

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS CRIMINALES QUE SUSTENTAN LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL REGULADO EN EL ARTÍCULO 395- A CÓDIGO PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: ANGEL JAVIER VILLEGAS VÁSQUEZ

Asesor:

M.Cs. CLOSER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
ANGEL JAVIER VILLEGAS VÁSQUEZ
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS CRIMINALES QUE SUSTENTAN LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL REGULADO EN EL ARTÍCULO 395- A CÓDIGO PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: ANGEL JAVIER VILLEGAS VÁSQUEZ

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Closver Sánchez Rodríguez.
Asesor

Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

M.Cs. David Barreto Chiche
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
 LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
 CAJAMARCA - PERÚ



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS


Siendo las 19:13 horas, del día 14 de mayo de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA, M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR, M.Cs. DAVID BAARRETO CHICHE**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. CLOSVÉR SÁNCHEZ RODRIGUEZ**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS CRIMINALES QUE SUSTENTAN LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL REGULADO EN EL ARTÍCULO 395- A CÓDIGO PENAL PERUANO”**, presentada por el **Bach. en Derecho ANGEL JAVIER VILLEGAS VÁSQUEZ**.


Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de CATORCE (14) BUENO la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho ANGEL JAVIER VILLEGAS VÁSQUEZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.


Siendo las 20:15 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

Español por Quirino


 M.Cs. Closver Sánchez Rodríguez
 Asesor


 Dr. Alcides Mendoza Coba
 Jurado Evaluador


 M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
 Jurado Evaluador


 M.Cs. David Barreto Chiche
 Jurado Evaluador

Luz Marina

DEDICATORIA

A mis excelentes padres Silbano y Sabina, mi amada esposa Yolanda Mercedes, mis hermosos hijos Angel Javier, Aissa de los Ángeles y Zenia de los Ángeles y mis queridas hermanas Ana Cecilia y Judith Maribel, que jamás me abandonan, su único deseo es lo mejor para mí y por hacerme entender que nunca es tarde para levantarse y seguir luchando y que no hay cosa más hermosa que la de estar en unión de la Familia.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por regalarme su inmenso amor y darme conocimiento, sabiduría e inteligencia y enseñarme que no hay cosa más hermosa, que la de estar en su camino. A mi asesor y docentes de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca por compartir sus conocimientos.

EPIGRAFE

Los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.

- Karl Popper

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
EPÍGRAFE	vii
TABLA DE CONTENIDO	viii
LISTA DE ABREVIACIONES	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1.1.Contextualización o problemática	1
1.1.2.Descripción del problema.....	6
1.1.3.Formulación del problema.....	6
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.3. OBJETIVOS.....	7
1.3.1.General.....	7
1.3.2.Específicos	8
1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES	9
1.4.1.Delimitación	9
A. Espacial	9
B. Temporal.....	9
1.4.2.Limitaciones.....	9
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS	9
1.5.1.De acuerdo al fin que persigue	9
A. Básica	9
1.5.2.De acuerdo al diseño de investigación.....	10
A. Descriptiva	10
B. Explicativa o causal.....	11
C. Propositiva	11
1.5.3.De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	12
A. Cualitativa	12
1.6. HIPÓTESIS.....	12
1.7. MÉTODOS.....	13
1.7.1.Genéricos	13
A. Deductivo	13
B. Analítico	14

C. Sintético	14
1.7.2. Propios del Derecho	15
A. Dogmático.....	15
B. Hermenéutico.....	15
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.8.1. Técnicas	16
A. El Fichaje	16
B. Análisis de contenidos.....	16
C. Observación documental.....	16
1.8.2. Instrumentos	17
A. Ficha	17
B. Protocolo de análisis de contenido	17
1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	17
1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA	17
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN	18
CAPÍTULO II	19
MARCO TEÓRICO	19
2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO	19
2.1.1. Positismo garantista	25
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS	29
2.2.1. Principios del Derecho Penal en el Estado Constitucional de Derecho	29
A. Principio de igualdad	30
B. Principio de razonabilidad	35
C. Principio de proporcionalidad	36
D. Principio de Utilidad de la intervención penal	39
2.2.2. Política criminal.....	40
A. Decisiones Político criminales	41
Decisiones de criminalización: Neocriminalización y Sobrecriminalización.	41
.....	41
B. Decisiones de despenalización	42
2.2.3. La criminología desde el aspecto del delito de cohecho pasivo propio.....	42
2.2.4. Derecho Penal simbólico	44
2.2.5. Derecho Penal del enemigo.....	47
2.2.6. Teoría del delito	49
A. Acción	52
B. Tipicidad.....	57
C. Antijuricidad	62
D. Culpabilidad	70

2.2.7. Teorías de la pena	74
A. Teorías tradicionales	75
B. Teorías retributivas	76
C. Teorías preventivas	78
D. Teorías funcionales	79
2.2.8. Naturaleza de los delitos de corrupción de funcionarios	81
2.2.9. Fundamentos teóricos del delito de cohecho pasivo	82
2.2.10. Cohecho pasivo en la legislación peruana	83
2.2.11. Delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial .	87
A. Conducta típica	89
B. Sujeto activo	92
C. Sujeto pasivo	93
D. Bien jurídico protegido	93
E. Consumación y tentativa	94
F. Participación	94
2.2.12. Responsabilidades sancionadoras de los miembros de la Policía Nacional	95
A. Responsabilidad administrativa disciplinaria	96
B. Responsabilidad Penal Militar Policial	98
C. Responsabilidad Penal	100
2.2.13. Fundamentos que caracterizan a los Policías como agentes públicos	
101	
A. Naturaleza de funcionarios públicos	102
B. Naturaleza de servidores públicos	102
2.3. ASPECTOS NORMATIVOS	103
2.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos	103
2.3.2. Convención Americana de Derechos Humanos	103
2.3.3. Constitución Política del Perú	104
CAPÍTULO III	105
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	105
3.1. RESULTADOS	108
3.1.1. Objeto jurídicamente tutelado por el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial	108
3.1.2. Alcances del delito de cohecho pasivo propio y del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial del Código Penal peruano	111
3.1.3. Contenido del Derecho Penal simbólico y del Derecho Penal del enemigo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, en relación al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial	114
3.1.4. Contenido de las decisiones político criminales dentro de un Estado Constitucional de Derecho en relación al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial	119

3.1.5.La expansión del Derecho Penal desde la perspectiva de Silva Sánchez (España)	122
3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	124
3.2.1.Adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado como fundamento para la derogación del delito de cohecho pasivo en la función policial regulado en el artículo 395-A Código Penal peruano.....	124
3.2.2.Afectación del Principio de Utilidad de la Intervención Penal	127
3.2.3.Uso de los fundamentos del Derecho Penal simbólico en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial	130
3.2.4.Innecesaria manifestación de la política criminal de sobrecriminalización.	133
CAPÍTULO IV	136
PROPUESTA NORMATIVA	136
4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	136
4.2. EFECTOS DE LA VIGENCIA DEL TEXTO LEGAL	137
4.3. FÓRMULA LEGAL.....	138
CONCLUSIONES	139
RECOMENDACIONES.....	141
LISTA DE REFERENCIAS	142

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	Artículo
C.	Constitución Política del Perú
CP.	Código Penal
CPMP.	Código Penal Militar Policial
CPP.	Código Procesal Penal
D. Leg.	Decreto Legislativo
DUDH.	Declaración Universal de Derechos Humanos
D.S	Decreto Supremo
ed.	edición
LO.	Ley Orgánica
Num.	numeral
TC	Tribunal Constitucional
p.	página
PNP	Policía Nacional del Perú
Vol.	Volumen

RESUMEN

El ordenamiento jurídico peruano posee una multiplicidad de normas, que a su vez tienen un diferente orden y tipología; ello no quiere decir que siempre exista armonía, y puede darse el caso de que existan dos o más en conflicto, lo que es denominado como un “problema jurídico” por el sector doctrinario.

Tal es el caso del artículo 395-A del Código Penal peruano, que contiene el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, y que marca una distinción con los sujetos activos contenidos en el tipo penal del artículo 393 del mismo instrumento; es decir, se separa a los miembros de la Policía Nacional del Perú y a los funcionarios y servidores públicos que cometen cohecho pasivo propio. Aquello, sin embargo, es bastante cuestionable, en tanto se estudie lo legislado a la luz del artículo 425 de aquel Código.

Así, el presente trabajo versa sobre aquellos fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del artículo antes mencionado, por lo que se ha planteado como hipótesis que estos versarían en la adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado, la insuficiencia del fundamento de incriminación, el uso de los fundamentos del Derecho Penal simbólico, y la innecesaria manifestación de la política criminal de sobrecriminalización.

Finalmente, se ha realizado una investigación de tipo dogmático, sin poner en tela de juicio la veracidad del artículo cuestionado, pero interpretando su contenido teniendo como punto de partida al texto legal, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, realizando una contrastación de lo planteado como hipótesis, y coligiendo una propuesta de *lege ferenda*.

Palabras Clave: *Fundamentos jurídicos, fundamentos político criminales, derogación, cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.*

ABSTRACT

The Peruvian legal system has a multiplicity of norms, which in turn have a different order and typology; This does not mean that there is always harmony, as it may be the case that there are two or more in conflict, which is called a "legal problem" by the doctrinal sector.

Such is the case of article 395-A of the Penal Code of Peru, which contains the crime of passive bribery in the exercise of the police function, and which marks a distinction with the active subjects contained in the criminal type of article 393 of the same instrument; In other words, the members of the National Police of Peru and the civil servants and public servants who commit their own passive bribery are separated. That, however, is quite questionable, as long as the legislation is studied in the light of Article 425 of that Code.

Thus, the present work deals with those criminal legal and political foundations that support the repeal of the aforementioned article, for which it has been proposed as a hypothesis that these would be about the adequate protection of the legally protected object, the insufficiency of the basis of incrimination, the use of the fundamentals of symbolic criminal law, and the unnecessary manifestation of the criminal policy of over-criminalization.

Finally, an investigation of a dogmatic type has been carried out, without questioning the veracity of the questioned article, but interpreting its content having as a starting point the legal text, doctrine and jurisprudence on the subject, making a contrast of what raised as a hypothesis, and colligating a proposal of lege ferenda.

Keywords: Legal foundations, criminal political foundations, repeal, own passive bribery in the exercise of the police function.

INTRODUCCIÓN

Determinar la antigüedad de la conexión del Derecho y la convivencia humana es una tarea sumamente complicada, que, en la mayoría de ocasiones nos lleva a versar justamente sobre el origen de la sociedad. Es innegable que la existencia de normas marca un antes y un después en la evolución humana, y es la sociedad moderna se basa en reglas, no solo de naturaleza jurídica, sino también ética o moral.

De esta manera, es comprensible que el Derecho Penal sea percibido por el Estado como un mecanismo idóneo para ejercer control social, ergo, los comportamientos no admitidos son evitados, y se ejerce coerción sobre aquello que se deba cumplir por parte del ciudadano; al mismo tiempo puede ser vista como una manifestación de poder estatal, la justicia penal no pertenece al privado (Hurtado P., 1987, p. 10).

La pena no constituye una venganza, sino que pasa a ser vista como una consecuencia jurídica vinculada a un comportamiento activo u omisivo, y el proceso penal se manifiesta como un camino lleno de garantías por el que se busca la verdad. La misma teoría del delito puede verse como una serie de filtros, o como diría Donna (1996), se compone como una teoría de la imputación, en la que se versa sobre el comportamiento por medio de una serie de categorías para poder imputar una pena a una persona.

El simple hecho de que el derecho de acción recaiga sobre el órgano persecutor estatal da luces sobre aquellas concepciones arcaicas que giraban en torno a un Derecho draconiano; sin embargo, pese a que han existido numerosos avances en el Derecho Penal, principalmente encabezados por el establecimiento de un

Estado Constitucional de Derecho en la actualidad peruana, aún existen un sinnúmero de problemas jurídicos sobre los cuales se puede investigar.

Este es el caso de la problemática surgida a raíz de la regulación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, yacente en el artículo 395-A del CP, y que plantea una consecuencia jurídica agravada en relación al tipo penal de cohecho pasivo propio del artículo 393 del mismo cuerpo normativo; según autores como Fidel Rojas Vargas (2007), Hugo y Huarcaya (2018), o Abanto (2003), la diferencia que justificaría aquella situación no recae en otra cosa que en las cualidades especiales del sujeto activo descrito en el artículo 395-A, es decir, en la calidad de miembros de la Policía Nacional del Perú.

Aquel argumento pierde fuerza mediante la interpretación sistemática del Código Penal, puesto que existe una norma contenida en el artículo 425 que regula la calidad de los policías como servidores o funcionarios públicos, entendiendo que la diferenciación de los sujetos activos de los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial no debe ser tal, por cuanto comparten los mismos elementos a excepción de la cuantía de la pena, y considerando también que el tipo del artículo 393 mantiene a los supuestos del 395-A bajo su esfera de protección.

La antinomia constituye uno de los ejes esenciales de la investigación planteada, en tanto el trabajo de investigación versó sobre los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395-A, por lo que se buscó fundar una modificación en el ordenamiento jurídico peruano.

En la hipótesis se ha planteado los fundamentos jurídicos y políticos criminales

que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano, los estarían conformados por lo siguiente: a) Adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado; b) Insuficiencia del fundamento de incriminación; c) Uso de los fundamentos del Derecho penal simbólico; y, d) Innecesaria manifestación de la política criminal de sobrecriminalización.

Para lograr demostrar lo anterior es necesario diferenciar tres diferentes capítulos en la exposición. El primero trataría sobre el eje metodológico de la investigación, englobando aspectos como el tipo y nivel de la investigación, la formulación del problema, la delimitación, el planteamiento de la hipótesis, los métodos a utilizar, entre otros títulos, que son desarrollados a fin de fungir como una directriz sobre el trabajo realizado.

El segundo capítulo se corresponde con el marco teórico, y se encuentra subdividido en tres acápite principales: El primero referente al marco de la filosofía del Derecho, mismo que versa sobre temas como el positivismo jurídico y el positivismo garantista; el segundo alusivo a los aspectos teóricos doctrinarios de la investigación, en donde se desarrollan las diferentes teorías que sirvieron como sustento de la investigación al momento de establecer los fundamentos jurídicos antedichos, y que giraron en torno a razones jurídicas y de política criminal; y, finalmente, los aspectos normativos conexos al tema a tratar.

El tercer capítulo, por su parte, fue utilizado para contrastar la hipótesis en base a la información obtenida durante el proceso de investigación y mediante la utilización de la metodología desarrollada, permitió obtener conclusiones y formular una propuesta de mejoramiento de la Ley a futuro.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

Para contextualizar el problema de investigación, se debe partir desde el Art. 103 de la Constitución, mismo que no ampara ningún abuso del derecho: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...)”. La incorporación del Art. 395-A en el Código Penal peruano; sin embargo, hace una distinción entre los miembros de la Policía Nacional y los demás funcionarios y servidores públicos.

En esta línea, se puede afirmar que, un abuso de Derecho tiene lugar cuando el ejercicio de tal recae fuera de la finalidad de su concepción, en desmedro de algún “interés legítimo, aún no protegido jurídicamente”; la norma, al igual que la buena fe, la moral o la equidad, existen para la regulación de la conducta humana, y la denominación de la figura sería incorrecta, en el sentido de que “el Derecho no abusa”, sino que se trataría de un ejercicio malicioso y excesivo del mismo (Chanamé Orbe, 2009, p. 391).

Por ello, cada una de las normas que regulan los procedimientos administrativos, civiles, penales y especiales, se deben dar en

correlación con un fin que omite vulnerar los principios constitucionales, porque las normas de rango legal se supeditan a las normas constitucionales en un Estado Constitucional de Derecho; la incorporación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial como tipo penal especial dirigido a regular las conductas ilícitas exclusivas de los miembros de la PNP, no es una excepción a aquella regla.

Como plantea Feuerbach (2015), el significado del Estado bajo el establecimiento de una voluntad en común que es perseguida por toda la sociedad civil que ha sido organizada “constitucionalmente”, resaltando como objetivo a la “creación de la condición jurídica”, que podría ser definida como la “existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del Derecho”; de allí que se admita que la “lesión jurídica” podría contradecir el objeto mismo del Estado (p. 9).

Desde esta perspectiva, y siendo el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, se deberá cumplir con incorporar, en su sistema penal, únicamente a las disposiciones normativas que se relacionen con la finalidad, principios y garantías estatales para el fin que han sido creadas e incorporadas en el ordenamiento jurídico, no condiciéndose con diversos contenidos propios del Derecho Penal simbólico o el Derecho Penal del enemigo.

Una vez establecido el panorama legislativo, se versa sobre el Art. 395 - A del CP, que ha tipificado el cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, incorporado por el D. Leg. N.º 1351 publicado en el mes de enero de dos mil diecisiete debido al otorgamiento de facultades legislativas del Congreso mediante Ley N.º 30506 al Poder Ejecutivo - Ley que delega la facultad de legislar en materia de lucha contra la corrupción enfatizando en precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes.

Desde la incorporación del tipo penal de cohecho pasivo propio en el CP y posteriores modificaciones, hasta el año dos mil diecisiete se han regulado las conductas ilícitas de los funcionarios y servidores públicos que acepten o reciban, soliciten o condicionen a alguna persona, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, comprendidos también en ese tipo penal los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional de conformidad a lo establecido en el Art. 425 del cuerpo normativo, el cual instituye a quienes se encuentran considerados como funcionarios o servidores públicos. Hugo y Huarcaya (2018) asevera que "(...) se puede señalar que la solución legislativa no parece idónea, se ha creado un tipo penal con relación a profesiones o instituciones específicas; bajo esa misma óptica, existe la posibilidad de tipificar como delito de cohecho propio o impropio en las funciones médicas,

docentes, de defensa técnica, de congresistas” (p. 375). Bajo estos argumentos, en la incorporación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, se pueden desprender, distintas razones que podrían relacionarse con la vulneración de principios constitucionales, así como una sobrecriminalización.

La doctrina, por su parte, brinda fundamentos que permiten realizar una valoración subjetiva en referencia a la incorporación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, como un tipo penal especial las conductas de infracción realizadas por los miembros de la policía nacional, es decir, que todo el proceso evolutivo de derogación, modificación e incorporación de delitos del CP parece ser debido a factores o modelos de otros países que son distintos a la realidad nacional.

De esta manera, y de acuerdo con Zaffaroni (2011), la política criminal desarrollada por algunas personas “atemorizadas u oportunistas” se relacionaría con una “criminología mediática”, siendo que no es extraño que las leyes creadas tengan como finalidad el fungir como un medio de comunicación o difusión similar al internet, empero, a pesar de dar una sensación falsa de seguridad aumentada, no posean real incidencia sobre la frecuencia criminal (p. 380). El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tal como se encuentra regulado en el CP, no parece responder a algún estudio basado en la política criminal peruana.

Lo expuesto se halla relaciona también con el Derecho Penal del enemigo, en tanto, en base a condiciones que no necesariamente persiguen los fines de la pena, tales como el preventivo y la resocialización, se tipificó el cohecho pasivo como delito autónomo en el Código Penal; lo expuesto se evidencia cuando de la exposición de motivos del decreto legislativo 1351, que incorpora tal conducta, se sostiene que se busca la comisión de cohechos por parte de miembros de la Policía Nacional del Perú.

Así, el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tiene como delito fuente al cohecho pasivo propio, existiendo el Acuerdo Plenario N.º 01-2005/ESV-22, emitido por la Corte Suprema de Justicia, mismo que constituyó precedente vinculante donde en su momento desarrolló del verbo rector “aceptar” para el delito fuente; sin embargo, en la actualidad ese desarrollo ha sido acogido para el delito específico para los miembros de la PNP, por cuanto los dos tipos penales utilizan los mismos verbos rectores. Feuerbach (2015), considera que la comunicación que realiza la Ley sobre el mal que acarrea la comisión de algún comportamiento conminado, sería el fundamento de la imposición de una pena por parte de un Estado determinado.

Es menester indicar que en el tipo penal materia de estudio, se puede evidenciar un incremento de los años de la pena que pueden sufrir en comparación con otros funcionarios o servidores públicos cuyas conductas se encuentran reguladas en el delito de cohecho pasivo

propio.

1.1.2. Descripción del problema

En la legislación peruana, al incorporarse el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial como un tipo especial dirigido a los actos que realizan los miembros de la PNP, ha dejado en evidencia que por la condición de su función se les incluye en un tipo penal de naturaleza independiente, apartándose de lo tipificado en el delito base como cohecho pasivo propio del mismo cuerpo normativo; no obstante, los miembros de la policía nacional son considerados como funcionarios o servidores públicos en correspondencia con la función que realizan, así como lo establece el Art. 425 del CP, más si se evidencia que dicha disposición normativa incorporada estaría dirigida solo a un determinado sector de la población por su condición de ser policía. Debido a ello, la tipificación del delito en cuestión podría distanciarse con el contenido de las decisiones político criminales propias de un Estado Constitucional de Derecho, y relacionarse con el Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal del enemigo.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación contribuyó con la dogmática penal de la parte especial del Derecho Penal, porque consistió en determinar los fundamentos jurídicos y políticos criminales para derogar el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, teniendo como propósito interpretar si el tipo penal general o base subsume al tipo especial.

La relevancia de resolver el problema objeto de estudio, se manifestó a través del aporte a la legislación nacional, ergo puede servir para que los operadores jurídicos puedan fijar políticas criminales mejor estudiadas, que sean eficaces en su aplicación y tengan como resultado la disminución de la criminalidad por parte de los funcionarios y servidores públicos en equilibrio con el Estado Constitucional de Derecho.

El presente trabajo busca aportar con los operadores de administración de justicia, en especial con la de naturaleza jurisdiccional, para no encontrar varios tipos penales aplicables a un mismo hecho, sino que cada conducta tenga una subsunción adecuada y justa, aportando con la administración de justicia.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General

Establecer los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el

ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano.

1.3.2. Específicos

- a.** Identificar el objeto jurídicamente tutelado por el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.
- b.** Establecer los alcances del delito de cohecho pasivo propio y del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial del Código Penal peruano.
- c.** Explicar el contenido del Derecho Penal simbólico y del Derecho Penal del enemigo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, en relación al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.
- d.** Analizar el contenido de las decisiones político criminales dentro de un Estado Constitucional de Derecho en relación al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.
- e.** Formular una propuesta de derogación del artículo 395 - A Código Penal peruano.

1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES

1.4.1. Delimitación

A. Espacial

El trabajo de investigación se desarrolló dentro del Sistema Jurídico Penal peruano.

B. Temporal

La investigación se concibe dentro de la vigencia de la Legislación Penal peruana.

1.4.2. Limitaciones

Las limitaciones se encuentran referidas al investigador o a la investigación, por lo que, para el desarrollo del presente trabajo, no se presentó ninguna.

1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

La presente investigación es de naturaleza básica, porque tuvo como finalidad incrementar el conocimiento doctrinario en la parte especial del Derechos Penal, y se centró en el estudio de un tipo penal especial como es el cohecho pasivo propio en el ejercicio de

la función policial; asimismo, porque buscó el desarrollo científico a través de los conocimientos de razón teóricos, sin fijar las consecuencias jurídicas, es más formal y persigue las generalizaciones con miradas al desarrollo de una teoría basada en los principios. (Zorilla, 1993).

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

La investigación descriptiva tuvo importancia en el presente trabajo, porque a través de ella se orientó al conocimiento de la realidad en que se desarrolla el contexto legal del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, y como se ha venido ejecutando por los operadores de justicia desde su puesta en vigencia en el sistema penal. Aplicada al tema de investigación a desarrollar, permitirá reseñar las características o rasgos que lo acompañan al delito materia de estudio. Según Bernal Torres (2010) “en tales estudios se muestran, narran, reseñan o identifican hechos, situaciones, rasgos, características de un objeto de estudio (...) pero no se dan explicaciones o razones de las situaciones” (p. 113). Desde estos argumentos, esta investigación para el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tendría un carácter descriptivo.

B. Explicativa o causal

De acuerdo al diseño de investigación, fue explicativa o causal, porque permitió orientar el descubrimiento de aquellos factores causales por los cuales el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial fue incorporado a la legislación nacional. Según Bernal Torres (2010), este tipo de investigación: “(...) tuvo como fundamento la prueba de hipótesis y buscó que las conclusiones lleven a la formulación o al contraste de leyes o principios científicos” (p. 115). En la investigación se versó sobre temas de Estado Constitucional de Derecho, Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal simbólico, coligiendo una propuesta y contrastando dos tipos penales como lo son el cohecho pasivo propio y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.

C. Propositiva

La investigación es de naturaleza propositiva, porque se buscó determinar los fundamentos jurídicos y políticos criminales para derogar el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el Art. 395 - A del CP, resultando en la elaboración de una propuesta legislativa que busca la eliminación de aquella figura en la legislación peruana.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

El enfoque de la investigación es cualitativo, porque el análisis se centró en contenidos, naturaleza, alcances, elementos y características de la norma pena relacionada al cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; sin someterlos a ninguna tabulación o consideración numérica; es decir, permitió contrastar la hipótesis con ayuda de la hermenéutica, así como relacionarlo en el mismo contexto.

1.6. HIPÓTESIS

El fundamento jurídico que sustenta la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano es:

- a)** Adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado;
- b)** Afectación del principio de utilidad de la intervención penal;

Y los fundamentos políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano son:

- c)** Uso de los fundamentos del Derecho penal simbólico; y,

- d) Innecesaria manifestación de la política criminal de sobrecriminalización.

1.7. MÉTODOS

1.7.1. Genéricos

A. Deductivo

Como método de investigación aplicado al presente trabajo, permitió conocer desde el delito fuente, que es el cohecho pasivo propio, el contenido de la política criminal de un Estado Constitucional de Derecho, y el contenido del Derecho Penal del enemigo y Derecho Penal simbólico, es decir, partiendo de lo general a lo específico; se partió de enunciados generales, del que se van desentrañando partes o elementos específicos de la ciencia, y permitió, no solamente realizar una aproximación al objetivo de estudio, sino, además, de aproximación a la teoría. Según Witker (1996): “La deducción es un razonamiento que va de lo general a lo particular (...) por su parte el razonamiento inductivo, a la inversa del deductivo, va de lo particular a lo general” (p. 16). En la investigación dichos métodos se utilizaron en la medida del ámbito al que se quiera llegar.

B. Analítico

El método analítico se aplica descomponiendo en varias partes al objeto que se pretende estudiar, analizando cada uno de los elementos resultantes de aquella operación.

En el trabajo, el método genérico se aplicó incidiendo para desguarnecer y estudiar los elementos que forman parte del tipo penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, ayudando a encontrar sus causas, naturaleza y los efectos que presentan para regular la conducta de los miembros policiales; también sirvió para cometer el análisis de principios y otros conceptos desprendidos de la hipótesis, con lo que se logró determinar si existe la afectación de los principios del Derecho Penal.

C. Sintético

La síntesis se usa para estudiar a profundidad un objeto de estudio, y encontrar lo medular en lo estudiado. En el presente trabajo de investigación, la síntesis permitió al investigador versar sobre la información de los componentes hipotéticos, y sintetizar aquel conocimiento.

Este método también coadyuvó el razonamiento empleado para la comparación sistemática jurídica del cohecho pasivo propio y el

cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, así como el suceso y el resumen de los dos tipos penales.

1.7.2. Propios del Derecho

A. Dogmático

Según Morales Hervias (2011), relaciona a la dogmática jurídica con el Derecho positivo, estableciendo la utilidad que posee en torno a su estudio y la conexión que se realiza entre aspectos teóricos y prácticos, estableciéndola como una ciencia explicativa y empírica. En ese sentido, la utilización del método dogmático ha sido realizado en el análisis de los elementos que conforman al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, en relación a la doctrina, jurisprudencia y normatividad misma, deconstruyendo lo establecido en el texto legal y reformándolo en construcciones jurídicas que se relacionan con los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito aludido en la legislación peruana.

B. Hermenéutico

El método hermenéutico apoya a la argumentación de la interpretación a través de los diferentes cánones usados en la investigación jurídico, facilitando la comprensión de la temática.

Este método permitió interpretar el tipo penal especial desde su

máxima expresión, así como los distintos tipos penales relacionados a los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos que han sido separados y forman un tipo penal especial como es el asistido a los miembros del orden; lógicamente desde su forma literal, sistemática, histórica y teológica.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas

A. El Fichaje

Permitió registrar datos e información proveniente de diferentes fuentes que se utilizará en la investigación.

B. Análisis de contenidos

Como técnica permitió realizar el análisis de contenido de cada uno de los textos relacionados con la investigación.

C. Observación documental

La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y complicación de información a través de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, bibliotecas, bibliotecas de periódicos, centros de documentación e información permitiendo la mayor obtención posible.

1.8.2. Instrumentos

A. Ficha

Sirvió como instrumento de la técnica de investigación del fichaje, con la cual se obtuvo datos importantes de identificación de diferente material bibliográfico, obras, conceptos, resúmenes, síntesis, es decir, con este instrumento que tiene como sistema real o virtual de organización de la información mediante una clasificación determinada.

B. Protocolo de análisis de contenido

Sirvió como instrumento del análisis de contenidos en el proyecto de investigación descubriendo los objetivos, diseño, metodología y consideraciones tomadas en sí para la implementación y organización de una investigación; asimismo, porque incluyó el diseño de los procedimientos a ser utilizados para la observación, análisis e interpretación de los resultados.

1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Artículo 395 –A del Código Penal peruano.

1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA

No se aplicó en la presente investigación.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Realizada la búsqueda en el Registro Nacional del Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educacional Superior Universitaria (SUNEDU), no se ha encontrado trabajos iguales o parecidos al presente proyecto de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO

La investigación versa sobre el análisis del Art. 395-A del Código Penal peruano, que tipifica al delito de cohecho pasivo propio en lo referente al ejercicio de la función policial, buscando su derogación en base a consideraciones críticas sobre el Derecho Penal del enemigo y el uso simbólico del Derecho Penal. Ante ello, el presente acápite desarrolla los fundamentos *ius-filosóficos* que sirven de sustento para tratar la temática señalada, por lo que, en un primer momento, se ubica el presente trabajo a la luz del Derecho Penal en el Estado Constitucional de Derecho.

Según García Pelayo (1991), puede afirmarse que la “existencia de una jurisdicción constitucional” en el Estado, no es sino la culminación de un proceso de desarrollo que recayó sobre el Estado de Derecho; en ese sentido el primero no “anularía” al último, sino por el contrario, lo perfeccionaría (p. 33). De allí que para desarrollar al Estado Constitucional de Derecho sea necesario abordar al Estado de Derecho, ergo sus implicancias no permitirán desarrollar de una mejor manera al eje central de este apartado.

Las características correspondientes a un Estado de Derecho no podrían sintetizarse en la existencia de un ordenamiento jurídico, ello es insuficiente para explicar la relación Estado-Derecho propuesta en este modelo; sin embargo, se resalta que la característica más importante de este aspecto se

constituye en el “imperio de la Ley”, que viene a ocupar un lugar regulatorio de la actividad y el poder estatal, lo que es sostenido de manera unánime entre los autores del tema (Jaramillo P., 2011, p. 20).

Ahora bien, para comprender en su real magnitud todo aquello que puede quedar comprendido por el concepto de Estado de Derecho, es necesario, en un primer momento, recurrir al momento histórico en el cual fue forjado. Para tales efectos, conviene analizar el contexto histórico político que se vivía en Europa entre los siglos XVII y XVIII. De esta manera, cabe indicar que, por aquel entonces, la situación social que atravesaba la región meridional del viejo continente era la de un cambio de un cambio social profundo, en virtud principalmente a los descubrimientos científicos que desde Copérnico se venían desarrollando (Villar, 2007).

Es así que, hacia finales del siglo XVIII, en países como Inglaterra, Francia y Alemania habían tenido gran acogida las ideas liberales, bajo la cuales, se propugnaba por una idea de cambio, exigiendo principalmente un límite al poder absolutista que desde el inicio de la edad moderna había ido en expansión. En tal sentido, una primera propuesta fue erigida bajo la idea de una constitución, pero no desde el concepto contemporáneo, sino que, su fundamento radicaba principalmente en la idea de la ley, en aquel entonces dichas constituciones no gozaban de la rigidez y oponibilidad que hoy en día las caracterizan (Vilhena, 2007).

Al respecto, se optó por incluir en dichas constituciones, el acervo de Derechos reconocidos al ciudadano, así como, los límites al poder absoluto del monarca, para de esta manera evitar regímenes despóticos, que venían haciendo eco desde mediados del siglo XVII como, por ejemplo, durante el reinado de Luis XIV en Francia. Así, cabe traer aquí lo indicado por Villar (2007), indica que, “la idea básica de este concepto de Estado de Derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano” (Villar, 2007, p. 74).

Otro concepto que sobre este tópico ha sido tratado y el cual conviene traer al debate de lo que aquí acontece, es lo propuesto por Mohnhaupt (1993) quien indica que el modelo de Estado de Derecho es el único que permite la expansión de la libertad individual, así como su promoción y reconocimiento. Del mismo modo, dicho autor, citado por Villar (2007), sostiene que en la fórmula estatal aquí desarrollada también se garantiza, a su vez, la división de poderes, así como una correcta distribución de las funciones estatales, con la finalidad de evitar regímenes totalitarios ajenos a la racionalidad (Villar, 2007).

Muy bien, ahora que se ha llegado a este punto, conviene detenerse en cuanto al último aspecto de lo tratado en el párrafo anterior, pues se hace mención al término racionalidad. Sobre ello, cabe aclarar que en la época histórica en la cual está centrado el análisis que aquí se referencia, aún se hallaba en auge el racionalismo Kantiano, en consecuencia, se entendía que como centro de la actividad y del actuar estatal se hallaba la razón, de la cual se desprendían las leyes a las cuales se sometía el poder soberano y al mismo tiempo también

hace referencia a la presencia de derechos humanos que preceden al Estado, y de los cuales este último solo puede acatarlos (Vilhena, 2007).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí desarrollado, resulta necesario comprender el vuelco en la comprensión del Estado de derecho que se dio desde finales del siglo decimonónico hasta las primeras décadas de la vigésima centuria. De esta manera, la esencia de lo material que caracterizaba al estado de Derecho hasta ese momento, queda reemplazado por la primacía de la ley formal, reduciéndolo de tal forma, que aquello que se entendía por Estado de derecho queda reducido hacia un Estado de leyes (Villar, 2007).

De lo expresado en el párrafo precedente, cabe indicar que precisamente lo que se buscaba en aquel entonces era lograr un máximo de previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales, ello en pro de la seguridad jurídica, cuya fundamentación ontológica deviene como consecuencia necesaria del avance en los procesos inductivos, como medio para alcanzar el conocimiento en los saberes empíricos. Sin embargo, ello no necesariamente supuso un avance respecto a los conocimientos jurídicos, tal y como ya se adelantó, el derecho quedó reducido únicamente a aquello que la norma indicaba sin mayor análisis ni valoración que sobre la misma pudiera realizarse (Errera, 2019).

A pesar de lo indicado previamente, resulta menester aclarar que en cuanto a ordenamiento jurídico se refiere, ningún estado puede dejar de ser un Estado de Derecho, en el sentido, ya no como antes se dijo que se resume todo el Derecho a lo indicado por la ley, sino que, se hace alusión a que existe un

marco normativo mediante el cual se conectan todas las resoluciones judiciales y la administración que sobre una determinada materia tienen oponibilidad (Villar, 2007).

Finalmente, y en cuanto al Estado de Derecho concierne, conviene traer a modo de colación, como es que se produce el cambio antes referido de pasar de un Estado de Derecho material a un Estado de Derecho formal. En tal sentido, corresponde estudiar a la Alemania de 1848, a aquella revolución en contra del emperador Wilhelm III, la misma que fue reducida y sobre la cual posteriormente se erigió un sistema de Derecho puramente formal (Lasalle, 1862).

Por su parte, el Estado Constitucional de Derecho aparece luego de la Primera Guerra Mundial, en donde se realizan las primeras críticas al formalismo que conllevaba el Estado de Derecho, y es con el fin de la Segunda Guerra Mundial, son establecidos varios tribunales constitucionales en diversas zonas de Europa; la principal diferencia que se realiza entre este y el Estado de Derecho se relaciona con la primacía de la Constitución sobre la Ley, lo que indica que el principio de legalidad no desaparecería porque sería supeditado al principio de supremacía de la Constitución; su fundamento no discurriría exclusivamente en la división por constituyente y constituido o por “criterios lógicos u ontológicos sobre la estructura del orden público”, por tanto, también existe un aporte en cuanto a la seguridad pública en el sentido en el que la sumisión de la “acción legislativa a la disciplina de la Constitución”, permitió que los principios de generalidad, discusión y publicidad ganaran relevancia

(García P., 1991, pp. 38-41).

Pero, ¿qué es Constitución? Guastini (2014) responde a aquella interrogante a partir de cuatro principales acepciones: la primera se encuentra referida a la Constitución como un conjunto de hechos políticos, es decir, se trata de un régimen político¹; la segunda desarrolla a la Constitución como un conjunto de normas que regulan la forma que debe seguir el Estado; el tercer significado considera a la Constitución como un documento normativo, por lo que se la observa como una especie de código constitucional; y finalmente, se habla de la Constitución como ordenamiento político, que vendría a limitar el poder político para brindar protección a los ciudadanos.

Aquellas concepciones permiten entender la relación que guarda el Derecho penal con la Constitución en el Estado Constitucional de Derecho, siendo que las garantías de este modelo han influido en la técnica legislativa que se utiliza para la elaboración del Derecho Penal, y al no caer en la Ley imperante sobre el Estado, este no puede ser utilizado para la consecución de fines relacionados a los conflictos políticos que puede acarrear un Estado; asimismo, la separación de funciones ha permitido que Derechos como el de la defensa o principios como la imparcialidad obtengan una consideración más profunda en el Estado, y recientemente se ha platicado de una “constitucionalización” del Derecho Penal (Palazzo, 1994).

¹ Fines políticos que inspiran la acción estatal, la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas, o las relaciones entre las fuerzas políticas según se entienda al concepto de régimen político (Guatini, 2018, p. 35)

Coligiendo, el Estado Constitucional de Derecho ha otorgado realce a las garantías que el Derecho Penal pudo haber tenido en el Estado de Derecho, y ha permitido que la existencia de un ordenamiento supralegal sea utilizada para condicionar la Ley penal; gracias a ello, el estudio sobre el Art. 395-A del CP deberá realizarse en observación de lo establecido en la Constitución, misma que rechaza el establecimiento de un Derecho Penal del enemigo por no condecirse con los fundamentos, valores e intereses contenidos, y la utilización de un Derecho Penal simbólico en tanto este no serviría para proteger algún bien jurídico.

2.1.1. Positivismo garantista

Para poder hacer referencia al positivismo garantista, conviene en primer lugar, comprender a qué se refiere cuando se habla de garantismo jurídico, para así tener un panorama completo del contexto en el que se desarrollan los actuales Estados Constitucionales y, en consecuencia, captar en mejor medida una manifestación político criminal de sobrecriminalización de conductas que guía el accionar legislativo, dentro del cual se desarrolla el problema de investigación advertido, respecto a la derogación del Art. 395-A del CP.

Ahora bien, planteado así el derrotero a seguir en cuanto concierne al presente acápite, y a fin de comprender el garantismo jurídico, resulta necesario acudir al concepto de Constitucionalismo Jurídico. De esta manera, Ferrajoli (2011) indica se presentan dos posibles

conceptualizaciones para definir este fenómeno jurídico. El primero de ellos lo comprende como una superación del positivismo jurídico, respondiendo a un enfoque más *iusnaturalista*; mientras que el segundo, lo entiende como la evolución y el perfeccionamiento del positivismo jurídico (Salazar, 2011).

Dada así la cuestión, resulta necesario entender, más allá de las diferencias que entre uno y otro enfoque se presenten, las similitudes de los mismos. Al respecto, tanto la postura *ius-naturalista* como la *ius-positivista*, convienen en identificar a los límites de los poderes públicos y a los Derechos Fundamentales como principios ético-políticos (Torres, 2017). Sin embargo, la forma de entender dichos límites y derechos, resultan distintas en uno u otro caso (Ferrajoli, 2011).

Es en este contexto que el positivismo jurídico señala que, para una mejor protección y garantía de los Derechos Fundamentales, se requiere que los mismos queden plasmados en una ley superior que consagre su protección, optando así porque la mayoría – aunque si bien no todos – tengan una actuación como regla (Córdova, 2006). Contrario a ello, los postulados *ius-naturalistas* defienden la idea de que los Derechos Fundamentales deben gozar de una normativa más débil, puesto que su aplicación queda regida por la interpretación, argumentación y ponderación legislativa y judicial (Ferrajoli, 2011).

Feuerbach (2015), establece el significado del Estado bajo el establecimiento de una voluntad en común que es perseguida por toda la sociedad civil que ha sido organizada “constitucionalmente”, resaltando como objetivo a la “creación de la condición jurídica”, que podría ser definida como la “existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho”; de allí que se admita que la “lesión jurídica” podría contradecir el objeto mismo del Estado (p. 9).

Desde esta perspectiva, y siendo el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, se deberá cumplir con incorporar, en su sistema penal, únicamente a las disposiciones normativas que se relacionen con la finalidad, principios y garantías estatales para el fin que han sido creadas e incorporadas en el ordenamiento jurídico, no condiciéndose con diversos contenidos propios del Derecho Penal simbólico o el Derecho Penal del enemigo.

En tal sentido, para lo que será materia de lo aquí tratado conviene aclarar que, en virtud al principio de legalidad que inspira y delimita el contenido de la actuación del Derecho Penal, conviene adherirse a la postura *ius-positivista*, no sin antes tener en cuenta las críticas que sobre ella recaen. En efecto, se indica que al haber sido incorporados principios de carácter ético moral en las actuales constituciones, la función del positivismo – la cual consistía en diferenciar la moral del Derecho – no se justifica (Salazar, 2011).

Sin embargo, frente a lo esbozado, en la realidad, más allá de un *iusnaturalismo*, se está frente a un positivismo reforzado, al cual cabe denominarle *ius-positivismo*, con el advenimiento del constitucionalismo rígido se le dio un plus al positivismo de la primera mitad del siglo XX, “porque positiviza no solo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho” (Ferrajoli, 2011, p. 24). Es en este contexto que surge como un límite y una garantía en la actividad punitiva estatal los principios que, como parte de un Estado social y democrático Derecho, constituyen un óbice para evitar la sobrecriminalización de conductas. En tal sentido, el desarrollo de dichos principios se configura en virtud a una doble dimensión, por un lado, formal y por otro constitucional o garantista (Salazar, 2011).

Es por ello que, en virtud a la exigencia que supone un Estado de Derecho, la regularización de conductas como punibles deben hallarse íntimamente ligado a una necesidad de protección de bienes jurídicos y que además su lesión o puesta en peligro se deba a conductas los suficientemente graves para así generarlo (Mir Puig, 2009).

Ante lo dicho, tal y como se indicó líneas arriba, la idea que implica el *ius-positivismo* es que ya no solo se limita a servir de parámetro diferenciador entre derecho y moral, sino que también regula y comprende el deber ser del derecho, en consecuencia, el deber ser para lo aquí tratado es que no se sobre criminalicen conductas ya reguladas en virtud a una insuficiencia de incriminación generada por un uso

simbólico del Derecho, desnaturalizando así la exigencia constitucional de la ofensividad y fragmentariedad del Derecho Penal (Ferrajoli, 2011).

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS

2.2.1. Principios del Derecho Penal en el Estado Constitucional de Derecho

Una vez señalado que el Estado Constitucional de Derecho, es aquel que supedita la norma legal a la constitucional complementando el positivismo y haciéndolo mucho más razonable, la existencia de un Estado Legal se enmarca como contraproducente para las nuevas concepciones que rigen al Derecho Penal, que también ha evolucionado hasta el punto de presidirse por principios como la subsidiariedad o fragmentariedad. Aquello en relación a que únicamente los hechos más graves recaen bajo su regulación, y lo demás es contemplado por las demás materias del Derecho.

Así como la Teoría del Delito responde a la pregunta ¿qué es el delito?, la teoría del Derecho Penal se encarga de responder la pregunta ¿qué es el Derecho penal? Así dentro de esta última, se ubican los conceptos de Derecho Penal: uno, en sentido objetivo (formal/material) y otro en sentido subjetivo.

Respecto al sentido subjetivo este se refiere a la facultad exclusiva y excluyente que tiene el Estado (poder legislativo), para determinar conductas punibles y su respectiva consecuencia jurídica; siendo que

el mismo dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el peruano (artículo 43 de la Constitución) está sujeto a ciertos límites, los mismos que están determinados básicamente por los principios penales reconocidos a nivel constitucional.

Luego de entender aquello, es necesario desarrollar al principio de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, en las siguientes líneas, por ser ineludibles en la presente investigación.

A. Principio de igualdad

La noción de igualdad entre los seres humanos, puede ser abordada desde distintas perspectivas, ya sean de índole moral, religioso o filosófico. Sin embargo, se puede arribar al mismo conocimiento partiendo desde una premisa jurídica, toda vez que, tal y como ya se adelantó en el subcapítulo correspondiente al estado de Derecho, la igualdad constituye una premisa básica fundamental que precede a la idea del Estado y de la cual este último solo puede acatarla (Latorre, 2017).

En tal sentido, una primera manera de definir a la igualdad deviene de su propia relación con la justicia en su vertiente política, en tanto se prescribe que los humanos en las mismas situaciones serán tratados de la misma manera; en este punto es menester precisar que la igualdad no se refiere únicamente a aquel concepto, porque inspira aspectos de otros principios relacionados a la justicia misma

(Hilrre, 2007, pp. 252-253). No obstante, se pueden delimitar algunos sentidos del principio en base a la doctrina.

De esta manera, la premisa antes indicada, acerca del derecho a la igualdad, implica a su vez, la necesidad de otorgar igual trato a los distintos individuos que ocupen una nación. Ello supone a su vez que, para justificar un trato diferenciado a un determinado sujeto, este no debe sustentarse en cualidades específicas o personales, tal y como podría ser la religión o nacionalidad, sino que, por el contrario, dicha diferenciación debe fundamentarse en acciones que este ha realizado (Latorre, 2017).

Con lo recientemente expuesto conviene aclarar que, el derecho aquí tratado tiene su correlato con el principio de no discriminación. En tal sentido, se puede sostener que la igualdad implica, más allá de un derecho, también una prohibición. Al respecto, deviene como consecuencia lógica que, constituye una garantía de todo ciudadano el no ser tratado desigualmente de manera arbitraria. Es así que, de lo aquí tratado, resultará siempre necesario para configurar un determinado acto como discriminatorio, la no presencia de una justificación en la cual se sustente el trato diferenciado (Cerdá, 2014).

Ahora bien, llegado hasta este punto, es necesario detenerse en un aspecto que escapa al ámbito de lo jurídico pero el cual no resulta

menos importante, toda vez que, en virtud a las estructuras sociales que configuran el Estado nación, es cierto que se encuentran determinadas condiciones (como podría llegar a ser la misma idiosincrasia de un determinado lugar) que perpetúan conductas desiguales (Latorre, 2017).

La función del ordenamiento jurídico, se debe ser la de allanar dichas diferencias, como podría ser, por ejemplo, otorgar una mayor cuota participativa de las minorías discriminadas en la vida política, laboral y educativa del país, dado que así sería la única manera mediante la cual, el derecho aquí tratado cumpliría su máxima extensión (Nogueira, 2006).

Tal y como se indicó líneas arriba, el ubicar al derecho a la igualdad como una premisa fundamental de entre las cuales se sustenta la actual idea que de Estado se tiene, implica de manera forzosa la exigencia de que el mismo se haga cargo de las diferencias que dentro de su territorio se encuentren. Lo dicho tiene relación con la legitimidad del Estado en cuestión, puesto que, el no incluir a las minorías que ocupan su territorio socava su función primordial de respetar los derechos fundamentales que lo preceden y justifican su existencia (Latorre, 2017).

Ahora bien, entendida así la cuestión en cuanto al derecho aquí tratado se refiere, la legitimidad a la cual se hacía referencias líneas

atrás, guarda cercana relación con el *ius imperium* estatal, ello en virtud a que de las distintas acciones que de dicha facultad se desprendan gozarán o no de aceptación en cuanto se tenga en cuenta a las distintas minorías que componen el Estado en cuestión (Nogueira, 2016).

Otra vertiente que frente al derecho a la igualdad puede erigirse, es la relacionada con la democracia, dado que, si bien no constituye la única condición para su eficacia, también no es menos cierto, que resulta una característica *sine qua non* que en los Estados que se dicen democráticos, los distintos individuos gocen de igualdad ante la ley y demás políticas públicas que se apliquen (Latorre, 2017).

Así, el principio de igualdad desde la perspectiva de la aplicación de la Ley, debe partir desde la existencia de un trato diferenciado para los desiguales y uniforme en tanto sean iguales; no se trata de una diferencia fáctica sino del ámbito normativo; la Ley es genérica al usar expresiones como “el que” o “todo aquel”, y no se vulnera este principio en tanto la regulación presente un trato similar incluso entre aquel grupo de personas con cualidades diferentes. La igualdad en el contenido de la Ley posee un sentido diferente a la igualdad en la aplicación de la Ley, ergo, la primera se refiere al legislador que realiza la norma y la otra al órgano jurisdiccional que la aplica (Díaz García, 2012, pp. 37-41).

La igualdad como principio, en relación a lo anterior, se manifiesta en distintas partes del Derecho, como por ejemplo la igualdad entre las partes en un proceso, pero independientemente de aquello se regirá por el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales.

En cuanto al Derecho Penal, el principio de igualdad podría verse desde el Derecho sustantivo, que deriva de su calidad instrumental para ejercer control social por parte del Estado, en vinculación con lo previsto en la Constitución y que engloba los siguientes principios: igualdad ante la pena, que no implica el uso del terror estatal para incentivar, sino que, teniendo en cuenta la humanidad inherente al delincuente y que no todas las personas “son iguales”, sino que estas poseen valor individual, se manifiesta como una prevención especial en el sentido de que otorga la oportunidad al individuo para cambiar; y la igualdad ante la teoría del delito, que también parte del hecho de “tratar desigual a los desiguales”, en tanto que las categorías del delito se puede determinar que no todos los comportamientos son típicos o antijurídicos, y en caso lo sean no siempre serán reprochables, ya que ciertos individuos poseen un tratamiento distinto (Vergara Benítez, 1997, pp. 33-40).

B. Principio de razonabilidad

Uno de los principios que se manifiestan en el Derecho Penal peruano para limitar el poder estatal es el de razonabilidad. En el contexto peruano la razonabilidad ha sido tratada por el Tribunal Constitucional, como una relación entre la “circunstancia motivante”, el objeto protegido y el medio, es decir, se busca que el fin constitucional “justifique” a la medida; además de ello se ha establecido un “test de razonabilidad”, que parte de la justificación de la diferenciación, si el fin perseguido encuentra relación con lo previsto y si se respeta la proporcionalidad (Castillo C., 2005, pp. 7-8). Para el caso de la prisión preventiva, la razonabilidad ha sido tratada como un presupuesto de la misma por la Casación N.º 626-2013 de Moquegua, en la que se debía corroborar que el plazo de la medida coercitiva sea razonable, es decir, no transgreda el plazo razonable en su duración.

El principio de razonabilidad podría confundirse con el principio de proporcionalidad, porque ambos apuntarían a la eliminación de arbitrariedades, y la idea de razonabilidad parecería abarcar también la de proporcionalidad; las diferencias se pueden apreciar en un caso en concreto, en el que se ha vulnerado el principio de igualdad al establecer una medida en base a alguna consideración discriminatoria, y no es necesario realizar un test de proporcionalidad, sino únicamente se deberá constatar la “no

razonabilidad” (Martínez y Zúñiga Urbina, 2011, pp. 201-202).

Finalmente, la razonabilidad, a pesar de sus orígenes dentro del proceso norteamericano y únicamente desde el aspecto procesal, también puede ser vista desde su imposición al legislador, a quien se lo evalúa para determinar si su actuar es válido constitucionalmente y de manera axiológica, coligiendo en valorar si las decisiones legislativas son “materialmente justas” (Indacochea Prevost, 2008). Desde el último punto de vista, la razonabilidad podría ser aplicada durante el análisis de un artículo del Código Penal, obteniendo razones constitucionales sobre las que se sustenta, o no.

C. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no presenta su óbice en el Derecho Penal, como puede llegar a entenderse, sino que aparece en otras materias como el Derecho Civil o Administrativo; implica, *a priori*, un equilibrio “ideal o valorativo” entre el delito cometido por el sujeto activo y la pena, teniendo como sentido positivo a la relación de equivalencia entre lo cometido y su consecuencia jurídica, y en un sentido negativo a la prohibición del establecimiento de penas que no se correspondan con la gravedad del delito (Castillo A., 2004, pp. 279-280).

Por otra parte, el principio de proporcionalidad no goza de una dimensión única, ergo existen diferentes y variadas formas de interpretarlo en relación a diversos conceptos como, por ejemplo, lo que se conoce como Estado Constitucional de Derecho.

De acuerdo con Mir Puig (2009), en España, el principio de proporcionalidad es concebido por la doctrina y jurisprudencia constitucional como aquel que impone límites al Estado en los casos de afectaciones a Derechos Fundamentales, empero no es solo un límite, sino es “el límite de límites”; su relación con el Derecho Penal derivaría de aquí, porque como aquella rama afecta Derechos Fundamentales, la proporcionalidad funge como límite constitucional material fundamental, y “condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo su gravedad” (pp. 1361-1362).

Es sumamente necesario establecer la naturaleza de este principio para poder llegar a comprenderlo, ya que, conociendo cuál es su fundamento se llega a manejarlo de una manera correcta.

De esta manera, Castillo Alva (2004) ubica a la proporcionalidad junto a la igualdad, como criterios fundamentales de la idea de justicia; lo último implicaría un trato igual a los iguales y desigual entre desiguales, mientras que lo primero se centraría en la distribución de penas, sanciones y premios; la proporcionalidad se relacionaría entonces con la justicia distributiva, que, a pesar de

tener una perspectiva de distribución de cargas y premios, en el Derecho Penal se dotaría de más relevancia a lo primero (pp. 285-287).

Los principios pueden ser considerados como mandatos de optimización, tal como lo afirma Robert Alexy (2011), que además establece la conformación del principio de proporcionalidad en tres subprincipios: idoneidad, en relación a que la medida sea idónea para los principios o fines; necesidad, referida a que entre dos o más medios idóneos sea elegido el menos lesivo para un principio; el último subprincipio es el de proporcionalidad en sentido estricto, en donde se realiza un procedimiento de ponderación para optimizar las posibilidades fácticas (pp. 13-15). Lo que actualmente es considerado como el test de proporcionalidad no solo tiene importancia práctica, sino que su contenido también se relaciona con un fundamento constitucional y diferentes principios del Derecho Penal.

En relación al párrafo anterior, Mir Puig (2009), insta que los conceptos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad “se afirman respecto de una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de perseguir toda intervención estatal que limite Derechos Ciudadanos”; este autor ubica a la necesidad e idoneidad en correspondencia a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal, en tanto la intervención penal deberá manifestarse como

idónea, en relación a principios como el de intervención mínima (pp. 1362).

En cuanto a la delimitación de la proporcionalidad, esta se relaciona con muchos otros principios, como lo es el de intervención mínima en sus vertientes de subsidiariedad y fragmentariedad; no se avoca a elegir el bien jurídico protegido, sino la relación entre el delito y las penas o medidas de seguridad, aunque de cierta manera si coadyuva a la elección del bien jurídico en tanto puede usarse para diferenciar las sanciones y los hechos más graves.

D. Principio de Utilidad de la intervención penal

El principio aquí tratado surge como consecuencia de la exigencia que un Estado Social implica, por tanto, es necesario determinar cuál es la utilidad de regular nuevas conductas como delitos, como exigencia a su vez, de la comprobación de utilidad (Mir, 2011). Así el delito aquí tratado surge como manifestación de la filosofía utilitarista que estudia las instituciones jurídicas en función a la utilidad que estas representan (Mill, 2001).

Al respecto, el utilitarismo sostiene que el correcto modo de vida se fundamenta en aumentar el placer y la felicidad; en el cual la felicidad y la ausencia de dolor son las características fundamentales en su forma de concebir el paradigma actual (. Así,

la incorporación de nuevas y determinadas medidas legislativas tendientes a regular conductas como delito, debe realizarse de manera que se garantice que persiguen en efecto los fines de la pena y que además son útiles para alcanzar tal objetivo.

2.2.2. Política criminal

Para comprender lo que es la política criminal de una manera correcta, se debe partir desde la criminología, que es un concepto íntimamente relacionado directamente con el referenciado.

La criminología, así, vendría a ser una ciencia empírica; su objeto es el delincuente, la víctima, el control que se le brinda al comportamiento delictivo y el crimen, a quienes estudia con el fin de brindar aportes consistentes en información sobre el fenómeno desde la perspectiva social e individual, y sobre la prevención de la comisión de los delitos (García y Molina, 2003, p. 47). En otras palabras, la criminología estudiaría componentes propios del crimen para contribuir al establecimiento de estrategias para lidiar con su comisión.

¿Entonces qué es la política criminal?; Villavicencio Terreros (2006) establece que viene a ser la realización de criterios o directrices en lo referente a la justicia penal; se avocaría a mejorar la actual justicia penal en base a los aportes que brinda la criminología y los aspectos críticos de la legislación penal (pp. 27-28). Entonces, la política criminal utilizaría a la criminología para nutrirse, y, como parte de la política,

buscaría la evolución de las figuras e instituciones que conforman el sistema jurídico penal.

A. Decisiones Político criminales

Siguiendo la línea de García y Molina (2003), la política criminal posee un modelo decisional, en el que se convierte la información recopilada por la criminología, y se producen “opciones, alternativas y programas científicos desde una óptica valorativa” (p. 226). Las decisiones político criminales, son, entonces, dependientes de la realidad que se vive en un determinado lugar, y, generalmente, deben dirigirse a conformar una optimización del sistema jurídico.

No obstante, ello no quiere decir que la adopción de decisiones de carácter político criminal dependa siempre de un estudio en el contexto fáctico, sino que deberían estar en manos de un estudio criminológico siempre; debido a ello, existen decisiones controversiales o inclusive contraproducentes en las que se inmiscuyen otros intereses además de los normativos.

Decisiones de criminalización: Neocriminalización y

Sobrecriminalización.

La sobrecriminalización consiste en un fenómeno político criminal, que hace referencia a una regulación excesiva de delito en relación al marco punitivo y a la norma de carácter constitucional,

exagerando las penas a imponerse en delito ya previstos, o incluyendo tipos penales nuevos (Zavaleta B., 2014, p. 122).

La neocriminalización se debe entender como la incorporación de “nuevos tipos penales”, sobre los cuales recaen conductas que conforman en todo o en parte a una fase interna del *iter criminis*, resultando en una normatividad obsoleta, o en problemas a nivel de aplicación de una norma (Rodas R., 2018, p. 16).

B. Decisiones de despenalización

Las decisiones de despenalización serán ubicadas en la política criminal como aquellas circunstancias mediante las que un hecho queda descriminalizado, es decir, es lícito. Aquellas decisiones deberán ser impulsadas por un análisis sobre el supuesto que la norma jurídico penal regulaba, y su conveniencia para con la sociedad.

2.2.3. La criminología desde el aspecto del delito de cohecho pasivo propio

Se parte al establecimiento de esta relación desde el vínculo que posee el Derecho Penal, en general, con la criminología; en párrafos anteriores se ha logrado identificar a la criminología como una ciencia empírica; sin embargo, el Derecho Penal posee un carácter de “ciencia” cultural, normativa o jurídica. Lo cierto es que no siempre se ha percibido a estas dos ciencias como dependientes o colaboradoras, sino que, tras los

planteamientos de la criminología clásica con perspectiva individualista, ambos bandos tenían una relación tensa, aunque al día de hoy se ha aceptado que ambas sirven para la mitigación de las conductas criminales y se complementan (Garcia y Molina, 2003, pp. 222-223).

El delito de cohecho pasivo propio, analizado desde el punto de vista jurídico, consiste en una acción típica, antijurídica y culpable, cuyos elementos describen un supuesto de hecho que deberá ser analizado a la luz de la teoría del delito para determinar si el sujeto activo debe o no ser imputado con una pena; la criminología no tiene interés en los elementos jurídicos, sino en lo empírico.

Entonces, la criminología, en el delito de cohecho pasivo propio, vendría a constituir el fundamento científico de la política criminal, aportando la información recogida a partir de las experiencias empíricas, para que la última la transforme en opciones y estrategias, mismas que serán convertidas en proposiciones jurídicas generales y obligatorias que estudiará la dogmática penal (Garcia y Molina, 2003, pp. 225-226). Es necesario hacer énfasis sobre ello, porque si el delito estudiado no posee sustento criminológico, tampoco posee fundamentos empíricos para establecerse como una modalidad más punible que el delito de cohecho pasivo propio que regula la conducta de los demás agentes públicos, constituyéndose, quizás, en una aplicación de Derecho Penal simbólico.

2.2.4. Derecho Penal simbólico

El Derecho Penal simbólico puede ser definido como una impureza en el Derecho, ya que parte de intereses ajenos al “ámbito técnico y equitativo de la normativización y operatividad de los órganos de administración de justicia y, en el campo penal, de la regulación y actuación de las agencias de control punitivo” (Zavala Van Oordt, 2017, p. 124). Por el contrario, aquellas medidas solo aparentarían combatir la criminalidad, teniendo una naturaleza comunicativa en la mayor parte.

Según Díez Ripollés (2002), distingue entre Derecho con efectos instrumentales, en tanto se vincule a la protección de un bien jurídico, previniendo la realización de ciertos comportamientos punibles, y Derecho con efectos simbólicos, cuya importancia no radica en más que la transmisión de un mensaje (pp. 67-68). La desacreditación tomando como base a sus efectos, le parece algo apresurada al aludido autor, pero existen posturas en conflicto.

Según Zavala (2017), no duda en acotar que el Derecho Penal simbólico es una instrumentalización del humano, contrapuesto con un Estado Democrático y con el fin de proteger la dignidad del ser; que el derecho no debería ser engañoso o simbólico, sino orientado a lograr un fin como norma (p. 132). Díez (2002), por su parte, a pesar de colegir en un sentido similar, rescata que el Derecho Penal simbólico cumple

alguna utilidad en el ordenamiento, aunque no la justifica y prefiere decantarse por la prevención ante su aparición.

En función de su objeto satisfecho, el Derecho Penal simbólico se puede disgregar en leyes reactivas, que regulan conductas difíciles o aún imposibles ignorando el motivo de la intervención de la legislación penal; leyes identificativas, en las que el legislador se manifiesta sobre las preocupaciones de los ciudadanos; leyes declarativas, que se enfocan únicamente en reafirmar los valores correctos; las leyes principalistas que manifiestan la validez de algunos principios de convivencia; y leyes de compromiso, que muestran respeto de acuerdos arribados ante las fuerzas políticas.

En función a las personas que busca “proteger”, el Derecho simbólico se manifiesta en leyes penales aparentes, que tienen una formulación defectuosa inaccesible a las condiciones operativas del Derecho Penal; leyes gratuitas, aprobadas sin tomar en cuenta los recursos personales o materiales para su consecución; leyes imperfectas, que no prevé una sanción o su aplicación es “imposible”. Finalmente, en función de sus efectos sociales, en donde se ignora el principio de subsidiariedad, superando las necesidades de control social que satisface la legislación penal (Díez R., 2002, pp. 88-92).

Al respecto, no cabe desdeñar del todo los efectos simbólicos que el Derecho Penal posea, sino que se debe redirigir la atención jurídico-

penal del momento de su aplicación al de su creación. En efecto, dado los actuales contextos en las sociedades postindustriales, es necesario comprender aspectos funcionales de los fines preventivos, mediante la utilización simbólica del Derecho Penal a las cuales la política criminal no le puede ser ajena (Silva Sánchez, 1992). Ejemplo de ello resulta ser el creciente protagonismo de los medios de comunicación, en donde la discusión en cuanto a la tipificación de nuevas conductas como delito, no necesariamente viene acompañadas de un debate entre expertos (Terradillos Basoco, (Hassemer, 1991).

Ahora bien, tal protagonismo de los medios de comunicación también genera problemas en la percepción de las personas, pues por diversos motivos, ya sea de mercado, económicos o políticos, conseguiría falsear la realidad o generalizar aspectos que no se ajustan a lo que actualmente sucede (Diez, 2003). En tal sentido, el enfocarse en el momento legislativo (de génesis) del Derecho Penal, es necesario en tanto ello sirve para generar una teoría y una técnica que permita alimentar el quehacer parlamentario con el fin de no alimentar sentimientos populistas que afecten principios básicos del Derecho Penal y que además no resulten útiles (Marqués, 2017).

A pesar de ello, tal como se indicó líneas atrás, existe un margen legítimo dentro del cual sí puede servirse el Derecho Penal de los fines simbólicos que le son propios, sin que ello implique necesariamente una afectación a las reglas de imputación objetiva, ni una vulneración o

disminución de las garantías del Derecho Penal. De esta manera, es necesario hacer énfasis entre los fines instrumentales y los fines simbólicos del Derecho Penal (Giusti, Miguel y Tubino, 2007). Los primeros se refieren a los fines de prevención y resocialización, los cuales son entendido como capaces de modificar conductas externas, mientras que lo segundo es desechado (Van Dijk, 1992).

En ese sentido, la aplicación del Derecho Penal simbólico sí puede ajustarse a los fines de la pena en cuanto su utilización esté acorde con los mismos y no solo de manera aparente, en cuanto los efectos colaterales que la aplicación del Poder punitivo sirven para la salvaguarda de bienes jurídicos y prevención de nuevas conductas, a pesar de no haber sido ese el objetivo primigenio de la política criminal que guió el actuar legislativo (Zamora, 2005). En el mismo sentido, esta utilización simbólica no trasgrede principios democráticos por cuanto se evidencia un fin utilitarista que no sacrifica bienes jurídicos, siempre que sea utilizado de manera racional sin manipulación mediática de por medio (Díaz, 2002).

2.2.5. Derecho Penal del enemigo

La seguridad nacional y la del ciudadano, propician un panorama en el que se aceptan ciertas decisiones políticas criminales; para determinar si se está frente a una decisión político criminal que se enmarcaría dentro del Derecho Penal del enemigo hay que prestar atención a dos

cosas: la existencia de una política criminal que opta por darle prioridad a la disminución de la criminalidad, respetando o no los principios axiológicos vinculados a la aplicación del Derecho Penal en el sistema estatal; y los efectos inmediatos que esperan los legisladores con la adopción de la nueva política criminal, no refiriéndonos a la disminución de la comisión de los delitos, sino efectos electorales, entre otros (Peña Cabrera, 2013, pp. 465-466).

Jakobs y Cancio (2003), diferencian entre un Derecho Penal del ciudadano y uno del enemigo, siendo el primero de un corte garantista y el otro enfocado a un peligro futuro; no quiere decir que necesariamente se despojará a un delincuente de todos sus derechos, sino que se lo tratará en relación a una peligrosidad; la pena es abordada como coacción, y el hecho como la coacción tendrían una tendencia simbólica (pp. 317-319).

Peña Cabrera (2013), hace alusión a las decisiones político criminales acerca del derecho penal del enemigo², asegurando que se trata de deshumanizar a quien comete el delito, dejar de considerarlo como una persona pensante y realzar sus características antagonistas; el delincuente pasa a ser el enemigo (p. 500), y la Ley se erige como un instrumento para reprimirlo al borde de sacrificar otros intereses, fines

² Describe el fenómeno del terrorismo en el Perú y la política criminal acogida por el Perú durante esta época.

y principios.

El caso del delito bajo análisis habría obtenido un trato conexo al Derecho Penal del enemigo, si es que se avoca a las penas más elevadas, y hasta cierto punto injustificadas, que lo tratan de diferenciar de los demás agentes públicos.

2.2.6. Teoría del delito

La Teoría del Delito tal y como se presenta, ofrece un conjunto de componentes, de los que, podría decirse, son habituales a todo delito y a su vez, constituye la manifestación más característica elaborada por la Dogmática Penal, en tal sentido la Teoría del Delito no pretende ser una construcción ius naturalista acerca de lo que el delito debería ser, sino por el contrario constituye “una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Positivo permite atribuir al delito, a la vista que aquel efectúa de éste.” (Mir, 2011, p.136)

El cómo se entiende hoy en día a la Teoría del Delito, tiene su origen hacia finales del siglo XIX, con los postulados de Von Listz y Beling, los cuales fueron superados posteriormente tras el advenimiento de las teorías finalistas de Welzel, mediante las cuales se opta por considerar a la culpabilidad como un reproche a la conducta típica antijurídica y a su vez se añade en la tipicidad un segundo elemento, de naturaleza subjetiva, referido a la voluntad o no de cometer la conducta delictiva por parte del agente (Hurtado, 1987).

Cuando se versa sobre cualquier tema concerniente al Derecho Penal, y específicamente en cuanto se intenta realizar un análisis sobre cualquier tipo penal, se debe hacer referencia a la teoría del delito. Su comienzo es narrado por Hurtado Pozo (1987), quien ubica su origen en el “*Lehrbuch*” de Von Liszt, que fue publicado 10 años luego de la entrada en vigencia del Código Penal Alemán de 1871, y que luego sería complementado por Beling quien fue el primero que pudo establecer una teoría de la pena (p. 160).

En los tiempos más actuales, autores como Donna (1995), se han decantado por asegurar que una teoría del delito no es más que “una teoría de la imputación”, que consta de diversas categorías encaminadas a establecer, dentro de los límites científicos, que el delito es obra de una determinada persona; es decir, mediante ella se abre la posibilidad de imputar la comisión de un delito a una persona (p. 1).

Por otra parte, Mir Puig (1982), considera que la teoría del delito no se encontraría desvinculada de la pena; por el contrario, vendría a delimitar lo que puede ser objeto de la pena dando las categorías por las que se puede diferenciar a los elementos que necesitan concurrir para que un hecho sea punible (p. 41). Lo que se puede colegir es que la teoría del delito busca determinar, justamente, la existencia de un delito.

Otro suceso importante en cuanto al desarrollo de la teoría del delito se

encuentra conformado por el establecimiento de la teoría finalista de Welzel, quien ha logrado influir en gran medida a la actual teoría del delito del Perú, porque incorporó en categorías como la tipicidad, la importancia del comportamiento final del individuo; por ello la tipicidad subjetiva es desarrollada como actualmente se puede conocer (Hurtado Pozo, 1987, p. 161).

No solo existe un jurista que haya determinado la teoría del delito peruana, sino son varios y de pensamiento diverso; existen discusiones sobre la punibilidad como categoría de la teoría del delito, sobre las diferencias o similitudes entre otras como la acción o la tipicidad subjetiva, y muchas maneras de interpretar el alcance de estos elementos. Basta referenciar los cambios que ha tenido desde su creación, y cómo ha evolucionado en la legislación.

En el contexto temporal del presente trabajo, se puede colegir que, al igual que Hurtado Pozo (1987), se considerará al delito como un comportamiento humano, controlado por una voluntad, y que además es típico, antijurídico y culpable (p. 160), siendo pertinente versar sobre las categorías mencionadas en los siguientes párrafos.

De esta manera se podría definir al delito como aquella conducta típica, antijurídica y culpable, distinguiéndose así cuatro categorías que quedarían comprendidas dentro de la Teoría del Delito, las cuales serán explicadas más específicamente en los subcapítulos siguientes.

A. Acción

En cuanto a la acción como categoría delictiva, en un primer conviene entender que se trata de un concepto deóntico, puesto que es la ley la cual determina los parámetros dentro de los cuales se puede considerar a determinada conducta como delito (Mir, 2011).

Al respecto, cabe aclarar que dentro del acervo de conductas que el ser humano despliega se entiende solo como acción a aquella conducta humana. Respecto a este tema, cuando se hace alusión al término humana, no se está ante un concepto normativo, sino que, por el contrario, lo humano precede al ordenamiento jurídico, en consecuencia, se está ante una conceptualización óntica (Zaffaroni, 2014).

En tal sentido, lo expresado en los párrafos precedentes, se refiere principalmente a dilucidar aquel debate que en la doctrina causó gran controversia en determinar si la acción consistía o no en un concepto deóntico. Otra de las cuestiones a esclarecer que entorno a esta categoría delictiva se encuentran, es aquella referida a las formas de aparición de la acción, ya que puede ser una acción propiamente dicha o también una omisión (Muñoz y García, 2010).

Ahora bien, una vez planteada la cuestión que en torno a esta categoría se refiere, es necesario esclarecer aquí que, de entre los

distintos postulados que al respecto se esgrimen, es cierto que existe un consenso en todos ellos, para identificarla como un suceso externo del mundo real. Sobre ello es que conviene detenerse pues existen distintas posturas que desarrollan dicho planteamiento, desde distintos marcos teóricos y metodológicos (Hurtado. 1987).

La primera teoría es la de la acción causal o natural, sobre la que se ha considerado que el acto es meramente un suceso causal, en tanto la voluntad se ve opacada por la simple “inervación muscular”; esta teoría ha sido ampliamente criticada por la doctrina, y quienes la aceptan en la actualidad tratan de incluir a la voluntad dentro de ella (Hurtado Pozo, 1987, p. 166). En el Perú esta teoría no es aceptada más que por una minoría, que además tienen que hacer frente a diversos problemas como el relacionado a la conducta omisiva.

No obstante, y a pesar de las detracciones que entorno a dicha teoría se presentan, conviene aclarar algunos aspectos a fin de profundizar el análisis que por motivos metodológicos compete. De esta manera, Hurtado (1987), sostiene que fue Baumann uno de sus principales precursores, quién además fundamentaba la idea de que la acción es únicamente una conducta humana guiada por la voluntad ajena al objetivo de quien la realizó.

Empero lo indicado, la teoría causal fue severamente criticada en los círculos de estudio de aquel entonces, debido principalmente a que, de su formulación, no podían explicarse los actos delictivos generados por una omisión, en consecuencia, no termina siendo aplicable para todos los tipos penales, incluyendo también aquellos casos en los que se dé la presencia de actos reflejos o movimientos involuntarios (Hurtado, 1987).

La segunda sería la teoría de la acción finalista. Esta teoría elaborada por Welzel consiste en el respeto a una acción más allá de lo causal, existiendo una finalidad en el autor, o, en otras palabras, una voluntad dirigida hacia un fin (Donna, 1995, pp. 6-7). Como se puede llegar a apreciar, la diferencia entre esta y la teoría anterior se encuentra en la voluntad finalista, lo que obliga a la acción a excluir aquellas situaciones en las que este elemento no es manifestado, como, por ejemplo, los casos de inconciencia absoluta.

En cuanto a esta segunda teoría para poder comprenderla a plenitud, es necesario analizar, en primer lugar, el pensamiento de Welzel, el mismo que resulta cuando menos complejo, no obstante, se intentará realizar un esbozo de sus lineamientos en lo subsiguiente. De esta manera, dicho autor, según indica Hurtado (1987), parte de estructuras lógico objetivas que preceden al concepto de Derecho y de las cuales este último no puede hacer

otra cosa que acatarlas.

De lo indicado se desprende que se constituye como estructura lógico objetiva fundamental, el respeto al derecho penal, lo mismo que implica entender que la acción humana voluntaria no puede desprenderse de la finalidad que la guio. Es así que, en la realización de dicha acción pueden identificarse dos fases, la primera se da en la esfera interna del autor y consiste en elegir el fin que se desea obtener, así como también, elegir los medios para la ejecución del acto. A su vez, la segunda fase se da en el contexto externo y consiste en la ejecución de su plan.

No obstante, lo expresado anteriormente, también cabe señalar que frente a la teoría finalista de la acción, se han esgrimido varias críticas que hacen patentes sus deficiencias, siendo una de las más resaltantes aquella referida al comportamiento omisivo, dado que, bajo el prisma de dicha teoría, las actuaciones indicadas quedarían excluidas del ámbito penal, puesto que en estas no logra vislumbrarse la finalidad delictiva del actuar humano (Hurtado, 1987), empero, se ha buscado defender ello con la alusión a una finalidad potencial, según la cual el agente en el despliegue de sus actividades tuvo la posibilidad de prever el resultado lesivo que ocasionaría (Mezger, 1958).

Finalmente, la teoría de la acción social describe a los comportamientos socialmente relevantes, solucionando el problema que es suscitado entre la acción y la omisión; se constituiría como una postura intermedia entre los criterios normativos y ontológicos puros (Hurtado Pozo, 1987, p. 168). Donna (1995), especifica que esta teoría, desarrollada por Schmidt, puede ser complemento tanto de la teoría finalista como causalista de la acción, porque se centraría en describirla como una categoría arbitraria. Esta teoría podría ser utilizada para explicar ciertos sucesos no explicados por la teoría finalista.

En el Perú, el término acción es utilizado para hacer alusión a un comportamiento humano y voluntario. Hurtado Pozo (1987) hace referencia a diversos problemas que podría ocasionar el término, siendo que existen varias teorías en torno a la voluntad que la conforma, o al momento de intentar englobar un hacer como un omitir.

Por su parte, Mir Puig (1982), resalta que, como categoría de la teoría del delito, se requiere la exigencia de un comportamiento o acción humana para poder versar sobre un delito (p. 49). A su vez, Villavicencio (2006), afirma que: “El concepto de acción cumple una función del límite frente al poder penal” (p. 265).

B. Tipicidad

Según Hurtado (1987), la tipicidad como categoría, se fundó en la teoría del tipo creada por primera vez por Beling, quien lo consideró como una “descripción objetiva de una conducta determinada”; fueron autores como Nagler, Mayer, Graz zu Dohna, Sauer o Mezger, quienes se encargaron de perfilar esta categoría incluyendo elementos normativos y subjetivos, siendo que, en los finalistas contemporáneos, se distingue entre una tipicidad subjetiva y objetiva (p. 179).

Villavicencio (2006), afirma que: “La tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta o lo descrito en el tipo coinciden” (p. 296). Ello permite tratar dos conceptos diferentes, como lo son el comportamiento y el tipo.

Según Mir Puig (1982), corresponderá a la tipicidad y no al comportamiento, la ocupación de los comportamientos omisivos en relación al resultado; ambos serían comportamientos positivos, en el sentido de que el tipo describe lo que se prohíbe realizar, o lo que es exigible para el sujeto activo, quien optaría por transgredir lo tipificado (p. 58). Aquí también se puede apreciar que la tipicidad es una garantía, porque si no es típico, el comportamiento no será punible.

En tiempos anteriores, como se adelantó, existían aspectos conexos a la tipicidad subjetiva que no eran incluidos dentro de esta categoría, porque se la relacionaba con la culpabilidad debido al esquema causalista que antiguamente delimitaba a la teoría del delito (Donna, 1995, p. 87). Ello habría evolucionado con el tiempo, tanto así, que es imposible concebir a una teoría del delito peruana que no posea elementos como el dolo o la culpa en la tipicidad.

De lo hasta aquí expuesto, conviene detenerse para realizar un análisis histórico que frente a esta categoría cabe realizar, toda vez que el conocer su evolución es fundamental para lograr comprenderla en su total magnitud. En tal sentido, se incide en la Europa de finales del siglo decimonónico, puesto que es en esta etapa en la cual se hallaban en apogeo las ciencias de la naturaleza y dado que por aquel entonces también se empezó a sistematizar el estudio del delito se siguió una estructura similar a dichas ciencias para su comprensión (Mir, 2011).

Es por ello que, el análisis de la tipicidad objetiva se encontraba como parte del estudio de antijuridicidad y además la tipicidad no se había determinado como categoría delictiva autónoma. No obstante, dado el escenario teórico descrito, resultaba necesario realizar el desvalor de resultado en lo concerniente a la antijuridicidad, sin embargo, para ello, era necesario a su vez, recurrir a elementos subjetivos que condicionaban la conducta, los

cuales aún habrían de ser valorados en la culpabilidad, lo cual resultaba contradictorio a un análisis propio de un positivismo naturalista como el de aquella época (Muñoz y García, 2010).

Ahora bien, dado así los problemas valorativos que frente a la conducta delictiva surgían, hacia el decenio de 1930 surgió una solución de la mano de un tratadista ya mencionado líneas atrás, es decir, Hans Welzel, quien propuso su teoría finalista en la comprensión del delito, permitiendo así ubicar a la tipicidad como categoría delictiva autónoma (Hurtado, 1987).

Llegado a este punto, resulta necesario – para entender efectivamente la concepción de tipicidad que se tiene hoy en día – establecer la relación existente entre tipicidad y antijuricidad, de esta manera la idea moderna de lo que hoy se concibe como tipo penal, halla su origen en los postulados de Beling (Mir, 2016), quién lo forja como una mera subsunción de la conducta fácticamente realizada con lo descrito en la ley penal, sin realizar juicio alguno de desvalor sobre el hecho realizado (Hurtado, 1987).

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que dicha teoría da un alcance muy general a lo que debe entenderse por tipo, no obstante, del planteamiento que realiza se evidencia la presencia de un aspecto positivo y de otro negativo, pero en esta ocasión ya no del tipo en sí, sino del supuesto de hecho, siendo que el aspecto positivo

constituye la conducta típicamente regulada y el negativo se refiere a la ausencia de causas de justificación; en síntesis, podría decirse que el supuesto de hecho (para su realización) trasciende a la conducta típica, porque además, requiere la carencia de alguna causa que justifique a dicha conducta (Mir, 2016).

Por su parte no todas las conductas, que – en un sentido estricto – encajen perfectamente en lo descrito por la norma primaria, supondrán que efectivamente resultan típicas, para realizar un correcto desvalor de resultado, este deberá ser atribuido a una conducta lo suficientemente grave, ya sea a título de dolo o culpa (desvalor de conducta) capaz de producirlo; del mismo modo pueda que el daño ocasionado resulte insignificante, sea aceptado socialmente o que el bien jurídico protegido sea de libre disponibilidad del titular (Hurtado, 1987).

Ahora bien, siendo que, para realizar el análisis típico es necesario recurrir al desvalor de resultado, cabe señalar que este supondrá la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, es por ello, que resulta crucial poner en contexto aquello que debe entenderse por bien jurídico, a fin de lograrlo se debe acudir a su conceptualización tanto dogmática como político criminal, siendo que por esta última se entiende a aquello que resulta merecedor de la protección del derecho penal, mientras que en el plano dogmático consiste en aquel objeto protegido por la transgresión de la norma

que se trate (Mir, 2016).

Sin embargo, más allá de lo expresado, también es necesario acudir a la diferenciación entre la esencia misma de aquello que es el bien jurídico con su contraparte en el plano objetivo, ante ello Mir (2016) indica que el punto básico que sirve como parámetro y del cual se puede establecer en qué realmente consiste el bien jurídico penal, es la funcionalidad del mismo, sin importar si es que este tiene un sustrato material o inmaterial, concibiéndolo de esta manera como “una relación dialéctica de realidad y valor” (p. 176).

Como someramente se adelantó líneas atrás la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (desvalor de resultado) deberá ser objetivamente imputable a una conducta, que bajo el prisma de un observador común, resulte lo suficientemente grave para producir dicho efecto típico (desvalor de conducta), por ello se indica que el análisis que recae sobre tal comportamiento se realiza ex ante, ya que, admitir lo contrario supondría, en uno u otro caso, prohibir todas aquellas conductas capaces de generar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque desde una observación previa no puedan vislumbrarse como generadoras de tal resultado (Mir, 2016).

Lo previamente expuesto guarda cercana relación con los elementos subjetivos del tipo, ello en vista a que, el desvalor de

conducta a realizarse – como comportamiento efectivamente grave capaz de producir el resultado lesivo o la puesta en peligro – no puede ser entendido sin acudir al dolo o culpa, ello en vista a que la conducta constituye una unidad objetivo-subjetiva inescindible, sobre la cual también tendrá efectos la valoración se realice para efectos del derecho penal, pues la consecuencia jurídica (imposición de una pena), difiere tanto si tratase de un delito doloso como de uno culposo (Muñoz y García, 2010).

Finalmente, y en el ámbito nacional, Hurtado Pozo (1987), establece varias clases de tipos legales: de acuerdo a la acción y el objeto, pueden distinguirse entre delito material, cuando se produce un resultado, y delito formal cuando se describe solo la acción; en relación al daño ocasionado al objeto se diferencia entre delito de lesión y delito de peligro, que a su vez puede ser abstracto o concreto; los delitos en relación a la conducta humana, pueden ser de acción u omisión; en relación a los numerosos bienes jurídicos tutelados, se puede diferenciar entre delitos simples y delitos complejos; últimamente, de acuerdo al sujeto activo se diferencia entre delitos de propia mano y especiales (pp. 182-183).

C. Antijuricidad

Respecto a la antijuricidad, es un elemento fundamental el analizar si la conducta desplegada del supuesto sujeto activo del delito se

ha constituido como una vulneración o perjuicio hacia el ordenamiento jurídico penal. En tal sentido, la antijuricidad se construye sobre el carácter de determinar si la conducta desplegada es contraria al Derecho Penal, lo cual, cabe destacar es distinto a la que se puede conceptualizar como antijuricidad administrativa o civil (Hurtado, 1987).

De esta manera, ha de quedar efectivamente acreditada que la conducta desplegada ha cumplido con la prohibición expresada en el tipo penal; sin embargo, para que cumpla con la absoluta expresión de “antijuricidad” es necesario analizar que la conducta no se encuentre justificada por alguna norma permisiva establecida como causa de justificación de la conducta, ante ello, y como se adelantó en el examen respectivo a tipicidad, el que una conducta encuadre con la conducta prevista en el tipo penal no supone plenamente que sea contraria al derecho penal, pues se puede presentar el caso de que se esté ante una causa de justificación (Mir, 2016).

Es así que, las causas de justificación vienen a constituir una eximente o atenuación de la responsabilidad penal cuando estas se establecen en el análisis de determinado caso en concreto, entre ellas se tiene: la legítima defensa; el estado de necesidad justificante; el ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión; y, por último, el consentimiento (Muñoz y García, 2010).

La antijuricidad también puede ser definida como un juicio objetivo y general que se formula en base al “carácter contrario al ordenamiento jurídico” que pudiese tener la acción (Hurtado Pozo, 1987, p. 186). Esta sencilla definición parece correcta en tanto se esboza un juicio sobre una conducta, excluyendo cualquier análisis que se pudiese hacer sobre el autor, avocándose a corroborar la contrariedad que se tiene con un ordenamiento.

Donna (1995), describe que tal como se conceptúa la teoría de la antijuricidad, parece ser más una teoría de la “juricidad”; luego de Beling el tipo y la categoría de lo antijurídico fue diferenciado, pues no es correcto afirmar que lo típico es necesariamente antijurídico (p. 121). La diferencia más grande que se encuentra en cuanto a la tipicidad y antijuricidad, recaería en el aspecto negativo de la última, en donde existen causas de justificación que, permiten catalogar al hecho como algo jurídico.

Ahora bien, en pro de ahondar el conocimiento que frente a este tópico concierne, cabe traer aquí a aquello que se entiende tanto por antijuridicidad material como formal. De esta manera, en cuanto al primero de los conceptos aquí expuestos, puede decirse que, la antijuridicidad formal guarda cercan relación con la vulneración de la norma prohibitiva, como por ejemplo el mandato de no matar que se halla contenido en los delitos de homicidio (Hurtado, 1987).

A su vez, en lo referente a la antijuridicidad material, esta implica necesariamente la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, el cual podría definirse como aquella construcción normativo valorativa aceptada como cierta dentro de una determinada sociedad y de la cual se desprende la legitimidad de la norma prohibitiva (Mir, 2011).

De lo expuesto, cabe entender la relación que entre tipicidad y antijuridicidad existe, de esta manera la idea moderna de lo que hoy se concibe como tipo penal, halla su origen en los postulados de Beling (Mir, 2016), quién lo forja como una mera subsunción de la conducta fácticamente realizada con lo descrito en la ley penal, sin realizar juicio alguno de desvalor sobre el hecho realizado (Hurtado, 1987).

Sin embargo, con el arribo del pensamiento *neo-Kanano*, mediante el cual se introdujo la idea de valor en el análisis del delito, es que dejó de entenderse a la tipicidad como una categoría completamente ajena a la antijuridicidad, sino por el contrario esta halla su razón de ser en la tipicidad, por ello, se señaló que en el análisis típico de la conducta se realiza un juicio provisional de desvalor, toda vez que la tipicidad constituye el medio que utiliza la antijuridicidad penal, para que una conducta tenga relevancia penal (Mir, 2016).

Dado así el contexto, se puede afirmar que la tipicidad acarrea consigo una sospecha de antijuricidad, ello en vista a que el legislador regula una conducta cómo delito pensando que esta resulta contraria al Derecho Penal, no obstante, es en base a las ideas finalistas que nuevamente vuelve a entenderse a la conducta típica como un indicio de que pueda ser antijurídica, separando para ello ambas categorías, pero además añadiendo una valoración en el tipo, toda vez que este presenta los elementos que son relevantes para el derecho penal (Muñoz y García, 2010).

En relación con lo dicho, y a modo de conclusión en este apartado, la antijuricidad según Hurtado (1987), posee, en su ámbito negativo, a las siguientes causas de justificación: la legítima defensa, constando de elementos como la agresión ilegítima en este sentido el defensor no puede haber ejercido una defensa sin ser agredido, la necesidad racional de un medio y falta de provocación suficiente; estado de necesidad, en donde existe un conflicto entre los bienes jurídicos, y que consta de requisitos como el peligro inminente e imposible de evitar de alguna otra manera, y la proporcionalidad de los bienes jurídicos en tanto el bien sacrificado es de menor valor; y acto ordenado y permitido por la Ley, en cuanto es irracional penar por algo permitido en el ordenamiento por ser jurídico (pp. 187-197).

De esta manera se desarrollarán más detalladamente cada uno de las causas de justificación que se presentan:

a) La legítima defensa

En lo que respecta a la legítima defensa, se dice que esta se puede tornar en perfecta o imperfecta, esto en referencia a que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su valoración, será perfecta cuando concurren adecuadamente todos los requisitos, por otro lado, será imperfecta cuando unos de los requisitos exigidos se vean insatisfechos o mermados considerablemente. Es necesario mencionar que la legítima defensa puede ser en pro de la protección de un bien jurídico propio o en pro del bien jurídico de un tercero (Mir, 2016).

Para la concurrencia de una legítima defensa se ha de presentar: una agresión ilegítima; una necesidad racional del medio empleado; y, por último, una falta de provocación suficiente. En lo concerniente al primer elemento, se requiere que el bien jurídico se encuentre en un efectivo peligro, en una situación real donde este se pueda verse mermado (si esto no se presenta se puede caer en una legítima defensa putativa) y necesariamente que la situación peligrosa sea una situación actual (no se permite legítima después de que ha acabado el peligro) (Mir, 2016).

En lo que refiere al segundo elemento, se menciona que el medio del cual se sirve el sujeto pasivo para defender el bien jurídico sea prudente y necesario para afrontar la situación delictuosa, sin sobrepasarse o cometer un acto independiente que desborda el ánimo de proteger y donde se puede corroborar un exceso (Hurtado, 1987).

Respecto del tercer elemento se puede decir que es necesario que el sujeto activo no haya sido quien haya deliberado la agresión por el sujeto activo y que no haya sido aquel que incentive o motive a que el sujeto activo despliegue una conducta nociva para el bien jurídico.

b) Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante es aquella situación que compromete a determinado sujeto a realizar una valoración de bienes jurídicos en pro de salvaguardar el más valioso, es así que, exige una ponderación de bienes jurídicos donde uno se ve necesariamente sacrificado para que otro prevalezca, en el mismo sentido se ha de considerar que el sujeto ha adoptado un medio adecuado para vencer el peligro y que este ha sido un peligro actual (Mir, 2016).

a) El ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión

El código penal actual ha creído conveniente mencionar que determinadas conductas serán justificadas cuando estas se desprendan del ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión. Por ello se debe identificar los casos cuando determinados sujetos estén realizando un acto que en primer momento se ha de considerar como punible, pero que, sin embargo, este acto ha de tener una permisibilidad por las esferas profesionales o de derechos que se le han otorgado (Hurtado, 1987).

c) El consentimiento

Existe debate por parte de la doctrina en considerar al consentimiento como una causa de justificación o como elemento objetivo del tipo penal ubicado en el análisis de la tipicidad objetiva. Observándolo como una causa de justificación, el consentimiento actúa como una permisión otorgada por el sujeto pasivo de menoscabar un bien jurídico de categoría disponible y que por esa misma razón el Estado no puede interferir más allá de la libre valoración del titular del bien jurídico protegido, considerando a la conducta como justificada (Hurtado, 1987).

D. Culpabilidad

Un primer acercamiento conceptual a esta categoría, consiste en indicar que esta implica el reproche que se le realiza al autor por la comisión del injusto penal. De esta manera, puede sostenerse que la culpabilidad consiste en hacer responsable al autor por la realización de la conducta típica y antijurídica. En tal sentido, conviene aclarar que en la culpabilidad se realiza una valoración normativa de la tipicidad y antijuridicidad con la finalidad de determinar si conviene hacer responsable al autor por su comisión (Hurtado, 1987).

La culpabilidad viene a constituir el análisis respecto de si el sujeto activo del injusto penal ha podido comprender los mandatos que exige la norma penal y de la misma manera ha podido verse motivados a cumplirlos, se busca encontrar si el sujeto ha tenido la suficiente capacidad para poder encaminar su conducta de una manera adecuada y no lo ha hecho, solo ahí, se puede decir que el sujeto es culpable de la conducta delictiva (Mezger, 1958).

La culpabilidad parte del análisis de un sujeto imputable, es decir, si por las características psíquicas y físicas el sujeto se ha visto en la capacidad de responder por sus propios actos y de entender las prohibiciones que expresa el tipo penal, de esta manera, si se encuentra en el sujeto alguna condición que cambie su estado a

“inimputable”, no podrá atribuírsele una conducta culpable, como ejemplo de cuestiones de inimputabilidad se tienen: sujetos menores de edad, sujetos con oligofrenia severa, sujetos con esquizofrenia severa, sujetos con severa alteración de la conciencia y percepción, entre otros (Muñoz y García, 2010).

Otro elemento a destacar en la culpabilidad que da determinado por el conocimiento de la antijuricidad, de esta manera, en los casos de delitos dolosos, se considera, por regla general que el autor tiene conocimiento de la ilicitud de su actuación (Muñoz y García, 2010). De esta manera, un elemento que puede excluir la culpabilidad de la conducta es el nivel de conocimiento de la antijuricidad que ostentaba el sujeto activo a la hora de realizar un delito.

En el derecho peruano a esta clase de error en la antijuricidad se lo considera como un “error de prohibición” teniendo una categorización de este como vencible invencible, donde el segundo (dependiendo de las circunstancias y el análisis que se hace de cuan efectivo fue el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta) puede llegar a eximir de penal. El error de prohibición puede ser “directo o indirecto”, en el primero, el sujeto no conoce la norma penal y por esa razón no puede conocer que su conducta desarrollada es delito, en el error de prohibición indirecto el sujeto actúa pensando que su conducta era comprendida por una norma permisiva que lo facultaba de desplegarla, en este sentido, el sujeto

actúa en el pensamiento de que se encuentra dentro de una causa de justificación (Hurtado, 1987).

En esa línea de ideas, también se considera que como un análisis de la culpabilidad, la posición que ostentaba el sujeto que ha realizado el injusto y la exigibilidad que tenía de su comportamiento en determinada situación, así entra en consideración lo conocido como el “estado de necesidad exculpante” donde se puede verificar una ponderación de dos bienes jurídicos de igual categoría, importancia y significancia, en este estado que involucra situaciones extremas no se ha de valorar el reproche de la conducta porque no se considerará una exigibilidad de comportamiento al sujeto realizador del injusto y donde la colisión de bienes jurídicos ha provocado la valoración de uno en detrimento de otro para la prevalencia y protección del bien jurídico salvaguardado (Mir, 2016).

Finalmente, se considera al miedo insuperable, teniendo como aquel que nubla la conciencia del sujeto y lo somete a la realización de actos que los realizará por el inigualable terror que le provoca una determinada situación (por ejemplo: un sujeto es amenazado a colaborar con el terrorismo o los terroristas mataran a su familia).

En tal sentido, podría sustentarse la idea de que esta categoría delictiva responde, además, a cuestiones de política criminal, toda

vez que se estudia si resultará necesaria o no la imposición de la pena. Del mismo modo, también implica una seguridad del ciudadano frente al poder punitivo estatal, ya que constituye un filtro, por el cual se discurren todos aquellos casos en los cuales no será necesaria la imposición de una pena, como, por ejemplo, cuando se está ante una grave alteración de la conciencia.

Se puede instituir que, si la antijuricidad versaba sobre el hecho, la culpabilidad discurre sobre el sujeto al que se le imputa la acción. Donna (1995), describe el problema existente en la capacidad de culpabilidad que posee el destinatario de las normas, siendo que la culpabilidad podría definirse en términos generales como “la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo en el caso concreto”; este autor, además menciona que, se puede distinguir entre la capacidad para actuar conforme al deber jurídico y la capacidad de motivación en el sujeto (pp. 227-228).

Concluyendo, y de acuerdo a lo mencionado por Mir Puig (1982), la culpabilidad encuentra sustento en las condiciones de los sujetos que han cometido la acción típica y antijurídica, pero que presentan condiciones psíquicas “distintas al hombre adulto normal (p. 92).

2.2.7. Teorías de la pena

La teoría de la pena no es lo mismo que la teoría del delito; la última estudia a los diferentes elementos que posee el comportamiento para que este sea considerado como un delito, mientras que la primera se encuentra conexas con uno de los resultados de la comisión de un delito, es decir, la pena o medida de seguridad.

La Constitución de un determinado Estado es sumamente relevante para poder establecer la función de la pena, determina sus características; la pregunta cardinal discurre sobre los supuestos que justifican que un grupo de personas asociadas puedan privar de su libertad a alguien (González R., 1983, pp. 232-231). La teoría de la pena justamente trata de dar respuesta a esa pregunta en base a diversos enfoques, que excluyen o incluyen supuestos sobre los que se debe imponer una pena como consecuencia de la comisión de un hecho.

Una teoría de la pena en realidad es una teoría de justificación de la consecuencia jurídica de la norma penal, en tanto busca avalar la imposición de una medida de seguridad o una pena desde diferentes perspectivas, como el ámbito de lo social o el castigo mismo.

Roxin (2016), afirma que una pena será legítima únicamente si evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la culpabilidad, y resulte menester (p. 81). De colegirse que la pena no cumpla con alguno de estos requisitos, según se apoye en una teoría funcionalista o

tradicional, podría ser cuestionable.

No existe una sola teoría de la pena, sino que esta a su vez se compone de diversas teorías dentro de aquel título; todas ellas, sin embargo, cumplen con la característica primordial de que se relacionan íntimamente con la consecuencia que el Estado impone en la norma penal.

Al respecto, las teorías de la pena se pueden dividir entre las teorías tradicionales y las teorías funcionales acerca de la pena; Las primeras a su vez, se subdividen en teorías retributivas o deontológicas, que se centran más en tratar al sujeto desde una perspectiva normativa, y las teorías preventivas, que implica un tratamiento mucho más estratégico del sujeto con la sociedad; a parte de las expuestas, se encuentran a las teorías mixtas que combinan aspectos de ambas; finalmente las teorías funcionales consideran a la prevención, no de manera individual, sino supraindividual, como fundamento de la pena (Feijoo S., 2007, pp. 8-14).

A. Teorías tradicionales

Según Feijoo (2007), existe una división clásica entre las teorías tradicionales en función a la percepción que se posee del individuo en base a la sociedad, mientras que las teorías retributivas no se llegan a nutrir del utilitarismo para justificar el castigo, razón por la que también se las llama deontológicas, las teorías preventivas

optan por dar un tratamiento estratégico a la persona, utilizándola como un medio que influencia a los demás (p. 8).

B. Teorías retributivas

Las teorías retributivas presentan un vínculo con las llamadas teorías absolutas de la pena, siendo que, para varios autores, la teoría de retribución de Kant es un ejemplo claro y preciso de estas (Feijoo, 2007, p. 9), siendo que, se caracterizarían por relacionar al fundamento de la pena con el castigo y el comportamiento bajo la luz de principios concernientes al orden jurídico.

La retribución, justamente hace referencia directa a una consecuencia de un determinado acto, solo que, en vez de relacionarse con una recompensa por obrar de alguna manera, se vincula a la comisión de un delito que desencadena efectos jurídicos sobre el agente.

Para poder comprender las teorías retributivas, se versa sobre el pensamiento de sus más grandes referentes: Kant y Hegel. Por parte del primero, la filosofía kantiana puede encontrar su eje en la metafísica de las costumbres, siendo que la moral y los conceptos morales son generados por la razón y no la experiencia; por ello Kant dividía a la legislación moral de la legislación jurídica, trazando como punto de partida a la distinción entre el imperativo hipotético, que diferencia como una acción buena para alguna cosa, y un

imperativo categórico que no tiene condición o propósito, obteniendo que el imperativo categórico es el único expresado en la Ley práctica” y que existe una voluntad autónoma en el individuo que puede ser legislador de sí mismo; el Derecho atañe a la relación externa de los individuos y se justifica en el poder estatal, y el Derecho Penal en específico sería un imperativo categórico, que, en base al principio de igualdad entendido desde una perspectiva *taliónica*, toma a la pena como una retribución misma (Donna, 1996, pp. 41-56).

Contrastando ello, Hegel desarrolla la teoría objetiva de la retribución, mediante la que la pena es establecida como una respuesta a un comportamiento anterior que contradice a los dispuesto en la Ley por parte del Estado; Hegel se diferencia de Kant en que establece la pena como una negación de la acción que ha negado al ordenamiento, por lo que se toma en cuenta la existencia de un Estado temporal, en vez de partir del sujeto como lo hacía Kant (Feijoo S., 2007, pp. 103-104).

Actualmente, Kant y Hegel son los autores más estudiados conforme a la pena, pues es innegable que ambos supieron aportar una justificación que se apartaba de la generada en sus respectivas épocas, e inclusive, se los puede tomar como punto de partida para las teorías posteriores.

C. Teorías preventivas

Las teorías preventivas, a diferencia de las anteriores, se concentran en los efectos de la coacción o coerción en vez de justificarla mediante la retribución; se puede distinguir entre una teoría de la pena preventiva general y una especial.

Sobre la última, se hace mención de Von Liszt, quien es el autor más representativo de la prevención especial, y que considera a la pena como una “acción instintiva”, desligándola de toda ética en su origen y relacionándola con un concepto más primitivo como el de la venganza, pero que ha sido remplazado por la protección del orden jurídico³ siendo determinada no por el pasado sino por el futuro en un sentido de coacción contra el delincuente (Donna, 1996, pp. 58-64).

A diferencia de ello, la prevención especial positiva se erige como la teoría discutida con más frecuencia por parte de la doctrina en torno a que, si bien se toma al delincuente como fuente de peligrosidad, su tratamiento se orienta a la resocialización o reinserción en la sociedad; la legitimidad de la pena, entonces, no se encontraría en la inoquización sino en diversos fines que fueron agrupados bajo el término “resocialización”, y que innegablemente presentan basta relevancia para el tratamiento del criminal bajo la

³ La pena justa de von Liszt es la pena necesaria (Donna, 1996, pág. 63).

óptica del Derecho Penal garantista (Feijoo S., 2007, p. 167-168).

Por su parte, la prevención general en relación a los ciudadanos presenta a Feuerbach como su autor principal, quien sostiene la existencia de una coactividad en las instituciones jurídicas, siendo que la coacción física se muestra como insuficiente para tratar al delito, ante lo que se opta por una coacción psíquica, que ataque a las cualidades de delinquir de las personas desde su propio origen mediante la intimidación; otro autor importante para esta teoría es Roxín, quien desarrolla una teoría preventiva desde el ámbito positivo, delimitando un concepto como la integración en tres aspectos: el aprendizaje pedagógico y social que da un efecto de fidelidad en el Derecho, el restablecimiento de la confianza de la sociedad cuando se percibe la realización del Derecho, y la resolución pacífica del conflicto mediante la pacificación al tener en cuenta los esfuerzos del delincuente (Donna, 1996, pp. 58-70).

Existen además teorías mixtas, como la de Roxín, que realiza una unión entre los distintos fundamentos de la pena que se han abordado hasta este punto dentro de las teorías tradicionales.

D. Teorías funcionales

Las teorías funcionales de la pena son mencionadas como tal por Feijoo (2007), quien no encuentra cabida a teorías como la de Jakobs entre las teorías preventivas, ergo, no se referiría a la

supresión o disminución de cifras de crimen, sino se relacionarían con comportamientos supraindividuales inherentes a la prevención de la desintegración del orden social (Feijoo S, 2007, p. 14).

Para tratar a las teorías funcionales, es menester discurrir sobre el autor más representativo de estas: Jakobs. De esta manera se puede hacer referencia a dos bases fundamentales en la teoría de la pena del aludido: la primera se encontraría relacionada con la diferencia que se realizada entre las expectativas cognitivas y contrafácticas o normativas, y la segunda con la transformación de la idea de prevención, que pasa de influir en los comportamientos de los individuos a tener relevancia en las dinámicas sociales o colectivas; en un principio el autor habría considerado que la pena tenía un carácter exclusivamente preventivo general y psicológico en relación a la influencia de los miembros de la sociedad, eliminando el fin en un segundo momento, dando paso a una teoría de carácter retributivo y funcional, que finalmente sería conjugada con la teoría de la primera fase para conformar su última teoría (Sánchez, 2006, pp. 111-114).

Dentro de las teorías funcionales se podrían encontrar a las que presentan una perspectiva desde las ciencias sociales, que pueden ser consideradas como funcionalistas y tratan a la sociedad en conjunto como si se tratara de un ser humano, optando por un enfoque psicológico de la pena; también a las teorías sociológico-

empíricas de la prevención general positiva, cuyo autor más relevante sería Hassemer, quien no realiza cambios al concepto de prevención, sino que realiza hincapié sobre el concepto de control social y justifica a la pena por ser un mecanismo con garantías y procedimiento, mucho menos gravoso que algún otro; finalmente se toma en cuenta a las teorías sistémicas y normativas de la prevención, que presentan como autor principal a Jakobs, que ha sido abordado con anterioridad (Feijoo S., 2007).

2.2.8. Naturaleza de los delitos de corrupción de funcionarios

En correspondencia de Abanto Vásquez (2003), en puridad, los delitos sobre corrupción de funcionarios solo deberían estar referidos a los actos de cohecho, en cuanto en este delito y sus modalidades se puede percibir una especie de bilateralidad o “contractualidad”, aunque se sancione a una sola de las partes, es decir un pacto sobre una función pública (pág. 409). El cohecho es el comportamiento que puede describir a la corrupción de funcionarios por excelencia gracias a aquella característica.

Por otra parte, la discusión sobre su naturaleza puede relacionarse con el carácter unilateral y bilateral que parece tener la redacción del texto legal incluye verbos rectores que requieren de una “mera actividad”, y otros en donde la comisión parece requerir un resultado. Autores como Hugo y Huarcaya (2018) convienen que se debió mantener la estructura

del Código derogado de 1924, que acorde a las posturas científicas que predominaban, distinguía entre una corrupción pasiva por parte del funcionario o servidor, y activa por parte del particular (p. 316).

Por último, Fidel Rojas (2007), utiliza indistintamente a las palabras cohecho, corrupción y soborno, según el autor harían referencia a exactamente lo mismo, aunque con algunos matices; además de ello, aprovecha en resaltar que los particulares, generalmente, son deshonestos y someten a precio los actos propios de un cargo público (p. 624).

2.2.9. Fundamentos teóricos del delito de cohecho pasivo

Uno de los antecedentes más remotos del delito de cohecho se encuentra en la antigua república romana, en donde los múltiples casos de corrupción en el senado, así como posteriormente durante el imperio se extendieron y generalizaron llegando a comprometer incluso la salvaguarda del imperio y su posterior debacle tras los avances de los pueblos germanos (Rojas, 2007).

En tal sentido, desde la antigüedad se presentan casos de funcionarios y servidores públicos, además de particulares han terminado por afectar de manera drástica los intereses generales de la sociedad (Serrano, 2017).

No obstante, cuando nos referimos al término corrupción este resulta muy amplio por la diversidad de acepciones que posee además de presentarse en ámbitos más allá de la esfera pública, por tanto, resulta más propicio denominarlo cohecho (Abanto, 2003).

Así, cabe definirlo como aquella conducta de quien, valiéndose de un cargo público, compromete su actuar en beneficio propio o de terceros, perjudicando el interés general que la sociedad deposita en su persona (Serrano, 2017). En cuanto al cohecho pasivo, este se halla intrínsecamente relacionado a la conducta ejecutada por el funcionario o servidor público que somete su actuar a un medio brindado por quien, para el caso en concreto, sería el autor del delito de cohecho activo (Rojas, 2007).

2.2.10. Cohecho pasivo en la legislación peruana

En este punto cabe avocarse a las modalidades de comisión del tipo penal contenido en el artículo 393 del Código Penal peruano, el cual versa así:

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

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

A. Tipicidad Objetiva

De lo expuesto, se evidencia que el delito de cohecho ostenta dos principales modalidades de acuerdo con la conducta, condición del autor, y la dirección que lleva la acción en la legislación peruana: La primera referida como cohecho pasivo y la segunda sobre cohecho activo.

Sobre la primera modalidad, es decir, el cohecho pasivo, autores como Rojas Vargas (2007) mencionan que se trata de una de las tantas modalidades de corrupción delictiva, y se caracteriza porque el autor del delito únicamente acepta, recibe o solicita el donativo la ventaja o la promesa; cabe precisar, que lo pasivo del cohecho no se refiere a la intensidad, sino que es una valoración de carácter delictivo, por lo que el acto de solicitar o condicionar sigue englobado dentro del concepto de cohecho pasivo (pp. 631-632).

A diferencia del cohecho activo, en el delito de cohecho pasivo la imputación se encuentra dirigida al intraneus, quien es el único capaz de cometer los comportamientos descritos en la norma. Por otra parte, el cohecho activo es una modalidad que se muestra como exclusiva del extraneus, es decir, quien responde puede ser un funcionario, servidor o un ajeno a la administración pública que no ostente el vínculo especial con el deber. De allí que se establezca como sujeto activo al funcionario o servidor que posee obligaciones a las que no

debe contravenir, es decir, quien actúe en el ámbito de sus funciones.

Por otra parte, el cohecho pasivo puede ser propio o impropio; se muestra como cohecho pasivo propio en cuanto el autor del delito decide incumplir sus obligaciones como producto de lo recibido o solicitado; por el contrario, cuando se trata de un cohecho pasivo impropio, los actos del funcionario o servidor se adecúan a lo previsto en la Ley o reglamento que estipula sus obligaciones, pero relacionando aquel despliegue con un mecanismo corruptor (Rojas Vargas, 2007, p. 633).

Es necesario precisar que, en su forma propia, el incumplimiento de las obligaciones o deberes del funcionario o servidor puede realizarse mediante un comportamiento omisivo tanto como activo.

En otra línea, para regular el delito de cohecho pasivo propio en el Código Penal vigente, como lo indica Abanto Vásquez (2003), el legislador ha decidido mantener la formula típica del Código de 1924, adoptando como fuente a la legislación suiza (p. 425).

Para Salinas Siccha (2014), el delito de cohecho pasivo propio conlleva la aceptación o recibimiento, la solicitud, o la condición sobre un beneficio, a fin de que el agente realice u omite un acto que derive en la violación de sus obligaciones.

El sujeto pasivo del delito sigue siendo el Estado, de manera inconfundible; también cabe acotar que tampoco es necesario que el pago se efectúe para que se configure el delito en cuestión

El cohecho pasivo impropio, por su parte, guarda relación con la legislación argentina, que regula supuestos similares bajo la nominación de “cohecho pasivo atenuado” (Abanto Vásquez, 2003, p. 426). Como lo indica Salinas Siccha (2014), el cohecho pasivo impropio, en la legislación peruana, se caracteriza porque el agente, a cambio del donativo, la promesa o la ventaja o beneficio indebido, realiza una acción propia de su obligación funcional (p. 456).

Por aquello, es correcto afirmar que el sujeto activo de este delito no es reprochado por su accionar en relación a la administración pública, sino por los comportamientos vinculados a ese accionar, y que, indubitadamente, conforman actos de corrupción.

Por último, según Rojas Vargas (2007), el cohecho pasivo puede ser de naturaleza genérica, en cuanto el sujeto activo no se encuentre precisado de modo taxativo, o de naturaleza específica en cuanto se “haya nominado con nombre propio al sujeto público” (p. 632). Dentro de la última tipología se puede encontrar al artículo 395-A, de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, que es el delito específico sobre el que versa la controversia de la investigación.

2.2.11. Delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se encuentra regulado en el Art. 395-A del CP⁴. En el presente apartado, se desarrollarán todos aquellos aspectos necesarios para conocer los alcances del delito bajo comentario, así como determinar su objeto jurídicamente tutelado.

En tal sentido, desde la incorporación del tipo penal de cohecho pasivo propio en el CP y posteriores modificaciones, hasta el año dos mil diecisiete se han regulado las conductas ilícitas de los funcionarios y servidores públicos que acepten o reciban, soliciten o condicionen a alguna persona, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, comprendidos también en ese tipo penal los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional de conformidad a lo establecido en el Art. 425 del cuerpo normativo, el cual instituye a quienes se encuentran

⁴ El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código Penal.

considerados como funcionarios o servidores públicos. Hugo y Huarcaya (2018) asevera que “(...) se puede señalar que la solución legislativa no parece idónea, se ha creado un tipo penal en relación a profesiones o instituciones específicas; bajo esa misma óptica, existe la posibilidad de tipificar como delito de cohecho propio o impropio en las funciones médicas, docentes, de defensa técnica, de congresistas” (p. 375). Bajo estos argumentos, en la incorporación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, se pueden desprender, distintas razones que podrían relacionarse con la vulneración de principios constitucionales, así como una sobrecriminalización.

La doctrina, por su parte, brinda fundamentos que permiten realizar una valoración subjetiva en referencia a la incorporación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, como un tipo penal especial las conductas de infracción realizadas por los miembros de la policía nacional, es decir, que todo el proceso evolutivo de derogación, modificación e incorporación de delitos del CP parece ser debido a factores o modelos de otros países que son distintos a la realidad nacional.

De esta manera, y de acuerdo a Zaffaroni (2011), la política criminal desarrollada por algunas personas “atemorizadas u oportunistas” se relacionaría con una “criminología mediática”, siendo que no es extraño que las leyes creadas tengan como finalidad el fungir como un medio

de comunicación o difusión similar al internet, empero, a pesar de dar una sensación falsa de seguridad aumentada, no posean real incidencia sobre la frecuencia criminal (p. 380). El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tal como se encuentra regulado en el CP, no parece responder a algún estudio basado en la política criminal peruana.

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, tiene como delito fuente al cohecho pasivo propio, existiendo el Acuerdo Plenario N.º 01-2005/ESV-22, emitido por la Corte Suprema de Justicia, mismo que constituyó precedente vinculante donde en su momento desarrolló del verbo rector “aceptar” para el delito fuente, sin embargo, en la actualidad ese desarrollo ha sido acogido para el delito específico para los miembros de la PNP, por cuanto los dos tipos penales utilizan los mismos verbos rectores. Feuerbach (2015), considera que la comunicación que realiza la Ley sobre el mal que acarrea la comisión de algún comportamiento conminado, sería el fundamento de la imposición de una pena por parte de un Estado determinado.

A. Conducta típica

Los comportamientos típicos del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se parecen en demasía a los previstos en el Art. 393 del CP sobre cohecho pasivo propio. No existe un cambio sino en cuanto al sujeto activo del delito y el

extremo mínimo y máximo de la pena prevista en el CP para estas conductas.

La descripción típica que se realiza en el primer párrafo del Art. 395-A, se corresponde con una comisión del delito en una modalidad básica, ya sea se trate de realizar una acción u omitirla. Los verbos rectores que se pueden percibir son: aceptar, lo que implica que el miembro de la Policía Nacional admite de manera voluntaria el donativo⁵, la ventaja o beneficio⁶, o lo que se le ofrece⁷; recibir, que se refiere a cuando una persona toma lo que se le ha otorgado (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, pp. 377-378). Se puede añadir que aún existe debate acerca del significado de ambos verbos, los pueden llegar a confundirse y existen autores que mantienen que ambos hacen referencia al mismo comportamiento.

Sobre los medios corruptores, la doctrina parece inclinarse a una postura no taxativa, los términos como “beneficio o ventaja” son genéricos y engloban una gran cantidad de supuestos limitado por la propia realidad; así, tampoco se ha precisado que necesariamente deban tratarse de objetos con un valor monetario.

⁵ Se refiere a una dádiva o regalo como un medio para conseguir alguna cosa de una manera incorrecta (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, p. 382).

⁶ Una ventaja o un beneficio no siempre poseen una naturaleza patrimonial, pues también puede referirse a un premio o verse favorecido en algún ámbito (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, p. 382).

⁷ Ofrecimiento realizado a fin de que el policía reaccione de una manera requerida.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo bajo comentario contiene una forma agravada del delito, en el que, lejos de aceptar o recibir, se solicita directa o indirectamente algún donativo, promesa, o cualquier otra ventaja para realizar una acción o incumplir con su ejecución, o se realiza dicha solicitud luego de haber cometido u omitido el acto; debido a ello se trataría de un delito de mera actividad, y se configuraría en cuanto se cumpla con “solicitar” (pp. 378-379).

En torno a aquel supuesto, tal como lo afirma Abanto Vásquez (2003), quien no acepte la solicitud debe quedar impune, aunque el sentido del artículo jamás se refiere a un concierto de voluntades, consumándose con la simple solicitud o aceptación (p. 450). Ello es importante, porque refuerza el hecho de que se estudie un delito de mera actividad ante el supuesto de la solicitud.

El párrafo conclusivo del artículo se constituye como un delito de peligro y de mera actividad, por cuanto el miembro de la Policía Nacional condicionará su conducta a la entrega de un bien, donativo, promesa o ventaja; el verbo rector de esta modalidad vendría a ser “condicionar” (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, pp. 381-382).

Finalmente, a modo de comentario y como se ha podido apreciar, se tratan de conductas repetitivas en comparación al tipo penal de

cohecho pasivo específico regulado en el Art. 395 del CP, entre otros tantos, siendo que la mayoría de sus verbos rectores igualmente se repiten en el delito bajo análisis.

B. Sujeto activo

A diferencia del cohecho pasivo propio regulado en el CP, que admitía flexibilidad en torno a los funcionarios y servidores públicos que podían cometer la conducta dañosa (Rojas Vargas, 2007, p. 677), se trata de un delito cuyo sujeto activo necesite contar con cualidades especiales detalladas en la fórmula legal, y existe consenso en que el sujeto activo será únicamente quien sea miembro de la Policía Nacional del Perú (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, p. 382).

La pena aplicable diferirá según se trate de la comisión del tipo básico, que sanciona al miembro de la Policía Nacional con una pena privativa de libertad no menor de 5 y no mayor de 10 años e inhabilitación, la comisión del supuesto agravado del segundo párrafo, cuya pena va desde los 6 hasta los 10 años, o la comisión de lo establecido en el tercer párrafo, cuya pena se regula desde los 8 hasta los 12 años (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, pp. 383).

C. Sujeto pasivo

Hugo y Huarcaya (2018), consideran como sujeto pasivo al Estado, en tanto se trata de un delito contra la administración pública (p. 382). Al respecto, se afirma que, el sujeto pasivo también se corresponde con el del cohecho pasivo propio, en tanto también es el Estado y no las personas que entregan los donativos o son objeto de cualquiera de los verbos rectores (Rojas Vargas, 2007, p. 677-678).

D. Bien jurídico protegido

El bien jurídico tutelado por el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial es la confianza de los ciudadanos en un correcto ejercicio de las funciones policiales (Hugo A. y Huarcaya R., 2018, p. 383). No obstante, aquello no es una postura uniforme.

Antiguamente, tal como lo narra Abanto Vásquez (2003), se consideraba que el objeto del bien jurídico protegido por el delito era relacionado a cuestiones éticas, algo que no puede ser aceptado debido al carácter del Derecho Penal y principios como la subsidiariedad; de esta manera se erigió la imparcialidad de la actuación administrativa, aunque igualmente fue cuestionada; finalmente existen autores que acogen una postura pluriofensiva, en tanto existen diversos verbos rectores y cada uno de ellos

parece afectar diferentes bienes jurídicos (pp. 420-423).

Finalmente, en correspondencia con Rojas Vargas (2007), el bien jurídico tutelado por los delitos de corrupción de carácter pasivo, se relacionaría con el normal funcionamiento y la imparcialidad de, “específicamente”, en el marco de lo relativo a la administración pública (p. 669). Esta última postura sería de mayor consideración para la doctrina y la jurisprudencia peruana.

E. Consumación y tentativa

El delito puede consumarse de maneras diferentes según se trate del primer, segundo o tercer párrafo del artículo; en cuanto al tipo básico, este se consumaría con la complacencia, empero si se trata del verbo rector “recibir”, el delito sería de resultado que necesita de una entrega y una toma; en el caso del segundo supuesto se trata de un delito de mera actividad debido a la solicitud; finalmente la tentativa sería admisible en todos aquellos casos en los que se trata de un verbo rector que aluda al resultado (Rojas Vargas, 2007, p. 693-695).

F. Participación

Al igual que en el cohecho pasivo propio, puede darse la posibilidad de usar particulares o “sujetos públicos” que realicen actos de intermediación o hayan instigado para la realización del hecho

punible (Rojas Vargas, 2007, p. 697). De esta manera, en el caso de la función policial, se puede asignar a un cargo menor el recojo de las dádivas o actividades similares, o puede contratarse o pactarse con alguien para que funja de intermediario en las comunicaciones o la entrega de los bienes.

2.2.12. Responsabilidades sancionadoras de los miembros de la Policía Nacional

La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado teniendo como finalidad fundamental el orden interno⁸, es uno de los organismos institucionalizados del control penal, se rige por su Ley Orgánica, reglamentos y directivas dictadas en función del interés social, por lo que su finalidad, función, atribución y obligación debe ejecutarse dentro del marco de la ley, la doctrina, los principios generales del Derecho y Constitución, siempre orientada a la protección y defensa de la persona humana como fin supremo del Estado. “Es el organismo que concreta y ejerce el mayor espacio del poder del control penal” (Villavicencio, 2006, p. 12). Cumple en los espacios determinados funciones administrativas, operativas, preventivas dirigida a la protección de los derechos humanos y de los principios constitucionales.

⁸ Garantizar mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras; finalidad que se encuentra establecida en el artículo 166 de la Constitución Política del Perú.

En el cumplimiento de su finalidad fundamental algunos integrantes de la Policía Nacional materializan actos de soborno u otras conductas que atentan contra su deber funcional. “No obstante, estas finalidades que deben cumplir a menudo los integrantes de la Policía Nacional se ven involucrados a diario en delitos contra la Administración Pública” (Hugo y Huarcaya, 2018, p. 374), específicamente en lo relacionado al cohecho, haciendo que el legislador, a través del D. Leg. N.º 1351 incorpore este tipo penal especial. Los Policías ante los hechos de corrupción son sometidos a los procesos de investigación de naturaleza penal común, del Fuero Militar Policial y administrativo disciplinario.

A. Responsabilidad administrativa disciplinaria

Los integrantes de la PNP al quebrantar las normas de naturaleza administrativa son sometidos a la Ley N.º 30714 que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, cuyo reglamento de acuerdo a la gravedad de la infracción administrativa, la cataloga como infracción leve, grave y muy grave que atenten contra la disciplina, el servicio policial, la imagen institucional y la ética policial.

La presente norma para un mejor entendimiento, se fundamenta en la necesidad de privilegiar y salvaguardar los bienes jurídicos propios constituidos por la ética policial, la disciplina policial, el servicio policial y la imagen institucional como bienes jurídicos

imprescindibles para el cumplimiento adecuado de la función policial y el desarrollo institucional; es así, que frente a un quebrantamiento de las funciones administrativas por parte de los integrantes de la Policía Nacional, los órganos administrativos disciplinarios como es el Tribunal de Disciplina Policial, Oficinas de Asuntos Internos, la Inspectoría General de la Policía Nacional del Perú, Inspectorías Macro Regionales, Inspectorías Descentralizadas y Oficinas de Disciplina, son los que investigan e imponen sanciones de acuerdo a sus atribuciones.

Para poder relacionar las responsabilidades administrativas disciplinarias cometidas por los integrantes de la Policía Nacional con el delito en comento, se hace referencia a la infracción contra el servicio policial la que establece solicitar o recibir dádivas o cualquier otra clase de beneficio proveniente directa o indirectamente del usuario del servicio o de cualquier persona que tenga interés en el resultado de su gestión, tendrá como sanción el pase a la situación de retiro, es decir, el policía no integrará más dicha institución.

Los actos de naturaleza ilícita de los policías relacionados a aceptar, recibir, solicitar y condicionar siempre han estado sancionados por los órganos administrativos como excluirlos de la institución, perdiendo beneficios, sueldo, empleo y cargo entre otros; es así que los alcances administrativos hacen efectivo sus

facultades con los integrantes de la Policía Nacional en situación de actividad.

B. Responsabilidad Penal Militar Policial

La Constitución en su Art. 139 describe la existencia de la justicia militar, al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, asignándole la finalidad exclusiva de administrar justicia penal militar policial cuando los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional incurran en delito de función; es decir cuando hayan efectuado el quebrantamiento trascendental de la función de garantizar, en forma integral y permanente, la defensa, independencia, soberanía, integridad territorial, seguridad y orden interno de la República.

El Derecho Penal Militar Policial peruano ha determinado penalizar ciertas conductas disfuncionales realizadas por los integrantes de los Institutos castrenses, que se encuentren relacionados con la afectación de los bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Los integrantes de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones y a consecuencia de su actuación ilegítima, son sometidos a una investigación de naturaleza penal militar policial,

como así se establece⁹, y que hayan pasado el límite de los principios militares policiales esenciales como son la disciplina, jerarquía y subordinación, mando y obediencia.

Ahora bien, en la determinación del contenido del delito de función. “el objeto protegido a través del establecimiento de un delito de función busca resguardar (...) la defensa del Estado, de la seguridad nacional y del orden interno” (San Martín, 2017, p. 520). Los integrantes de la Policía Nacional al encontrarse sometidos a investigación por la comisión del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, también son investigados y juzgados por el delito de función, siendo el más común el delito de desobediencia¹⁰.

La justicia militar, como potestad jurisdiccional especial, ejerce función sancionadora cuando un integrante de la Policía Nacional ha cometido un delito común, bajo el alcance de un mismo hecho, pero afectación de distintos bienes jurídicos protegidos como se ha mencionado en los párrafos que anteceden, teniendo como consecuencia una pena privativa de libertad efectiva o suspendida

⁹ Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, que el delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

¹⁰ Artículo 117.- Desobediencia. El militar o el policía que omite intencionalmente las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, siempre que atente contra el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años

en su ejecución y en algunos casos como accesoria se le impide ser parte de la institución castrense. En este contexto, se verifica que el integrante de la Policía Nacional no solo recibe una sentencia en el fuero común, sino también en el Fuero Militar Policial.

C. Responsabilidad Penal

En el Perú, se ha dejado entrever que existe la posibilidad de sancionar penalmente a un policía; ello se puede afirmar rápidamente luego de versar sobre la Casación N.º 1504-2018, que trata a la agravante genérica por la condición de efectivo policial del sujeto activo. Siendo así, no existe impunidad para los miembros de la Policía Nacional, por lo menos en teoría y apartándose de las críticas del fuero militar.

El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se dirige a sancionar actos de los integrantes de la Policía Nacional considerados como los donativos, coimas bajo los verbos rectores que especifica la disposición normativa, que por cierto admite varios supuestos de carácter bilateral y unilateral; sin embargo, no se evidencia la diferencia con el tipo penal base. “(...) difícil determinarlo, pero se presume que fue por la condición especialísima del agente (efectivo policial). Aunque, sin duda, fueron razones de política criminal que pesaron para tipificar como un delito especial propio del agente del orden interno”. (Hugo y

Huarcaya, 2018, p. 375). Es así, que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, al igual que las responsabilidades disciplinarias administrativas y el delito de función perseguido por el Derecho Penal Militar Policial, se dirigen a un mismo objetivo que es el Policía en situación de actividad.

2.2.13. Fundamentos que caracterizan a los Policías como agentes públicos

El presente apartado funge como óbice relacionado a la eliminación de cualquier discusión que se tenga al respecto de la naturaleza del servidor o funcionario público y los miembros de la Policía Nacional del Perú, por lo que se desarrollarán las razones que sustentan la calidad especial sobre la que se respalda la presente investigación.

En conexión con ello, se debe rescatar que el Art. 425 del Código Penal peruano reconoce la calidad de agente o servidor público a quienes integren a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, por lo que es comprensible que, en este aspecto, no exista ninguna controversia. De ello se puede concluir que, para cualquier delito que exija la calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo, los policías pueden ser procesados y penados según corresponda.

Por último, la jurisprudencia también se ha inclinado por reconocer la calidad de agente público a quienes sean miembros de la policía, en tanto la Corte Suprema en el quinto fundamento de la Revisión de

Sentencia N.º 503-2017-Callao, esboza que el artículo 425 del CP, entre otras personas, reconoce a los policías como funcionarios o servidores públicos.

A. Naturaleza de funcionarios públicos

Los integrantes de la PNP, por la naturaleza de sus funciones pueden ser funcionarios públicos, teniendo en cuenta la categoría, jerarquía y grado, si bien el Art. 425 del CP considera como funcionarios o servidores públicos a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Salinas Siccha (2014) afirma: “funcionario público es aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado” (p. 10). En correspondencia con la función que cumplen los miembros de la PNP, serán considerados funcionarios públicos, en razón de que siempre estarán bajo la dirección de unidades o subunidades PNP, que, necesariamente tienen poder de decisión para con los subordinados y representación en los diferentes cargos que cumplan de acuerdo a la designación del Comando.

B. Naturaleza de servidores públicos

Los miembros de la Policía Nacional también se encuentran identificados como servidores públicos según la naturaleza de sus funciones. Según Salinas Siccha (2014) afirma: “Servidor público es aquella persona natural que también presta servicios al Estado,

pero sin poder de decisión” (p. 10). Los policías en su gran mayoría son servidores públicos, ya que, si bien a ellos se encuentran añadidas ciertas decisiones que pueden y tienen que tomar frente a una intervención policial, ellas se ven condicionadas de acuerdo al cumplimiento del bien común hacia la sociedad.

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

2.3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza los derechos iguales de los seres humanos; relacionado al delito en comento se estaría transgrediendo el Art. 7¹¹, teniendo en cuenta que los integrantes de la Policía Peruano no son más que seres humanos que cumplen función destinada al servicio de la sociedad.

2.3.2. Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de los Derechos Humanos, en su Art. 22¹², el cual permite que analizar que la disposición normativa incorporada como cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial con su incorporación en el CP, ha realizado una desigualdad entre las características que deben tener todos los funcionarios o servidores

¹¹ Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¹² Artículo 24. Igualdad ante la ley.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

públicos.

2.3.3. Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú, no ampara el abuso del derecho por parte de ninguno de los Poderes del Estado, como así lo describe en el Art. 103¹³; ante tales condiciones la incorporación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, se realizado un evidente abuso del poder por parte del poder ejecutivo en la facultad legislativa recibida por parte del Poder Legislativo.

En el presente trabajo de investigación, se analiza dogmáticamente al Art. 395 – A del CP sobre cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; asimismo, se abordan temas relativos al Art. 393, sobre cohecho pasivo propio, y el Art. 425 sobre los funcionarios o servidores públicos en el Derecho Penal.

¹³ Artículo 103. La Constitución no ampara el abuso del poder. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza d las cosas, pero no por razones de las diferencias de la persona. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación tuvo como hipótesis que, El fundamento jurídico que sustenta la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano es: a) Adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado; y b) la afectación del principio de utilidad de la intervención penal Y los fundamentos políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano son: c) Uso de los fundamentos del Derecho penal simbólico; y, d) Innecesaria manifestación de la política criminal de sobrecriminalización.. Lo anterior ha sido establecido en la búsqueda de una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial regulado en el artículo 395- A Código Penal peruano?

En aquel contexto, la presente investigación se desarrolló mediante la aplicación de los métodos analítico, sintético y deductivo, como métodos generales; además de ello, se utilizó al método hermenéutico y el método dogmático como parte de los métodos propios del Derecho.

El método analítico fue usado en la medida que se optó por realizar una descomposición del delito de cohecho pasivo propio, con la finalidad de realizar un análisis sobre aquellas partes a fin de encontrar los fundamentos jurídicos y políticos

criminales que sustentan la derogación del aludido; de esta manera, se versó sobre algo que puede ser percibido como concreto por encontrarse regulado en el Código Penal peruano, para obtener razones abstractas que permiten respaldar la hipótesis.

En cuanto al método sintético, se aplicó partiendo de lo esbozado en la pregunta de investigación, desde la que se acumuló suficiente conocimiento sobre el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, su objeto jurídicamente tutelado, su fundamento de incriminación, el Derecho Penal simbólico y la política criminal; tras ello, se procedió a deconstruir cada parte del conocimiento recopilado para evidenciar relaciones entre los conceptos, y, posteriormente, reacomodarlo en una síntesis relacionada a la temática de la investigación, y colegir sobre la validez de la hipótesis planteada.

Por su parte, el método deductivo fue usado cuando se trató sobre el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial y su conexión con temas de política criminal, Derecho Penal simbólico y argumentos relativos a su fundamento de incriminación, desde lo que se identificó la premisa general de que existían fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito aludido, para luego, mediante la deducción, concluir cada uno de los fundamentos mencionados en la premisa general.

Asimismo, se ha utilizado el método dogmático, en la medida que ha permitido realizar un análisis sobre el tipo penal cuestionado, descomponiéndolo en diversas partes que han sido estudiadas a través de la óptica de la doctrina, la jurisprudencia,

y el mismo texto, dando como resultado una construcción jurídica en referencia a los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial. Es decir, se ha partido de lo preestablecido como parte del texto legal del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, para que mediante la ayuda del método sintético, la doctrina y la jurisprudencia, descomponer lo trabajado en dogmas que permiten el establecimiento de los fundamentos jurídicos y políticos criminales que sustentan la derogación del delito, y permiten concluir la validez de la hipótesis que ha sido planteada en el presente trabajo de investigación, siendo que los fundamentos no hubieran sido devenidos de la simple literalidad de la fórmula.

Finalmente, el método hermenéutico coadyuvó a la comprensión de delito estudiado, así como de los delitos de corrupción en general, obteniendo de aquellos, razones para sustentar los distintos objetivos específicos que han sido planteados; de aquel modo, la interpretación hermenéutica ha coadyuvado al entendimiento de las demás cuestiones que han sido abordadas en el marco jurídico y que han sido relacionadas al delito de cohecho pasivo propio, gracias a la discusión que ha sido realizada a la luz del uso de los cánones de interpretación, para obtener las razones fuertes que permiten el sustento de la hipótesis elaborada.

Los resultados para la investigación fueron los siguientes:

3.1. RESULTADOS

3.1.1. Objeto jurídicamente tutelado por el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El objeto jurídicamente tutelado por el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial ha sido estudiado gracias al análisis de las diferentes partes del delito que han sido descompuestas, en complementación con el método sintético, ya que este ha permitido que se reúna suficiente información vinculada a los objetivos específicos y sintetizarla. De allí que se pueda afirmar que el presente trabajo de investigación ha sido desarrollado en relación a una metodología, en tanto no es producto de la simple especulación del investigador, sino que ha seguido diversos pasos para su consecución.

En conexión con el párrafo anterior, de la información estudiada, ha sido posible colegir que el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se encuentra dentro de los delitos de corrupción de funcionarios; para obtener aquello también se hizo uso del método hermenéutico y el análisis, en cuanto se ha contemplado la interpretación del tipo y los conceptos relacionados en una “expresión máxima” a través de aspectos históricos, literales, sistemáticos y teleológicos, llegándose a encontrar que, como uno de los mencionados, el tipo penal contenido en el artículo 395- A del CP peruano tendría una naturaleza similar en razón de su objeto

jurídicamente protegido.

De allí que se pueda afirmar, que pese a las cualidades especiales que deberán poseer los sujetos activos del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial en razón de que no todos los funcionarios públicos o servidores podrán ser comitentes de este hecho punibles sino únicamente los miembros de la Policías Nacional del Perú, tanto el delito de cohecho pasivo propio regulado en el Código Penal como el cuestionado se orientarán a la búsqueda de la protección de un mismo objeto jurídico tutelado, y que se correspondería con el concepto de bien jurídico protegido.

Siendo que, por su naturaleza, el bien jurídico protegido es un concepto de carácter dogmático, y que a su vez ha sido ubicado dentro de la tipicidad objetiva en lo referente a la teoría del delito, se ha tenido que recurrir a la elaboración de una construcción jurídica basada en el método dogmático, que a su vez es especialmente práctico al momento de analizar el tipo penal junto al método sintético.

Por ello, y en razón del método dogmático que ha sido utilizado para desarrollar el estudio jurídico del artículo 395-A, se han obtenido principalmente dos clases de posturas acerca del bien jurídico protegido o tutelado por el tipo penal: aquellas que se relacionan de manera directa con la administración pública y aquellas que presentan una conexión menos fuerte con la administración pública en general.

Con respecto a las primeras, se encuentra que, existen posiciones que ubican al bien jurídico del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial en la imparcialidad, o el correcto y normal funcionamiento de la administración pública tal como ocurre con Rojas (2007); las segundas se encontrarían encabezadas por enfoques relacionadas a aspectos éticos como la confianza de los ciudadanos con los miembros de la Policía Nacional del Perú, y las posturas de pluriofensividad descritas por Abanto Vásquez (2003).

En relación a ello, se ha encontrado que, si bien el objeto jurídicamente tutelado de este delito puede encontrar variaciones dependiendo del autor que haya desarrollado el concepto, se encuentra que la solución a esta controversia también parece haberse dado de manera natural en el sector doctrinario, que se ha decantado por algunas posturas y ha descartado algunas otras como se ha podido observar en el marco teórico de este trabajo de investigación.

Por aquello, se precisa que las posturas éticas ciertamente no son correctas, ergo han sido superadas por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia, además de que la postura pluriofensiva es imprecisa si se quiere determinar un bien jurídico protegido; de esta manera, y debido al análisis realizado, se encuentra e identifica que, en cuanto a los delitos de cohecho pasivo y en los delitos de corrupción de funcionarios en general, el objeto jurídicamente tutelado por el Derecho Penal recae en la administración pública, estableciendo que tanto el

artículo que se pretende derogar como el que regula el delito de cohecho pasivo propio cuenta con el mismo objeto tutelado.

De esta manera se puede dar por resuelto uno de los más importantes problemas al momento de versar sobre el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, descartando aquellas posiciones éticas o pluriofensivas, y encontrando un vínculo entre el objeto jurídicamente tutelado del cohecho pasivo propio y el tipo penal que ha sido analizado.

3.1.2. Alcances del delito de cohecho pasivo propio y del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial del Código Penal peruano

El presente acápite se avoca a analizar metodológicamente dos delitos determinados en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente en la regulación penal de los delitos de corrupción de funcionarios propiamente dichos, pues como se ha mencionado en el marco teórico, la doctrina considera que el delito de cohecho se corresponde con el concepto de corrupción como ningún otro delito.

Al analizar el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, pese a la utilización de diversos métodos generales como el sintético o la deducción, lo que prima es el método jurídico, principalmente el método dogmático, mediante el que se ha descompuesto el tipo estudiado en relación con las categorías de la

teoría del delito, obteniendo un análisis que parte del propio texto legal, y usa la opinión de los juristas para generar conocimiento propio y diferente al del punto de partida.

En ese sentido, se ha visto que la conducta típica del cohecho pasivo propio y del cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial no muestra cambios mayores en su texto legal, pues lo verdaderamente disímil se encontraría en la pena y la “diferenciación” realizada en torno al sujeto activo. Las similitudes se presentan en la descripción de la conducta típica como en los medios corruptores y los verbos rectores de la corrupción de funcionarios. Se deduce que los alcances de ambos delitos, en aquel aspecto, son los mismos, ya que el texto legal referido a los miembros de la Policía Nacional del Perú no se diferencia del delito de cohecho pasivo propio en la medida de que justifique un tratamiento especial.

No obstante, y siguiendo el análisis dogmático, en el análisis del sujeto activo, se ha visto que la diferencia de la Policía Nacional del Perú con respecto a los demás funcionarios públicos y servidores, no se basa en alguna cualidad especial, siendo parte más bien de una especie de Derecho Penal simbólico o del enemigo. En esencia, ambos tipos penal discurren sobre el comportamiento de los funcionarios o servidores públicos, y en el caso del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, la pena resulta ser más gravosa. Al respecto no se encuentra algún factor que justifique el tratamiento del delito

agravado, pues se trata de un tipo de funcionario o servidor público según la coherencia de la normativa penal, lo que se verifica en el artículo 425 del Código Penal.

En cuanto al sujeto pasivo, se colige que no existe discusión alguna, y tanto Hugo y Huarcaya (2018) y Fidel Rojas Vargas (2007), encuentran como tal al Estado, pues se trata de un delito contra la administración pública; lo mismo ocurre con el delito de cohecho pasivo propio, que posee a aquel sujeto pasivo sin realizar modificación alguna.

Las similitudes de ambos delitos siguen en relación al bien jurídico protegido, pues en ambos casos la doctrina ha superado aquellas concepciones sobre la ética o la confianza, pasando a tutelar aspectos relacionados al funcionamiento de la administración pública como postura mayoritaria, ergo se recuerda que el sujeto activo es el Estado, no el ciudadano; debido a la descripción de ambos tipos la consumación, la tentativa y la participación, se da de la misma manera: Existen verbos rectores que hacen referencia a supuestos de mera actividad y otros a supuestos de resultado, siendo admisible la tentativa únicamente en el último caso; la participación se da por terceros que coadyuvan a la realización del delito mediante la intermediación o instigación en correspondencia con Rojas Vargas (2007).

En relación a la tipicidad subjetiva, no se tiene más que confirmar las similitudes, pues la comisión por parte del funcionario o servidor, en

ambos casos se tiene que dar de manera dolosa; ello también deriva de los propios verbos rectores estudiados, pues más que un deber de cuidado, lo que existe en un comportamiento activo por parte del agente.

En conclusión, ambos delitos parecen diferenciarse únicamente en cuanto al sujeto activo, aunque por supuesto el delito de cohecho pasivo propio podría englobar el comportamiento del policía en calidad de funcionario o servidor público, y la pena que se le imputará a quien cometió el delito.

3.1.3. Contenido del Derecho Penal simbólico y del Derecho Penal del enemigo dentro de un Estado Constitucional de Derecho, en relación al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El Estado Constitucional de Derecho puede diferenciarse del Estado de Derecho, entre otros aspectos, en que la norma de carácter legal se encuentra supeditada a la norma de carácter constitucional según la jerarquización de las normas (García P., 1991). En consecuencia, se deduce que el establecimiento del delito de cohecho pasivo propio podría adecuarse a los parámetros del Estado Constitucional de Derecho en la medida que respete los principios y normas desprendidos de la Constitución.

Por su parte el Derecho Penal simbólico puede identificarse desde la institución de medidas o normatividad en el sentido legal que, lejos de

incidir sobre la criminalidad, poseen efectos netamente informativos en la mayoría de los casos, e instrumentales en otros; a pesar de que autores como Díez Ripollés (2002) o Zavala (2017), señalen que es apresurado rechazar todo Derecho simbólico y que puede tener “buenos efectos” en relación a la sociedad, lo cierto es que incluso con alguna utilidad dentro del ordenamiento jurídico, es preferible evitar las leyes que tengan aquel carácter.

Ahora, en relación al Estado Constitucional de Derecho, no se puede decir que se trate de una vulneración a la norma constitucional siempre, ergo, la instrumentalización del Derecho para dar un mensaje en la población cumpliría alguna utilidad en ciertas ocasiones a nivel social; sin embargo, el problema del establecimiento de delitos como el de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, es que, a pesar de poseer en sí mismo un conducta que ya había sido regulada por el delito de cohecho pasivo propio¹⁴, en donde inclusive pareciera separarse a los miembros de la Policía Nacional del Perú de los demás funcionarios o servidores de manera injustificada, para diferenciar uno de otro o para dar un mensaje a la población, se fortalece la pena de uno de manera arbitraria, pues no parece existir justificación alguna en el comportamiento más reprochable o el sujeto activo.

¹⁴ Aplicable a todos los servidores o funcionarios públicos.

Mediante la aplicación de diversos cánones de interpretación y con cierta subjetividad, se podría establecer que el hecho de que un policía cometa un delito de cohecho pasivo propio es mucho más gravoso por el carácter ético de su profesión, pero, lo mismo se podría decir de cualquier otro funcionario o servidor público, pues el incumplimiento de sus deberes de cuidado en los delitos imprudentes o culposos, o la comisión de tipos dolosos específicos para funcionarios, posee un grado de reprochabilidad similar, tal como se ha podido deducir del marco teórico de la investigación.

Tras la aplicación del método sintético, uniendo los componentes de la investigación, se encuentra que se estaría en un caso de regulación sobre una conducta existente, pero que pasa a afectar garantías y derechos fundamentales reconocidos por la constitución o inclusive principios como el de igualdad en tanto se realiza un trato diferenciado injustificado en función al sujeto activo.

Siguiendo aquella línea, y en función a la hermenéutica jurídica, se indica que el establecimiento del tipo penal de cohecho pasivo propio podría afectar principios como el de proporcionalidad, pues analizando según el test de proporcionalidad, existiría una medida mucho menos gravosa que discurre sobre el mismo supuesto y su tipificación pasa a ser innecesaria y problemática por el hecho de imponer una consecuencia jurídica diferente a actos iguales; o principios como la razonabilidad que evita la dación de arbitrariedades, o el de igualdad,

en el sentido de que al reconocerse la calidad de funcionario o servidor público a los miembros de la Policía Nacional del Perú la diferenciación podría resultar contraproducente.

El Derecho Penal del enemigo, tan como lo ha mencionado Peña Cabrera (2013), también vulneraría los principios mencionados en el párrafo anterior, pues preferiría darle prioridad a un “combate contra la criminalidad”, tal como ocurre con el delito bajo análisis, en el que la existencia irracional y desproporcionada de una pena mayor que la del delito “base” y el trato desigual son subsanados mediante una apariencia de disminución de criminalidad. Por supuesto, aquella disminución no se sustentaría en otras teorías sobre la pena que las de carácter retributivo, y las teorías preventivas especiales y generales en su vertiente negativa, es decir, la inocuización del individuo que comete el delito, y una intimidación reforzada. Ello se condice con las críticas de Roxín hacia este tipo de justificación, pues por sí mismas, aspectos como la intimidación podrían recaer en una instrumentalización de la persona humana contraria al Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, lo que daría sustento a la decisión del legislativo no serían más que las teorías funcionales de la pena en su vertiente desarrollada por Jakobs (Feijoo, 2007), pues el Derecho Penal, en este caso, tomaría como justificación a la intervención sobre comportamientos supraindividuales con toques de retribución. Por ello, y gracias a que se ha descompuesto lo concerniente al tema a tratar, bajo la luz del método

dogmático y sintético, tanto el Derecho Penal simbólico aplicado para el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, y el Derecho Penal del enemigo también manejado, son contrarios al Estado Constitucional de Derecho y vulneran varios mandatos de optimización reconocidos constitucionalmente.

Dada así la cuestión conviene hacer referencia al trabajo realizado por Silva (2001) en relación al derecho penal del enemigo, así, dicho autor sostiene que, en realidad se trata de un derecho penal de tercera velocidad en donde sí cabe una relativización de las reglas de imputación, a pesar de que ello afecte directamente principios básicos e integradores de la función punitiva, Al respecto, se asevera que tal velocidad del derecho penal se presenta en no pocos países actualmente; no obstante, la pregunta referida a de si esto debe permanecer o no es lo que resalta en la parte final de su obra.

Así, dados los actuales contextos en los cuales no se puede negar la sofisticación de viejas formas delictivas, así como la aparición de otras nuevas, en especial en lo referido a la violencia sexual y de género, ello en el marco de una nueva ola del movimiento feminista, atentan contra la integridad del Estado y la vida pacífica, quedando un margen para la relativización de las reglas de imputación; empero, Silva (2001) sostiene que tales características de una tercera velocidad del Derecho Penal no puede extenderse en el tiempo, quedando reservado únicamente para

casos de grave interés público y tan solo de forma momentánea¹⁵.

3.1.4. Contenido de las decisiones político criminales dentro de un Estado Constitucional de Derecho en relación al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

Gracias a la síntesis, se parte desde el significado que posee un Estado Constitucional de Derecho en relación a la política criminal; se entiende que su reconocimiento en el Perú, ha sido marcado por un respeto a la Norma Fundamental sobre lo que establecían otros instrumentos cuyo contenido era de rango legal; en ese sentido, existen una serie de principios, como la proporcionalidad, la igualdad y la razonabilidad, que no deberán ser transgidos por la norma legal. Por ello, se puede deducir que el modelo de Estado Constitucional de Derecho funge como un límite de lo que la política criminal pueda decidir sobre la materia criminal, en tanto aquello deberá condecirse siempre con la Constitución Política del Perú.

Tras la aplicación de la deducción, se avoca a los lineamientos del método dogmático para estudiar a la política criminal desde una perspectiva teórica; de aquel modo, si bien es cercana al Derecho, se ha identificado como un trabajo focalizado en la toma de decisiones sobre criterios relativos a la justicia penal, y coadyuvada en gran parte por la criminología, que se erige como una ciencia principalmente

¹⁵ Justificando así su legitimidad.

empírica que es utilizada para la recolección de conocimiento que funcionen de bases para la política. La relación de ambos conceptos es mencionada por los autores cuya opinión fue considerada para el desarrollo del marco teórico, siendo que escritores como Villavicencio Terreros (2006), García y Molina (2003), la explican como un asunto no controvertido, es decir, aquella posición no sería cuestionada en la actualidad, aún si lo fuese en algún momento con el establecimiento de una criminología individual.

De aquella manera, y tras el uso en los métodos planteados para la presente investigación, se defiende que la política criminal se encuentra condicionada por la propia realidad de un determinado lugar, pues la criminología, por su propia naturaleza, no busca modificar de manera directa el contexto del cual se nutre, sino por el contrario, estudia el ámbito fáctico y arroja datos que serán utilizados por la política criminal; ergo, las decisiones político criminales se condicen con el ámbito fáctico. Aquello se establece como una premisa general sobre la que se puede trabajar lo relacionado con el delito manejado en el presente trabajo de investigación.

Por ello, deberá realizarse un estudio específico sobre la criminología de un delito como el de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial para comprender si es que, tal y como se desprende de García y Molina (2003), los lineamientos y esquemas que conforman la política criminal en relación del tipo penal estudiado pueden o no poseer

sustento criminológico, es decir, bases empíricas que sostengan la pena agravada en correspondencia al delito de cohecho pasivo propio.

Entonces, si es que no existe el sustento empírico, la decisión de criminalización podría recaer en supuestos de sobrecriminalización, en tanto se podría llegar a asumir una pena desproporcionada por una conducta ya regulada en otra norma que presente una pena más adecuada, o neocriminalización en el sentido de que la regulación del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial sea obsoleta debido a que los miembros de la Policía Nacional del Perú son considerados como servidores o funcionarios públicos por la propia norma penal. Si la premisa menor, en referencia al delito bajo escrutinio, no posee un fundamento empírico, puede recaer en situaciones contrarias a la norma constitucional y a los principios fundamentales, pues la regla de que la política criminal debía de encontrarse supeditada a la norma de rango constitucional no llegaría a cumplirse.

Siendo que la Constitución permite delimitar la política criminal, como ya se había mencionado con anterioridad, se debe cuidar que las posturas tomadas no sean contrarias a algunos principios.

Sobre el principio de igualdad, se dice que, el trato de los lineamientos político criminales con respecto a los policías debería ser el mismo que de los demás funcionarios públicos, en cuanto se encuentran en una posición similar que cualquier otro servidor o funcionario público que

cometa un delito de cohecho. Un razonamiento fuera de ello podría desembocar en un trato discriminatorio e injustificado, pues la política criminal estatal estaría decidiendo ser mucho más dura con los efectivos policiales a comparación de otros funcionarios cuyo comportamiento es igual de reprochable.

La medida no sería razonable por discriminar, y no diferenciar justificadamente, al sujeto activo, pues no existe sustento teórico sobre el cual se podría basar la pena agravada. Lejos de las circunstancias empíricas que corresponden a la criminología y se alejan de la metodología seguida por la investigación, el análisis dogmático realizado gracias a autores como Martínez y Zúñiga (2011), permite apuntar a que la razonabilidad y la proporcionalidad prohibirían a la política criminal el decidir de manera arbitraria. La medida no parece ser proporcional gracias a que la política no ha tomado en cuenta que existe otro instrumento¹⁶ idóneo y necesario para proteger al bien jurídico.

3.1.5. La expansión del Derecho Penal desde la perspectiva de Silva Sánchez (España)

En la obra del citado autor, este señala que existe un margen de ampliación para la regulación de nuevas conductas a lo cual el denomina administrativización del Derecho Penal. Al respecto sostiene que, dado los avances en la era postindustrial, surgen nuevas y

¹⁶ Como el delito de cohecho pasivo propio.

sofisticadas formas delictivas que perjudican gravemente el bienestar estatal y ante las cuales el Derecho Penal no puede ser ajeno. En tal sentido, este autor señala que existe un núcleo dentro del cual nuevas conductas pueden ser incorporadas como delitos.

Al respecto, Silva (2001) denomina a tal manifestación de la expansión del Derecho Penal como la administrativización de aquel en tanto conductas que antaño eran reservadas para el derecho administrativo hoy en día tienen relevancia jurídico penal; sin embargo, tal expansión no puede producirse de manera irracional respondiendo únicamente a cuestiones populistas que afectan principio de imputación y bases inspiradoras del derecho penal, sino que debe efectivizarse un perjuicio inmediato a algún bien jurídico en específico.

Así, es innegable que las nuevas formas delictivas devenidas de procesos complejos tales como la globalización, la economía de mercado, los mercados globales y la industrialización generen conductas cuya lesividad individualmente considerada no represente una gravedad que justifique la intervención del derecho penal v.gr. lo ocurrido con los delitos ambientales. No obstante, existe un núcleo básico que sí puede ser comprendido por el derecho penal a fin de garantizar la vigencia de las reglas de imputación y principios básicos.

En tal sentido, antes de extender una conducta como delito, es necesario determinar si la misma es capaz de resultar lesiva o significar

un peligro concreto desde una perspectiva *ex ante* y de la cual se pueda justificar su tipificación. Además, es necesario determinar si tales conductas resultan correlativas con la sanción a imponer, a fin de garantizar la plena vigencia del principio de proporcionalidad de las penas y no desnaturalizar el fin del derecho penal.

3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.2.1. Adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado como fundamento para la derogación del delito de cohecho pasivo en la función policial regulado en el artículo 395-A Código Penal peruano

Desde la postura del positivismo garantista en el contexto de la adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado, la norma que contiene al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se erige como límite de la actuación punitiva del Estado Constitucional de Derecho, frente a cualquier abuso de poder que este pudiese manifestar. De esta manera, elementos como el bien jurídico protegido por el tipo no pueden ser extendidos fuera de los parámetros que establece el texto positivizado.

Siguiendo aquel razonamiento, uno de los fundamentos jurídicos y de la política criminal, que sustentan la derogación del tipo penal contenido en el artículo 395-A del Código Penal sobre cohecho pasivo propio, es el de la adecuada protección del objeto jurídicamente tutelado, que se trata de un concepto jurídico que puede ocasionar algunos problemas

en la determinación de lo que recae bajo el ámbito de protección de la norma jurídico penal, y de lo que queda excluido de aquella.

Es preciso decantarse por estudiar las diferencias que posee el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial con el delito de cohecho pasivo propio; se encontró que, a pesar de poseer una naturaleza similar en ambos delitos, pues en síntesis sus elementos son similares, lo cierto es que el sujeto activo de uno se encuentra, injustamente, diferenciado del sujeto autor del delito de cohecho pasivo propio; es decir, el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se diferencia de su tipo base exactamente en la cualidad especial del sujeto activo de pertenecer a la Policía Nacional del Perú, a pesar de haberse advertido que otra norma del Código Penal establece que los miembros de esta entidad poseen la calidad de servidores o funcionarios públicos, siendo que los demás elementos desglosados en correspondencia a la teoría del delito son similares en ambos casos.

Desde aquella perspectiva, se esboza que el delito de cohecho pasivo propio y el tipo de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial se condicen en lo referido a su objeto jurídicamente tutelado; el bien jurídico de ambos tipos ha sido estudiado desde posturas éticas que han sido descartadas en la propia doctrina jurídica, y ha ido estableciéndose en la administración pública, lo que parece ser la postura mayoritaria manejada a nivel de la dogmática penal en el

contexto jurídico actual.

Dado que el ámbito de protección de la norma es efectivamente el mismo, y que además el artículo 425 del Código Penal regula a los miembros de la Policía Nacional como funcionarios o servidores públicos, no se entiende el establecimiento de un delito como el del contenido en el artículo 395-A, *ergo* la Ley dada por el legislador invita a incluir los supuestos de ese artículo dentro de lo establecido en el 393 del Código Penal.

Sobre la protección brindada por ambos tipos penales, se puede decir que en caso el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial sea derogado por el legislador, su objeto jurídicamente tutelado no queda desprotegido, sino que pasa a ser del ámbito referente al delito de cohecho pasivo propio. Por ello, la regulación del tipo penal no debe avocarse únicamente a proteger los bienes jurídicos, sino que su texto debe también cuidar de respetar otros lineamientos para considerar que la protección brindada es adecuada.

Puede que ambos delitos sean idóneos para tutelar un determinado objeto jurídico, y se considera que existen muchos otros delitos que también poseen similitudes en cuanto a este aspecto, pero lo que diferencia a lo estudiado de cualquier otro caso no es otra cosa que una relación del medio con el fin; el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial y el delito de cohecho pasivo propio

cumplen cabalmente con su fin, pero como medio, a pesar de tener los mismos supuestos bajo su regulación, uno de ellos resulta ser más gravoso que otro.

De allí que no se pueda sustentar la existencia del delito analizado en la protección a un objeto jurídicamente tutelado, pues debido a que ambos tipos penales poseen las mismas conductas en sus textos legales, su ámbito de protección es el mismo. La eliminación del tipo agravado, así, constituiría una adecuada protección al objeto jurídicamente tutelado ergo la administración pública como bien jurídico seguiría siendo defendida, y, además, la diferenciación que se haría sobre el sujeto activo del delito de cohecho pasivo propio en la función policial desaparecería bajo un trato igualitario devenido de la propia Ley.

3.2.2. Afectación del Principio de Utilidad de la Intervención Penal

Tal como se desarrolló en lo relativo al marco teórico al momento de explicar el principio de utilidad de la intervención penal. El tipificar una conducta como delito debe responder a alguna necesidad que, a su vez, busque garantizar a la autonomía de los ciudadanos por medio de la salvaguarda de intereses supraindividuales. Así, el análisis que frente al delito de cohecho pasivo específico se realice debe tener como punto de partida la búsqueda dicha autonomía, la cual se consigue mediante la protección de bienes jurídicos. Por tanto, conviene entender cuál es el beneficio de tipificar de manera autónoma el delito aquí tratado, frente

al tipo penal genérico de cohecho pasivo propio.

Ante lo expuesto, y con el objetivo de evidenciar la afectación del principio de utilidad de la intervención penal, es necesario analizar los elementos típicos que componen ambas conductas frente al bien jurídico protegido; no obstante, es menester, en primer lugar, identificar en qué consiste aquel. Al respecto, en el acápite anterior ha quedado establecido que lo efectivamente protegido con esta conducta -según la posición mayoritaria en sede doctrinal- consiste en el correcto ejercicio de la administración pública. Dada así la cuestión, cabe determinar cuál es la utilidad de regular el cohecho pasivo en la función policial cuando este busca proteger lo mismo que el delito genérico.

Sobre lo expuesto, un elemento sustancial en la composición del principio de utilidad queda determinado por el fin de alcanzar el mayor beneficio que se pueda a través de una afectación poco sustancial o lo menos gravosa posible. De esta manera, las diferencias que entre ambas conductas se presentan, radica principalmente en el agente que la ejecuta; sobre ello, según consta en la exposición de motivos del D. Leg. 1351, la inclusión de un delito autónomo para casos de cohecho pasivo específico de la función policial se debe a la especial relevancia que la función policial reviste, razón por la cual se requiere un mayor nivel de protección.

Empero, en dicho texto legal no se menciona de qué manera la inclusión de la conducta regulada en el art. 395-A del Código Penal es apta para conseguir el fin consistente en reducir la comisión de cohecho pasivo por parte de miembros policiales, más aún cuando en el mismo texto se menciona que los miembros de la Policía Nacional del Perú tienen la cualidad de funcionarios públicos en virtud de lo dispuesto en el art. 425 del Código Penal. Sobre ello, se sostiene además que durante el 2015 habían sido treinta y cuatro los miembros policiales detenidos por recibir dádivas para realizar u omitir actos en violación de sus obligaciones, bastando ello como justificación para una expansión de la punibilidad.

A pesar de lo indicado, el solo incremento en la comisión de delitos de esta naturaleza no pareciera ser motivo suficiente para una expansión de las conductas prohibidas, más aún cuando de la exigencia propia del principio de utilidad, es necesario hacer un análisis *ex ante* referido a cómo dicha incorporación servirá de base para la protección de bienes jurídicos y los fines preventivos de la pena. Así, la inclusión de tal conducta no se erige como el medio idóneo para evitar la futura comisión de cohechos por parte miembros policiales, en especial porque puede alcanzarse dicho fin con la conducta general ya prevista, no evidenciándose, en consecuencia, la utilidad del delito contenido en el art. 395-A del Código Penal.

En ese sentido, autores como Hugo y Huarcaya (2018) y Vargas (2007), sostienen que al existir una diferenciación únicamente en cuanto al

sujeto activo de ambos delitos¹⁷, el legislador pudo haber optado por considerar aumentar la punibilidad no en relación al hecho, sino al agente que comete el delito y que cuenta con cualidades especiales, pues no cualquier persona podría ser sentenciada en base a la fórmula legal, sino únicamente los miembros de la Policía Nacional del Perú.

En consecuencia, no existe diferencia alguna en los sujetos activos de los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, pues el artículo 393 ya contemplaría a las acciones cometidas por los policías al regular el cohecho pasivo propio cometido por cualquier funcionario o servidor público, y la regla resulta ser poco útil. Por otra parte, podría apelarse a la existencia de un deber especial sobre los miembros de la Policía Nacional del Perú que justifique el aumento de una pena, pero la misma situación se corresponde con cualquier otro de los sujetos nombrados en la disposición común, ya que es una característica inherente al cargo de los funcionarios o servidores públicos.

3.2.3. Uso de los fundamentos del Derecho Penal simbólico en el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

Se ha realizado un análisis sobre los diversos componentes que posee el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial de acuerdo a las categorías del delito, tomando en cuenta los diversos

¹⁷ Sin obviar las diferencias de los marcos punitivos.

horizontes de la investigación de acuerdo con el nivel que persigue, de acuerdo con el diseño de la investigación y de acuerdo a los métodos y procedimientos utilizados.

En esta alineación, se ha estudiado al tipo penal recogido en el artículo 395-A del Código Penal peruano, coligiendo que su conducta es esencialmente la misma que la regulada en el delito de cohecho pasivo propio, ya que utiliza los elementos y los verbos rectores propios de este delito. Al respecto, ello se condice con lo estudiado sobre el Derecho penal simbólico en aquel punto, ya que la protección real que busca alcanzar el delito de cohecho pasivo propio en la función policial no es diferente a la que podría recaer bajo el delito común.

El cambio, según la doctrina, ocurriría en lo relacionado a los sujetos, y específicamente en cuanto al sujeto activo, pues el sujeto pasivo es identificado como el Estado en ambos tipos penales; ante aquella situación podría pensarse que a pesar de que la conducta sea la misma, el delito del 395-A acoge una forma agravada¹⁸ del cohecho pasivo propio, y que ello se encuentra plenamente justificado en la cualidad del agente.

Ante ello, se tiene que contraargumentar que no solo la conducta es la misma en los dos tipos penales, sino que también lo es el sujeto activo, ya que el artículo 425 del Código Penal ya había precisado que los

¹⁸ Pues la pena es mayor.

miembros de la Policía Nacional del Perú se encuentran comprendidos por el concepto de funcionarios o servidores públicos, por lo que, a efectos de utilizar un canon interpretativo sistemático, los sujetos activos del artículo 395-A del Código Penal serían los mismos que los del delito de cohecho pasivo propio.

Lo anterior se correspondería con un aspecto clave del Derecho simbólico, ya que, al no encontrar sustento real para diferenciar los delitos, y habiendo establecido que no existe diferencia en cuanto al sujeto activo que perpetúa el injusto, se trataría de una regulación sobre un delito ya previsto, pero con una pena mayor para incidir sobre las masas que perciben una mayor protección.

En este caso, se afirma que el delito regulado en el artículo 395-A del Código Penal comparte con el Derecho Penal simbólico a la instrumentalización del sujeto activo, a quien se le otorga un castigo por un supuesto antes previsto en el ordenamiento jurídico penal, pero sin desarrollar ningún fin en la pena más que el de enviar un mensaje al ciudadano común.

Cabe aclarar que el uso del Derecho Penal simbólico puede llegar a cumplir alguna función dentro de un país como el Perú, pero que, debido a su contrariedad con los lineamientos propios de un Estado Constitucional de Derecho con respecto a la justicia penal, se debe preferir evitar la toma de este tipo de decisiones, ya que lejos de

representar un avance en la supresión de la criminalidad, se caracterizan por ocasionar daños sin un fundamento acorde a la norma constitucional.

3.2.4. Innecesaria manifestación de la política criminal de sobrecriminalización

En concordancia con el anterior título, es razonable colegir que elementos como el sujeto activo, que parece ser la diferencia más notoria del tipo contenido en el artículo 395-A del Código Penal y el cohecho pasivo propio, no son diferentes pese a que así lo ha argumentado la doctrina, en tanto existe una norma desprendida del propio Código Penal que invita a considerar que los miembros de la Policía Nacional del Perú son funcionarios o servidores públicos, y por tanto la regulación del tipo contenido en el artículo 395-A sea injustificada desde el punto de vista del sujeto activo.

No se trataría de un supuesto diferente en razón de las cualidades del autor, tal como pasa en los parricidios cuyo agente comete un acto mucho más reprochable debido al vínculo especial que tiene con la víctima, pues el ordenamiento jurídico penal considera que los policías poseen la calidad de un funcionario o servidor público, ni mucho menos de un supuesto con una conducta más grave, siendo que incluso los verbos rectores son los mismos. De esta manera, las pocas diferencias que son encontradas por la doctrina nacional no sustentarían la

tipificación del cohecho pasivo propio en la función policial.

La diferencia real entre ambos delitos no se encontraría en otra parte sino en sus penas: Mientras que el artículo 393 que contiene al cohecho pasivo propio en el Código Penal peruano contiene penas privativas de libertad de cinco a ocho años, de seis a ocho años y de ocho a diez años; en el artículo 395-A, correspondiente al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial posee penas que van desde los cinco a diez años, seis a diez años y ocho a doce años de pena privativa de libertad, por la misma conducta cometida por funcionarios o servidores públicos; ello sin mencionar a las penas diferentes a la limitación de la libertad, que también varían en ambos casos.

Entonces, y teniendo sustento en la dogmática, se concluye que se trata de un caso en el que el aumento de penas es injustificado, lo que lleva a hablar de la sobrecriminalización.

Así, la sobrecriminalización se presenta como una parte de la política criminal; a *prima facie* se puede establecer que la política criminal es una materia que se encuentra ligada a la criminología, que es una ciencia basada en datos empíricos, y, conjuntamente con otros aspectos pertenecientes al ordenamiento jurídico penal, busca establecer un camino sobre el que se manejaría la justicia.

Empero no siempre se puede afirmar que las decisiones político-criminales se sustenten en algún fundamento que mejore el

ordenamiento jurídico, sino que existen ocasiones en las que se perpetúa una voluntad legislativa discordante a ello; este es el caso de la sobrecriminalización, que funge como una modificación sobre las consecuencias jurídicas de algunos delitos previstos en el ordenamiento jurídico.

Por ello, se esboza que la decisión político criminal de incluir al artículo 395-A en el Código penal, obviando que la conducta y demás elementos se encuentran previstos en el artículo 393 sobre cohecho pasivo propio, es una decisión de sobrecriminalización, y por tanto debe ser modificada con prontitud a fin de reafirmar la criminalización necesaria de un Estado Constitucional de Derecho como lo es el Perú.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA NORMATIVA

El presente acápite versará sobre la propuesta de *lege ferenda*, misma que será desarrollada en los siguientes ítems: Exposición de motivos o fundamentos teóricos y prácticos de la propuesta; efectos del texto legal vigente; y la fórmula legal.

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los motivos para derogar el artículo 395- A del Código Penal peruano son:

- a) El delito de cohecho pasivo propio y el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial ostentan la protección del mismo objeto jurídicamente tutelado, por lo que con la derogación del artículo 395- A el bien jurídico de la administración pública no quedaría desprotegido.
- b) Por el artículo 425 del Código Penal peruano vigente, se incluye a los miembros de la Policía Nacional del Perú como funcionarios o servidores públicos de manera expresa, razón por la que la agravante de la pena contenida en el artículo 395- A, se encuentra injustificada.
- c) El sujeto activo y el supuesto contenido en el delito de cohecho pasivo propio y el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, son los mismos; por ello no existe motivo para dar un trato diferenciado a ambas personas más que la instrumentalización para incidir sobre la percepción de la sociedad.
- d) No existen razones para incrementar las penas en los miembros de la Policía Nacional del Perú, ya que cometen los mismos comportamientos del delito de

cohecho pasivo propio y también son considerados como funcionarios o servidores públicos.

4.2. EFECTOS DE LA VIGENCIA DEL TEXTO LEGAL

Los efectos que puede ocasionar la regulación del artículo 395- A, son:

- a)** Vulneración injustificada del principio de igualdad y el principio de proporcionalidad, ya que se impone consecuencias jurídicas desiguales a quienes son similares y actuaron igual, lo cual no es necesario para la protección del bien jurídico protegido.
- b)** Generación de un problema jurídico, al existir una doble regulación de artículos aplicables al mismo asunto, con textos legales que contienen consecuencias jurídicas distintas.
- c)** Instrumentalización injustificada del sujeto activo del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial.

4.3. FÓRMULA LEGAL

Se propone utilizar la siguiente fórmula legal para derogar al artículo:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente: LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 395-A DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 635. CÓDIGO PENAL

Artículo 1º. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto derogar el artículo 395-A del Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal, referente al delito de Cohecho Pasivo Propio en el Ejercicio de la Función Policial.

Artículo 2º. Deróguese el artículo 395-A del Código Penal, Decreto Legislativo N.º 635

Deróguese el artículo 395-A del Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal, referente al delito de Cohecho Pasivo Propio en el Ejercicio de la Función Policial, que contenía el siguiente texto:

Artículo 395-Aº

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código Penal.

Artículo 3º: Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

CONCLUSIONES

- El objeto jurídicamente tutelado en el delito penal de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, es el mismo que el objeto jurídicamente protegido del delito de cohecho pasivo propio. Ello es así, en tanto no existen diferencias sustanciales en el texto legal que indiquen que el bien jurídico protegido en ambos casos, o incluso las conductas resguardadas por las normas, son distintas, siendo que los delitos se diferencian más bien por la contemplación o inexistencia de una cualidad especial en el sujeto activo.
- Es cierto que la doctrina penal peruana puede encontrar diferencias entre los alcances del delito de cohecho pasivo propio y del delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, y que estos contrastes se determinan, únicamente, al rededor del sujeto activo que comete el hecho punible, y sobre la pena. No obstante, ello puede rebatirse si se recurre a la norma contenida en el artículo 425 del Código Penal, ya que allí se considera que los miembros de la Policía Nacional del Perú son funcionarios o servidores públicos, ante lo que, la única diferencia real se establecería en torno a la consecuencia jurídico penal desigual aplicada al mismo sujeto activo mencionado en el instrumento legal
- Tanto el Derecho Penal simbólico como el Derecho Penal del enemigo pueden cumplir alguna función dentro del sistema de justicia peruano; no obstante, ello no quiere decir que su usanza sea normalizada en el plano legislativo, ya que, en razón a las contravenciones que puedan manifestar con respecto al Estado

Constitucional de Derecho, se debe priorizar su no aplicación en el sistema jurídico.

- La decisión político criminal de regular al delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial además del delito de cohecho pasivo propio, atenta contra principios propios de un Estado Constitucional de Derecho y presenta un fundamento de incriminación insuficiente, debido a que no existen razones suficientes para distinguir entre los sujetos activos del cohecho pasivo propio y el cohecho pasivo propio en la función policial; también cuenta con fundamentos propios del Derecho Penal simbólico, debido a que la regulación del artículo 395-A versa sobre una situación ya prevista en el ordenamiento jurídico peruano, y se corresponde con un caso de sobrecriminalización, debido a que se incrementa la pena para los mismos supuestos. Por ello, la derogación del artículo 395-A del Código Penal peruano se manifiesta como una solución viable.

RECOMENDACIONES

Como recomendación única, se plantea aceptar la propuesta de *lege ferenda* dirigida hacia el legislador, es decir, la derogación del artículo 395-A perteneciente al Código Penal peruano vigente, a efectos de realizar una mejora en el ordenamiento jurídico penal peruano.

.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto V., M. A., (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Perú: Palestra.
- Alexy, R. (2011). *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. *Revista española de derecho constitucional*, pp. 11-29. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/24886085>
- Bernal Torres, C. A. (2010). *Metodología de la Investigación*. Colombia: Pearson Educación.
- Castillo A., J. L. (2004). *Principios del Derecho Penal: Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo C., L. (2005). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Revista Peruana de Derecho Público*, 6(11), 127-151. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1#:~:text=En%20palabras%20del%20TC%2C%20%E2%80%9C%5B,referidos%20a%20restringir%20derechos%E2%80%9D23.
- Córdova, L. (2006). *La contraposición entre Derecho y Poder desde la perspectiva del control constitucional en Kelsen y Schmidt*. *Cuestiones constitucionales*(15), 47-68.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la constitución*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

- Chirre C., E., y Caballero M., B. (2006). *La justicia militar en el Perú*. *Lex*, 4(3), 311-322. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7662951.pdf>.
- Díaz García, I. (2012). *Igualdad en la Aplicación de la Ley: Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias*. *Ius et Praxis*, 18(2), 33-76. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>
- Díez R., J. L. (2002). *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV (103), 409-447. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427/42710303>
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. A. (1996). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires: Astrea.
- Feijoo S., F. (2007). *Retribución y Prevención General: Un Estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F.
- Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*(34), 15-53.
- García P., M. (1991). *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (82), 31-45. Obtenido de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_31-45.pdf
- García, A., y Molina, P. (2003). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gascón A., M., y García F., A. (2015). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima, Perú: Palestra.

González R., J. J. (1983). *Teoría de la pena y Constitución. Estudios penales y criminológicos*, 7, 223-280. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104166&orden=377236&info=link>

Guastini, R. (2014). *El realismo jurídico redefinido*. En A. Núñez V., *Modelos de ciencia jurídica* (págs. 87-114). Lima: Palestra. Obtenido de https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264599/mod_resource/content/1/El%20Realismo%20Juri%CC%81d

Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo: manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*. Lima: Palestra .

Hilrre, O. (2007). *La igualdad como principio de la justicia: reflexiones filosóficas en tiempos de la globalización. Estudios de Filosofía(37)*, 247-265. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3798/379847512011>

Huarcaya, B. S. (2018). *El delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, análisis del artículo 395- A del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N°1243*. Lima: Gaceta Jurídica.

Hugo A., J. B., y Huarcaya R., B. S. (2018). *Delitos contra la Administración Pública: Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Hurtado P., P. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Eddili.

Indacochea Prevost, Ú. (2008). *¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación*. *THEMIS Revista De Derecho*(55), 97-108. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9227>

Jakobs, G., y Cancio M., M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. España: Civitas.

Jaramillo P., M. A. (2011). *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del estado de derecho al estado constitucional de derechos y justicia (Bachelor's thesis)*. Quito: USFQ.

Lazo P., J. M. (2020). *La Justicia Militar en el Perú y la Necesidad de su Existencia (Tesis de Magíster)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16711/LAZO_PORTOCAR

Marcone, J. (2005). *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*. *Andamios*, 1(2), 123-148. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006&lng=es&tlng=es

Martínez, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2011). *El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Estudios Constitucionales*, 9(1), 199-226. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007>

- Matus A., J. P. (2007). *El Positivismo en el Derecho Penal Chileno: Análisis Sincrónico y Diacrónico de una Doctrina de Principios del Siglo XX Que se Mantiene Vigente*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(1), 175-203. doi:<https://dx.doi.org/10.1016/j.rdv.2007.03.001>.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. M. (2009). *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. En M. L. Cuerda A., J. C. Carbonell M., J. L. Gonzáles C., & E. Orts B., *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (págs. 1357-1382). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morales H., R. (2011). *Dogmática jurídica y Sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas*. *IUS ET VERITAS*, 12(23), 309-337. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16032>
- Moreso, J. J. (2004). *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 45-62. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/research/el-positivismo-juridico-y-la-aplicacin-del-derecho-0/01b37e7a-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>

Palazzo, F. (1994). *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal: Consideraciones comparadas a propósito de la reforma Constitucional Argentina de 1994*. *Revista Penal*(2), 49-60. Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13227/Estado.pdf?sequence=2>.

Parada, R. (1992). *Toque de silencio por la Justicia Militar*. *Revista de administración pública*, 7-44. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17116.pdf>

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2013). *Estudios Críticos de Derecho Penal y Criminología*. Lima: Ideas.

Prieto S., L. (2000). *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 161-196. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/research/tribunal-constitucional-y-positivismo-jurdico-0/007673f0-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>

Rodas R., L. E. (2018). *Análisis Político Criminal del Delito de Marcaje o Reglaje como una Neo-Criminalización, (Trabajo de investigación para obtener el título de Abogado)*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.

Rodríguez U., J. M. (2000). *En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir del Principios y positivismo jurídico)*. *Anuario de filosofía del derecho*, 17, 501-514. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142414.pdf>

- Rojas V., F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: GRIJLEY.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez. Tomo I*. Lima: Grijley .
- Salazar, P. (2011). *Garantismo y Neo-constitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. DOXA, cuadernos de filosofía del Derecho*(34), 289-310.
- Salinas, S. R. (2014). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley.
- Sánchez, B. J. (2006). *Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 59(1), 111-134.
- Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales*Madrid. Civitas.
- Torres, J. (2017). *La teoría del garantismo: poder y Constitución en el Estado contemporáneo. Revista de Derecho, universidad de Barranquilla*, 138-166.
- Vergara Benítez, J. (1997). *El principio de igualdad en materia penal al interior del Estado Social de Derecho. Revista de derecho, Universidad del Norte*, 7, 21-46. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/2640/1752>
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley .

Witker, J. (1996). *Técnicas de investigación jurídica*. México: McGraw-Hill interamericana Editores S.A. de CV.

Zaffaroni, E. (2011). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar.

Zavala Van Oordt, L. (2017). *El Derecho penal simbólico y la ineficacia del Estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad*. *Vox Juris*, 33(1), 123-133.

Zavaleta B., J. C. (2014). *La Sobrecriminalización en el Ordenamiento Penal Nacional, (Tesis para optar por el título de Abogado)*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego. Obtenido de http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/621/1/ZAVALETA_JUAN_SOBRECRIMINALIZACI%C3%93N_ORDENAMIENTO_PENAL.pdf

Zúñiga, L., y Arias, P. (2008). *Control, disciplina y responsabilidad policial: desafíos doctrinarios e institucionales en América Latina*. Santiago de Chile: Flacso.