia de su solicitud de este último.	En nuestro ordenamiento jurídico penal, existen deberes negativos que es destinado a todo ciudadano el cual debe ser entendido como la prohibición de hacer daño a otro, es decir, la persona puede ejercer su libertad de manera autónoma, pero con ciertas restricciones, esto es que no afecten a terceros (Ivan Navas Moncada – Deberes Negativos y Positivo en el Derecho Penal - 2018).	Recabar información en la doctrina sobre la definición de deberes negativos y positivos. Establecer el alcance del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Determinar mediante entrevistas cuál es la situación del tercero que interviene en un delito de compra de la función pública, previa solicitud del funcionario o servidor.	Legislativa, jurisprudencial y convencional El principio de legalidad en el delito de cohecho activo específico.	Determinar en qué supuestos se encuentra regulado la conducta del extraneus y como es su tratamiento. Establecer si todo comportamiento de un extraneus con la finalidad de corromper al agente público, así no se encuentre especificado en el tipo penal puede configurar el delito de cohecho activo específico.

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha:/...../.....

Ocupación: _____

Lugar donde Labora: _____

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?
2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?
3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003¹ para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?
4. ¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “**conceder**” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

¹ Artículo 15°. *Soborno de funcionarios públicos nacionales*

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS

JUZGADO: EXPEDIENTE: FECHA: DELITO: PARTES:	
HECHOS DE LA SENTENCIA	CIRCUNSTANCIAS A EVALUAR
(Hechos concretos y precisos de la sentencia a analizar)	(Situaciones de carácter jurídico que guardan relación con las variables materia de investigación)
FALLO	
(Análisis y opinión de las situaciones jurídicas relevantes encontradas en la sentencia junto a la problemática planteada)	

CARTA SOLICITANDO LA COLABORACIÓN EN ENTREVISTA PARA INFORME DE INVESTIGACIÓN, REMITIDA VÍA CORREO ELECTRONICO A LOS PARTICIPANTES QUE COLABORARON EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN (5 FISCALES DE LA FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LA LIBERTAD, 2 PROCURADORES PUBLICOS ANTICORRUPCIÓN Y 3 ABOGADOS LITIGANTES)

CARTA MÚLTIPLE N° 01-2020-CAAC/UCV

Trujillo, Junio de 2020

Señor(a):

**FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
ABOGADOS DE LA PROCURADURIA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN
ABOGADOS LITIGANTES**

Presente.-

Asunto.- Colaboración en entrevista para Informe de Investigación De mi mayor consideración.-

César Alexander Alvarez Castillo, identificado con DNI N° 46809916, estudiante del Programa de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo, me dirijo a usted respetuosamente y expongo:

Quien suscribe, se encuentra realizando su Informe de Investigación para obtener su respectivo grado académico, siendo que para dicha investigación resulta necesaria su valiosa participación, por lo que se le invita a colaborar de manera voluntaria en el desarrollo de la guía de entrevista elaborada, la misma que se adjunta al presente correo electrónico; ello en razón al Estado de Emergencia decretado por el Poder Ejecutivo por razones sanitarias generadas por el Covid 19.

Agradeciendo por anticipado su gentil participación, quedo de ustedes.

Atentamente:

César Alexander Alvarez Castillo
DNI N° 46809916

IMÁGENES DE RESPUESTA REMITIDA CORREO ELECTRÓNICO DE LOS PARTICIPANTES, EN DONDE EXPRESAN SU CONSENTIMIENTO DE PARTICIPAR Y REMITEN LA GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA DESARROLLADA.

5 FISCALES ESPECIALIZADOS ANTICORRUPCIÓN:



Gmail | Buscar correo

5 de 54

Remite entrevista desarrollada Recibidos x

Rebeca Renteria
para mí

Buena días.

Por la presente, otorgo mi consentimiento, para responder de la Guía de Entrevista elaborada por Cesar Alexander Alvarez Castilla, por lo que adjunto a la presente la entrevista desarrollada.

Atte.

Rebeca Renteria Rodriguez

13 jun. 12:43

Gmail | Buscar correo

2 de 54

REMITE ENTREVISTA Recibidos x

JUAN CARLOS RODRIGUEZ MUÑOZ
para mí

Buenos días, remito por el presente cuestionario desarrollado sobre el delito de cohecho activo. Doy mi consentimiento para su utilización.

Atentamente,

Juan Carlos David Rodríguez Muñoz

16 jun. 12:26 (hace 12 hrs)

Gmail | Buscar correo

1 de 54

REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA Recibidos x

Cesar Alexander Alvarez Castillo
CARTA MULTIPLE N° 01-2020-CAAGUCV Trujillo, Junio de 2020 Señor(a) FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO...

luis gustavo guillermo bringas
para mí

Remito entrevista y autorizo su utilización con fines de investigación.

Luis Gustavo Guillermo Bringas
Doctor en Derecho
Fiscal Provincial Especializado en Delitos de
Corrupción de Funcionarios de La Libertad Trujillo

16 jun. 21:36 (hace 12 hrs)

2 ABOGADOS ADSCRITOS A LA PROCURADURIA ANTICORRUPCIÓN:

The screenshot shows a Gmail interface with a search bar at the top. On the left, there are navigation options: Redactar, Recibidos (26), Destacados, Pospuestos, Enviados, Borradores (7), Más, Meet (Iniciar una reunión, Unirse a una reunión), and Chat (Cesar Alexander). The main email is titled "REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA" and is marked as "Recibidos x". It is from Cesar Alexander Alvarez Castillo, dated Wednesday, June 3, 2020, at 17:08. The subject is "CARTA MÚLTIPLE N° 01-2020-CAAC/UCY Trujillo, Junio de 2020 Señor(a): FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO...". A reply from Malena Solis Mendoza is shown, dated Wednesday, June 10, 2020, at 12:01. Her message says: "Remito lo solicitado, disculpa la demora. Atte., María Solis". A second email from Malena Solis Mendoza is shown, dated Thursday, June 11, 2020, at 15:17. Her message says: "Remito el desarrollo de la Guía de Entrevista en formato PDF, agradezco la invitación a participar de dicha guía. Atte., María Solis Mendoza".

The screenshot shows a Gmail interface with a search bar at the top. On the left, there are navigation options: Redactar, Recibidos (26), Destacados, Pospuestos, Enviados, Borradores (7), Más, Meet (Iniciar una reunión, Unirse a una reunión), and Chat (Cesar Alexander). The main email is titled "REMITE CUESTIONARIO DESARROLLADO" and is marked as "Recibidos x". It is from KARINA RUBY NUÑEZ ROMERO, dated Sunday, June 14, 2020, at 19:05. The subject is "REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA". The body of the email contains the following text: "De: Cesar Alexander Alvarez Castillo <cesaralexalvarezcastillo@gmail.com>
Enviado: miércoles, 3 de junio de 2020 17:49
Para: rubynr17@hotmail.com <rubynr17@hotmail.com>
Asunto: REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA". Below this, there is a signature block: "Trujillo, Junio de 2020
Señor(a):
FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS". The email is signed "CARTA MÚLTIPLE N° 01-2020-CAAC/UCY".

3 ABOGADOS LITIGANTES

REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA Recibido x

Cesar Alexander Alvarez Castillo
CARTA MÚLTIPLE N° 01-2020-CAACUCV Trujillo, Junio de 2020 Señoría: FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO...

Marcelo A. Fernández Vásquez
para mí +

Estimado Cesar Alvarez,

Acuso recibo de su carta múltiple y guía de entrevista y así mismo cumpla con devolver la misma desarrollada y en formato PDF.

Saludos cordiales.

Atte.

Marcelo A. Fernández Vásquez

REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA Recibido x

Cesar Alexander Alvarez Castillo
CARTA MÚLTIPLE N° 01-2020-CAACUCV Trujillo, Junio de 2020 Señoría: FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO...

Osven Bello
para mí +

Por medio del presente correo presto mi consentimiento, por lo que procedo a remitir en formato PDF la guía de entrevista elaborada debidamente llenada.

Atte.

Osven Bello Alvarado

REMITO GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA Recibido x

Cesar Alexander Alvarez Castillo
CARTA MÚLTIPLE N° 01-2020-CAACUCV Trujillo, Junio de 2020 Señoría: FISCAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO...

Eymar Gutierrez Castillo
para mí +

Saludos,

Por medio del presente correo presento mi consentimiento, por lo que procedo a remitir en formato PDF la guía de entrevista elaborada debidamente llenada.

Atentamente,

Eymar Gutierrez Castillo
Abogado

10 GUÍAS DE ENTREVISTAS DEBIDAMENTE DESARROLLADAS POR LOS PARTICIPANTES

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 05/junio/2020

Ocupación: Fiscal Adjunta Provincial Provisional

Lugar donde Labora: Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad – Sede Trujillo

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com .

PREGUNTAS:

1.-¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

Considero que sí sería posible, pues el delito de cohecho pasivo cometido en la modalidad típica de solicitar, se consuma sin que se exija la aceptación del tercero, es decir, no es necesaria la existencia de un acuerdo o negociación entre ambos; por lo que, la entrega del dinero por parte del tercero al funcionario o servidor público, resultaría un segundo hecho que podría encuadrarse dentro del artículo 397° “el que bajo cualquier modalidad ... da...”. Debe tenerse en cuenta, para la configuración de este delito, que la finalidad de la persona que entrega el donativo o ventaja, es favorecerse con la actuación del funcionario o servidor, porque si hubiera algún tipo de imposición del funcionario y el tercero se sintiera intimidado u obligado a entregar el donativo, se estaría dentro de otro tipo penal.

2.-¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?

No, porque la conducta se encuentra debidamente precisada en el artículo 397° del Código Penal, cuando señala que, el que, bajo cualquier modalidad, en este caso da, a un funcionario o servidor público, donativo, promesa, ventaja o beneficio, para que realice u

omita actos en violación de sus funciones o realice u omita actos propios del cargo. Se ha precisado la acción del sujeto, que es dar, que significa entregar, conceder, proporcionar, así como la finalidad de dicha entrega.

3.-¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003² para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

Considero que la conducta mencionada ya se encuentra recogida en el artículo 397° del Código Penal.

4.-¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector **“conceder”**a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

Considero que no, porque dicha conducta puede ser subsumida en el artículo 397° del Código Penal, pues lo importante en este tipo de casos es analizar la finalidad que tuvo el tercero al momento de entregar la dádiva o ventaja, para poder tipificar el delito.

² **Artículo 15°. Soborno de funcionarios públicos nacionales**

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 08/06/20

Ocupación: Abogado

Lugar donde Labora: Independiente

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

La actual redacción del artículo 397 del CP regula el verbo rector dar, el cual bajo una interpretación abierta, podría ser utilizado para sancionar al ciudadano (*extraneus*) que concede un objeto corruptor a un funcionario o servidor público con la finalidad que infrinja sus funciones. Esta interpretación dependerá de lo que la dogmática y la jurisprudencia defina por dar (verbo rector). Si se le interpreta de otra forma que no guarde relación con “conceder” podría generarse una situación de impunidad para el *extraneus*.

2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?

No, por cuanto de los verbos rectores regulados en el propio delito se puede realizar una interpretación al verbo rector dar como conceder, no vulnerándose así el núcleo duro del principio de legalidad.

3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003³ para

³ Artículo 15°. *Soborno de funcionarios públicos nacionales*

(...) *Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)*

sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

No, ya que de ser así, se estaría vulnerando el núcleo duro del principio de legalidad.

Si bien es cierto, el principio de legalidad al día de hoy ha sufrido variaciones en su entendimiento y presupuestos, ya que en mi opinión, ahora nos encontramos ante un principio de legalidad en una era de post positivismo jurídico, esto quiere decir, que no solo para resolver un caso penal nos ceñimos absolutamente a lo que está regulado en el Código Penal, sino que también se utiliza los acuerdos plenarios, interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional Penal, etc., pero ello no implica que un tratado internacional en la que está suscrito el Perú sea el derrotero para fijar la existencia los verbos rectores de un delito en el Código Penal peruano, cuando el Derecho Internacional indica que cada país es libre de ver la forma y redacción del tipo penal que se incorpora por orientación del tratado internacional. De aceptar lo indicado en la pregunta, se generaría inseguridad en nuestro ordenamiento jurídico.

4. ¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector **“conceder”** a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

Si bien líneas arriba indique que con el verbo rector dar se podría vincular la acción de conceder, considero que a efectos de evitar un problema dogmático o jurisprudencial, sería mucho mejor la incorporación del verbo rector conceder a efectos de tener un tipo penal más preciso que evite la impunidad para acciones delictivas del extraneus.

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 10/06/2020

Ocupación: Abogado

Lugar donde Labora: Independiente

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

- 1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

Bueno, no sería posible, porque el tipo penal en mención(Art. 397 del C.P.) establece que el sujeto activo del delito tiene que de mutu propio ofrecer, dar o prometer algún beneficio u otra ventaja al funcionario o servidor público; y en la pregunta que formulas dice si sería posible que una persona responda penalmente cuando concede un beneficio al funcionario o servidor público que previamente lo haya requerido, pues no resulta subsumible en dicho tipo penal, pues el conceder, es un verbo rector que significa aceptar o dar asentimiento a la solicitud de otro, y no se puede equipar al verbo rector dar que aparece el tipo penal, porque son diametralmente distintos.

- 2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?**

Por su puesto que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA, pues con el pretexto de equiparar el verbo rector conceder al verbo rector dar que prevé la norma, algunos fiscales pretender subsumirlo la conducta del extraneus al tipo penal en estudio, sin embargo, todos sabemos que en derecho penal la analogía está prohibida menos cuando es desfavorable al reo, por lo que ante un caso así, la conducta del extraneus resultaría atípica.

3. **¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003⁴ para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?**

Se podría aplicar dicha convención de manera subsidiaria, si, efectivamente, pero no para sancionar la conducta en debate sobre la base del delito de cohecho activo genérico, previsto en el artículo 397 del C.P., tal como está redactado el tipo penal, sino, se podría aplicar para modificar el tipo penal en mención o crear otra figura legal semejante, pero no para pretender utilizarlo como fuente de interpretación del tipo penal, sin que previamente medie una modificatoria legislativa.

4. **¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

En mi humilde opinión considero que si se debe incorporar el verbo rector conceder, porque no sólo es corrupto quien solicita un beneficio, sino, también el que concede y guarda silencio de ello, pues a cambio de ceder ante la solicitud del funcionario o servidor público, está recibiendo un beneficio en su provecho, y con ello afectando el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, y dicha conducta no debería quedar impune.

⁴ Artículo 15°. Soborno de funcionarios públicos nacionales (...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 10/06/2020

Ocupación: Abogada

Lugar donde Labora: Procuraduría Anticorrupción de La Libertad

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

- 1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

Si bien la entrega del donativo, promesa o cualquier otra ventaja surgió a pedido del servidor público, considero que ello, no exculparía la conducta del extraneus, pues este actúa con conciencia y voluntad al momento de realizar el verbo rector del delito de cohecho activo genérico, de tal forma que el pedido del servidor público podría servir para una graduación de pena o en su caso la exención (por ejemplo en los casos que el extraneus denuncia y permite armar operativos en flagrancia).

- 2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?**

Considero que no, porque la tipificación de este delito obedece al compromiso que tienen los Estados en la lucha contra la corrupción, no solo aquellos que surjan de la conducta de un funcionario o servidor público, sino también del ciudadano que pretende corromperlo, ya que estas conductas conllevar a una afectación al bien jurídico protegido, que genéricamente es la administración pública, y por ende en perjuicio del bien común, es decir de todos los ciudadanos.

3. **¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003⁵ para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?**

Considero que es posible, pues si el Perú ha suscrito dicha convención, por imperio de la Constitución (art. 55°) los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, y por ende es de aplicación.-

4. **¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

En principio hay que partir, por señalar que el Código Penal, al momento de tipificar el delito de cohecho activo genérico, no hace una diferencia entre que “el ofrecimiento, dar o prometer” de “donativo, promesa, ventaja o beneficio” al funcionario o servidor, nazca de la voluntad del extraneus o del pedido previo del sujetos cualificado; entonces al no haber diferenciación en ambos supuestos, resulta aplicable dicho tipo penal plasmado en el artículo 397° del Código Penal.

Sin embargo, considero que sí debería existir una diferenciación, pues aunque ambas conductas (de extraneus e intraneus) sean reprochables penalmente, la pena no debería ser la misma. En tal sentido, la incorporación de la palabra “conceder” tendría asidero, en tanto y en cuanto, explique la conducta del extraneus ante el pedido previo del funcionario o servidor público.

⁵ Artículo 15°. Soborno de funcionarios públicos nacionales

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 11/06/2020

Ocupación: Fiscal Adjunto Provincial

Lugar donde Labora: Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad.

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?
Sí, por cuanto el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la Administración Pública) no sólo se ve lesionado o puesto en peligro con el actuar ilegal del funcionario público, sino también con el del administrado quien hace entrega de un donativo, promesa o ventaja a un funcionario público a fin de que este último realiza u omita un acto funcional; siendo que cuando confluyen ambas conductas (la del funcionario que solicita y la del particular que concede) es cuando más se ve afectada la Administración Pública, por cuanto es con la aceptación del particular a las pretensiones del sujeto público que tendría lugar la realización u omisión de un acto funcional en violación de sus funciones por parte de este último. Existe la salvedad que cuando el particular denuncia ante la autoridad competente la solicitud ilegal realizada por parte del funcionario público y, como consecuencia de esa denuncia, hace entrega del donativo, promesa u otra ventaja al funcionario público en el marco de un operativo, el delito de cohecho activo no se configura.
2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?
No, en tanto la redacción del Artículo 397 del Código Penal sanciona la conducta del extraneus que ofrece, da o promete un donativo, promesa o ventaja a un funcionario público para realizar u omitir un acto funcional; lo cual no excluye que el “ofrecer” “dar” o

“prometer” tenga lugar a consecuencia de una solicitud previa por parte del funcionario o servidor público; en tanto como se ha señalado en la respuesta a la pregunta anterior, lo que busca el legislador es sancionar tanto la conducta del funcionario que solicita como la del particular que concede, con independencia de si la concesión de donativo, promesa o ventaja que realiza el administrado es a consecuencia de una solicitud previa del funcionario público.

3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003⁶ para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

En tanto que el tipo penal del artículo 397 no excluye de su ámbito de sanción el acto del particular que ofrece, da o promete un donativo, promesa o ventaja a un funcionario público para realizar u omitir un acto funcional, a consecuencia de una solicitud previa de este último; carecería de sentido una aplicación subsidiaria o complementaria del artículo 15 de la Convención. No obstante, esta norma tiene utilidad en la interpretación que hay que darle al artículo 397 del Código Penal, en el sentido que es intención del legislador no dejar fuera del ámbito de sanción los casos en que el particular o administrado “conceda” donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público.

4. ¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “**conceder**” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

No tanto a fin de establecer responsabilidad penal, ya que, como he señalado, la misma se encuadra dentro de la redacción del tipo penal del artículo 387; sin embargo, a fin de evitar decisiones fiscales y judiciales contradictorias en los casos en que un particular conceda un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último; sí sería de utilidad que el legislador incorpore el verbo rector “conceder” en la redacción del tipo penal del artículo 387.

⁶ **Artículo 15°. Soborno de funcionarios públicos nacionales**

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha	:	12/06/2020
Ocupación	:	Abogado litigante
Lugar donde Labora:	Trujillo	

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?
No, porque no existe un supuesto normativo previsto en el artículo 397° del Código Penal que señale que la conducta realizada por un extraneus también es un delito si es consecuencia de un pedido o solicitud del funcionario.
2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?
Sí, porque el tipo penal debe ser claro y preciso en cuanto a su contenido, no debiendo existir ambigüedades en su redacción, de tal modo que se realice una correcta adecuación al tipo penal, buscando de esta manera evitar que se cometan abusos y/o arbitrariedades por parte del juzgado.
3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003⁷ para

⁷ Artículo 15°. *Soborno de funcionarios públicos nacionales*

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

No, porque dicho artículo lo único que hace es definir en qué supuestos podríamos encontrarnos ante un soborno de un funcionario público; y en base a ello, cada País deberá regular dichas conductas, subsumiéndolas en diferentes tipos penales.

4. ¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector **“conceder”**a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?,

No, porque ya existe como verbo rector “dar”, y el verbo “conceder” es un sinónimo al igual que lo sería “otorgar”, entregar, etc.

Considero que la modificatoria debe ir por establecer que la conducta es reprochable penalmente, indistintamente de si la realizó voluntariamente o no.

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 12/06/2020.

Ocupación: Fiscal Adjunta Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios – La Libertad

Lugar donde Labora: Ministerio Público - Distrito Fiscal La Libertad

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?
Considero que sí, el artículo 397° del Código Penal, refiere entre sus verbos rectores la acción de “dar”, que equivale a que una persona **de manera voluntaria** entregue a otra, - en éste caso - a un servidor público un donativo, una promesa u otra ventaja, para omitir o realizar un acto funcional. Una situación particular se presentaría en el caso en que el extraneus entregue el donativo y alegue miedo insuperable (Ejemplo: medico solicita dinero para operar a paciente que se encuentra grave siendo que si no es operado inmediatamente muere, hecho por el cual el extraneus entrega el dinero solicitado), en cuyo caso podría aplicarse las reglas de la exculpación
2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?
Considero que no, el principio de legalidad como medio límite para la aplicación del ius puniendi, garantía fundamental de una persona a no ser sancionada por conductas no previstas como delito, ni que se le imponga penas no previstas en la ley, en su vertiente de lex stricta - prohibición de la analogía – refiere a no aplicar la ley a otro caso no regulado, el cual mantiene semejanza; empero en el presente caso ello no ocurre. Para esto, se debe recurrir a que significa el verbo “dar” y conforme al diccionario de la Real Academia Española, el verbo “dar” es en su acepción más habitual, ‘entregar [algo] a alguien’⁸, por

⁸ <https://www.rae.es/dpd/dar>

lo que considero este “dar” puede ser de mutuo propio a solicitud de otra persona, como en el caso que se plantea.

3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003⁹ para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

Considero no existe necesidad de alegar su aplicación subsidiaria, pues la conducta tipificada en el artículo 397° del código Penal, en el verbo “dar”.

4. ¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “**conceder**” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?

Considero que no, como ya he referido el verbo “dar” abarcaría la entrega de un donativo a solicitud, en ese sentido la conducta ya se encuentra tipificada, incorporar el término “conceder” sería redundante.

⁹ Artículo 15°. Soborno de funcionarios públicos nacionales

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 12/06/2020

Ocupación: Abogada

Lugar donde Labora: Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de La Libertad

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com .

PREGUNTAS:

1. **¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

Si sería posible que responda penalmente porque el verbo rector “dar” tipificado en el artículo 397° del Código Penal comprende perfectamente el comportamiento delictivo del sujeto agente extraneus que, en todo caso y bajo cualquier modalidad, entrega al funcionario o servidor público un medio corruptor (donativo, promesa, ventaja o beneficio) para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, ya sea que la disposición para la compra venta de la función pública se realice por solicitud del sujeto público o por ofrecimiento del extraneus.

2. **¿Cree usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?**

No se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de lex stricta, porque el tipo penal de cohecho activo regulado en el artículo 397° del Código Penal comprende de forma general el supuesto delictivo de dar al sujeto público el objeto corruptor, bajo cualquier supuesto, sin discriminar que la entrega del medio corruptor sea por iniciativa del sujeto público extraneus o del intraneus.

3. **¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003¹⁰ para**

¹⁰ Artículo 15°. *Soborno de funcionarios públicos nacionales*

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta,

sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

Creo que el artículo 15° de la Convención de las Naciones contra la Corrupción en los supuestos referidos a la participación delictiva de los sujetos agentes extraneus en el soborno de los sujetos públicos (prometer, ofrecer o conceder) se encuentran comprendidos en su totalidad por el artículo 397° del Código Penal, siendo que los supuestos de ofrecer y prometer se encuentran literalmente regulados en nuestro Código Penal existiendo identidad con los verbos rectores contemplados en la Convención; y, en el caso del supuesto conceder establecido en la Convención se encuentra regulado en nuestro ordenamiento penal bajo el supuesto de dar, que es un sinónimo de la conducta referida a entregar, facilitar, conceder, otorgar, transferir o adjudicar el objeto corruptor (donativo, promesa, ventaja o beneficio) al sujeto público para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, siendo que ni en el Código Penal ni en la Convención se hace distinción alguna a que la entrega del medio corruptor sea por iniciativa del sujeto público extraneus o del intraneus. Adicionalmente, es preciso señalar que conforme al artículo 55° de nuestra Constitución Política los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

4. **¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

Considero que la incorporación del verbo rector conceder sería redundar en la tipificación de un supuesto delictivo que ya se encuentra contemplado en el verbo rector dar, pues ambos son sinónimos y comprenden la entrega del medio corruptor al funcionario o servidor público bajo cualquier supuesto o contexto de iniciativa para la compra venta de la función pública, ya sea por solicitud del sujeto público o por ofrecimiento del agente extraneus. Sin embargo, para efecto del establecimiento de las penas, teniendo en consideración que en el caso del cohecho pasivo existen marcos punitivos diferenciados para los supuestos de “solicitar” y “aceptar o recibir”, en atención a la distinta gravedad y reproche penal de las conductas, siendo que para el supuesto delictivo de solicitar la pena es más grave que para el supuesto de aceptar o recibir, entonces para las conductas de la contraparte del delito, cohecho activo, también podrían establecerse marcos punitivos diferenciados para los supuestos de “dar” y “ofrecer”, pues el artículo 397° del Código Penal establece un mismo marco punitivo para ambos supuestos, precisando que en el caso de “dar” como acto posterior a un ofrecimiento previo del intraneus se trataría de un delito continuado que se sancionaría con la pena de la conducta más grave que sería “ofrecer” y en el caso de “dar” como consecuencia de la solicitud de sujeto público, se sancionaría con la pena establecida para el supuesto delictivo “dar” que evidentemente tendría un marco punitivo menor por tratarse de una conducta de menor gravedad.

de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 15/06/2020

Ocupación: Abogado

Lugar donde Labora: Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com .

PREGUNTAS:

- 1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

Si, dicho supuesto de hecho se encuentra comprendido en el verbo rector “dar” del delito de cohecho activo tipificado en el artículo 397° del Código Penal, el cual reprime al sujeto agente extraneus que, en todo caso y bajo cualquier modalidad, entrega al funcionario o servidor público un medio corruptor (donativo, promesa, ventaja o beneficio) para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas; siendo que de este modo se abarcan los supuestos en que la compra venta de la función pública se realiza por solicitud del sujeto público o por ofrecimiento del extraneus.

- 2. ¿Cree usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? ¿Explique?**

No, debido a que el tipo penal en cuestión señala que el otorgamiento o entrega de una dádiva a un funcionario público puede ser realizado bajo cualquier modalidad, siendo que resulta irrelevante – a efectos de tipificar la conducta como cohecho activo – la existencia o no de una solicitud previa del funcionario público.

- 3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003¹¹ para**

¹¹ Artículo 15°. *Soborno de funcionarios públicos nacionales*

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario

sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? ¿Explique?

Conforme al artículo 55° de nuestra Constitución Política los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, por lo que al encontrarnos frente a un tratado ratificado por el Perú, sus disposiciones son de aplicación obligatoria para todos los operadores jurídicos, siendo que inclusive el Estado peruano incurriría en una violación a una obligación internacional por su incumplimiento. Si bien es cierto, advierto que existe una diferencia terminológica en una de las modalidades delictivas, esto es entre el dar y conceder un donativo o ventaja, lo cierto es que no considero que dichos términos tengan diferente alcance, al menos desconozco la existencia de doctrina autorizada que apoye esta diferencia. Sin embargo, de existir alguna diferencia en su alcance ambos términos deben interpretarse en forma complementaria, sin que uno excluya al otro, porque como ya hemos señalado los tratados internacionales ratificados por el Perú forman parte de derecho interno, por lo que su observancia resulta obligatoria. Por lo que en este último supuesto el artículo 15 de la Convención sí actuaría como un complemento de lo señalado en el artículo 397 del Código Penal.

4. **¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “conceder” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? ¿Explique?**

No sería necesario debido a que el artículo 397 del Código Penal regula todos los supuestos en que un particular afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, mediante la compra o intento de compra de la función pública, señalando el mismo tipo penal que dichas conductas se pueden desarrollar bajo cualquier modalidad. En este sentido, se advierte la descripción de una cadena continuada de conductas que van desde la promesa, el ofrecimiento hasta el otorgamiento de ventajas al funcionario público, las cuales en algunos casos se corresponden con las modalidades delictivas del cohecho pasivo propio tipificadas en el artículo 393 del Código Penal, que tienen como finalidad distorsionar el correcto funcionamiento de la administración pública.

público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)

GUÍA DE ENTREVISTA ELABORADA

Fecha: 15/06/2020

Ocupación: Fiscal Provincial Titular

Lugar donde Labora: Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de La Libertad – Trujillo.

INSTRUCCIONES:

Esta guía de entrevista consta de 4 preguntas. Lea con mucha atención cada una de ellas y responda de manera concreta y precisa. Agradeciendo por anticipado su valiosa participación y colaboración en la presente investigación científica, sírvase a entregar la presente entrevista debidamente desarrollada o de ser el caso remitirla (en formato PDF) al correo electrónico cesaralexalvarezcastillo@gmail.com.

PREGUNTAS:

1. ¿Considera usted que sería posible responder penalmente por el delito de cohecho activo genérico regulado en el art. 397° del Código Penal; la persona que concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? Explique.

Si bien puede ser discutible la subsunción de dicha conducta dentro de los alcances típicos del artículo 397° del Código Penal, tampoco resulta un postulado absurdo o que riña expresamente con el principio de legalidad, pues cabe recordar que dicho tipo penal posee varios verbos típicos, y a todos ellos hay que otorgarles una interpretación. Así, por ejemplo, si bien es cierto no encuadraría en la conducta de “ofrecer” un donativo o promesa, podríamos discutir si no alcanza a subsumirse en el verbo típico “dar”, teniendo en cuenta que si bien *normalmente* se entiende que el dar es la concreción de un acto que parte del *extraneus*, no necesariamente sería el único supuesto abarcable, pues dicho acto de “dar” un donativo o promesa podría ser como consecuencia de una inicial solicitud por parte del funcionario o servidor público. Claro, con la precisión que se trate de una solicitud y no de un acto por el cual se obligue o induzca al tercero, pues en tal caso ya nos encontraríamos ante el delito de concusión.

2. ¿Cree Usted que se afectaría el principio de legalidad en su vertiente de LEX STRICTA al subsumir la conducta del extraneus que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público, en el Art. 397° del Código Penal? Explique.

No necesariamente, la idea de la *lex stricta*, en tanto manifestación del principio de legalidad penal implica que no se sancionen conductas análogas y ello significa que frente a un supuesto de hecho, no existiría norma expresa que lo regule, pero recurrimos a otra norma que regula supuestos similares. No obstante, como ya anoté en la respuesta

anterior, la misma norma contenida en el artículo 397° del Código Penal podría contener el supuesto en análisis, teniendo en cuenta que algún verbo típico usado en dicha regulación permite su aplicación a más de un supuesto de hecho.

3. ¿Cree usted que se podría aplicar subsidiaria y complementariamente el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Lucha de la corrupción del año 2003¹² para sancionar la conducta del que concede donativo, promesa o ventaja ante la previa solicitud del agente público? Explique.

No creo, pues el artículo 15° de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción regula una exhortación a los Estados para que tipifiquen ciertas conductas. Debe tenerse en cuenta que la Convención contiene tanto normas exhortativas que requieren una plasmación del legislador en el Derecho interno de cada país, como normas que sí resultan directamente aplicables, siendo un ejemplo de estas últimas las referidas al concepto de funcionario público, en tanto no crean un tipo penal nuevo, sino solo coadyuvan a la determinación de un elemento normativo del tipo penal. En el caso que concretamente se analiza, creo que la discusión pasa por interpretar los alcances de los verbos típicos de un delito ya existente y regulado en el artículo 397° del Código Penal. En todo caso, si se considera que el supuesto analizado no alcanza a subsumirse en el tipo penal ya mencionado, no se volverá “típico” por la existencia del artículo 15° de la Convención ya citada.

4. ¿Considera que en el artículo 397 CP, que regula el delito de Cohecho Activo Genérico, se debería incorporar como verbo rector “**conceder**” a un funcionario o servidor público (...) a fin de establecer una responsabilidad penal a la persona concede un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un servidor público, a consecuencia de su solicitud de este último, para omitir o realizar un acto funcional? Explique.

En concordancia con lo ya mencionado en los párrafos precedentes, debe tenerse en cuenta que el supuesto de hecho que se analiza no necesariamente está excluido de los diversos supuestos prohibidos por el artículo 397° del Código Penal; no obstante, para evitar cuestionamientos, dudas, o aplicaciones diferenciadas del mismo tipo penal, sería recomendable incorporar el verbo típico “conceder” en el ya citado artículo 397°, y así eliminar así todo posible cuestionamiento.

¹² **Artículo 15°. Soborno de funcionarios públicos nacionales**

(...) Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (...)