

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA *

James Reátegui Sánchez

« Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrara el cuello. Están más allá de algún inexorable envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer para una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada”. NEUMANN, Elías; “*La pobreza y la corrupción deslegítiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos*”, en: Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1997, Pág. 362

1. Consideraciones generales sobre la corrupción.

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”. Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes “corruptos”, en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor.¹

* Las referencias normativas que se realizan en la presente investigación están, principalmente, en función comparativa al Derecho penal peruano y argentino.

¹ GARZÓN VALDES, Ernesto; “*Acerca del concepto de corrupción*”, en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997, Pág. 42 y 43

Lord Acton decía que el “...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente” o como decía Montesquieu “La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan”. La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados *democracias consolidas*, aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía².

La corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el poder jurisdiccional y en el Legislativo por los dictados del Ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por ello, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

El problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión³. Pero también –y de ahí su complejidad- que existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la sociedad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Por otro lado, hay información histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales a determinadas etapas del desarrollo capitalista, tal caso de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras dd mercado, el narcotráfico, etc⁴.

Didácticamente Hurtado Pozo prefiere hablar de dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente (...) Esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las

² MURIEL PATINO, María Victoria; “*Economía, corrupción y desarrollo*”, en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000, Pág. 27

³ VIRGOLINI, E. S. Julio; *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, Pág. 258

⁴ SIMONETTI, José María; “*Notas sobre la corrupción*”, en: *Pena y Estado*, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág.177

tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos⁵. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico. En tal sentido, según Cruz Castro “En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común⁶”.

2. Corrupción y administración pública.

A la corrupción y su impacto en la administración pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el “interés público”. Puede encontrarse definiciones muy generales como la de Andrés Ibáñez que indica que la corrupción son “...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio”⁷.

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales –en este punto es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la administración pública es una “conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)”⁸.

⁵ HURTADO POZO, José; “*Corrupción: el caso peruano*” en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 156.

⁶ CRUZ CASTRO, Fernando; “*La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos*”, en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 80.

⁷ ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto; “*Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial*”, en: Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, Pág. 425

⁸ Citado por BERALDI, Carlos Alberto; “*Control de la corrupción mediante la desregulación*”, en: Pena y Estado, Año 01, Número 1, Buenos Aires, 1995, Pág. 36 y 37

La *ratio* fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la Administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcional).⁹ La imputación hacia una persona como “corrupto” va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuade, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio. Así las cosas, se pueden diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las *acciones privadas* de la que afecta a la *administración pública*, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia¹⁰. Al respecto, Mariano Grondona afirma “que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones”¹¹. A esta última es la que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita o soborno*, y los italianos *baratería*.

En el Perú, a través de los medios de comunicación principalmente, se conoció el “Caso Montesinos” donde aquel 14 de Septiembre del 2000, en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un “paquete legislativo” para la lucha contra la criminalidad organizada movido por un factor común: la multicitada corrupción. Así, la primera ley, la N° 27378 del 21 de Diciembre del 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada y la segunda Ley, la N°27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras y el Derecho procesal penal (limitaciones de derechos).

Existe un documento internacional llamado la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996.

⁹ CARBAJO CASCON, Fernando; “Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción” en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, Pág. 55.

¹⁰ BERALDI, Carlos Alberto; “Control de la corrupción mediante la desregulación”, cit. Pág.36

¹¹ Citado por SANDLER, Héctor Raúl; “La corrupción legislativa”, en: Sandler/Rajland (coord.), Corrupción. Una sociedad bajo sospecha, Buenos Aires, 1997, Pág. 167

(Reunidos en la ciudad de Caracas). Esta convención contra la corrupción también fue ratificada por la República Argentina el 17 de enero de 1997, entró en vigor definitivamente un año después de la conferencia interamericana, es decir el 6 de marzo de 1997. El Estado peruano también la aprobó mediante Resolución Legislativa 26757 de fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año. Me pregunto: ¿Los Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú y Argentina son firmantes, y por tanto vinculante en su aplicación, son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva?; y ¿Si el Derecho penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?.

Se puede percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda, en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, mas todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención, se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida que la legislación penal interna no contemple tales delitos: caso como el soborno internacional que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano.

Cabe resaltar que el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la topología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o “terrorismo especial”, tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarnos: ¿La eficacia del Derecho penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales?. ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base?.

3. Aspectos esenciales de los delitos de corrupción de funcionario. A propósito de la reforma producida por la Ley 28355 del 4-10-2004.

3.1. Apuntes preliminares.

La expresión *cohechar*, según la Real Academia española, significa “sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo

que se le pida”¹². Un término ligado al cohecho es la “coima” que en el siglo pasado la Real Academia española modificó el contenido con la aclaración que en la Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay se utiliza como cohecho. Históricamente era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero recibido con el juez corrupto. Criminológicamente el delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados “de guante blanco” .

Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva¹³. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, éstas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucionalizado (administración pública). Esto sucede en el Derecho peruano donde la figura básica del delito de cohecho está en el art. 393 y ss.; y la de concusión en el art. 382 y ss. del Código penal.

El núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un “acuerdo injusto”, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo –o intento de acuerdo- entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro¹⁴. De manera tal que el pago del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es el delito de cohecho porque no obedece al “pacto”. Lo que caracteriza al injusto en examen es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el ilícito penal. Por otro lado, José Peco sostenía que en “...el auténtico cohecho hay una captación de la voluntad del funcionario público sobre la base de una dádiva que muestra por modo inequívoco el apetito descompuesto de codicia”¹⁵.

Concretamente, en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho penal se puede encontrar tres estadios de gradiente: primero el agasajo, los cortes presente y el fino obsequio, segundo encontramos las acciones donde ya el funcionario, en mérito a su autoridad, exige cobros injustos; y finalmente en orden de gravedad,

¹² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo I, Madrid, 1992, Pág. 501

¹³ SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 5, (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), Reimpresión total, Buenos Aires, 1992, Pág. 206

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M^o José; *El Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, 1999, Pág. 183

¹⁵ PECO, José; “Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho”, en: *La Ley*, 71, 1953, Buenos Aires, Pág. 845

las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje lo que se le pide¹⁶.

3.2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú.

En el Derecho penal argentino, los actos de corrupción de funcionarios son tratados sistemáticamente en el Capítulo VI del título undécimo, Libro Segundo del Código Penal. La Ley 25.188 (B.O. 1/11/99) -Ley de Ética de la Función Pública- modificó la rúbrica de este capítulo, que con antelación a ella se denominaba simplemente *Cohecho*, para pasar a titularse, con un alcance mucho más amplio (a causa de la reforma introducida por la ley, fundamentalmente por la incorporación del artículo 256 bis), *Cohecho y Tráfico de Influencia*¹⁷. La principal novedad que introduce la nueva legislación 25.188, es hacer extensiva el marco de punibilidad, antes exclusivamente reservado a los jueces, a los funcionarios del Ministerio Público. Con la reforma constitucional acontecido en 1994, mediante el art. 36 de la Constitución Nacional, párrafo quinto que a la letra dice: “*Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos*”. La reforma se acentúa en el párrafo sexto de dicho artículo 36 al establecer que el Congreso sancionará una Ley sobre Ética Pública para el ejercicio de las funciones, con lo cual revela su preocupación de que se reglamente en todos sus aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos, para reducir la corrupción funcional. En fin, la reforma constitucional resultó de suma importancia no solamente para efectos de encontrar algún punto de apoyo “constitucional” en el siempre polémico delito de enriquecimiento ilícito, sino que también dicho artículo le es aplicable a determinados delitos contra la administración pública (relacionados fundamentalmente con la venalidad de los funcionarios públicos). En tal sentido, aquí estarían los supuestos típicos de cohecho y en los Capítulos VII, VIII, IX del Código penal argentino.

Por otro lado, los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano están sistemáticamente regulados en cuatro secciones. La primera: delitos cometidos por particulares; la segunda: delitos cometidos por funcionarios públicos, que en la sección IV se regula la “corrupción de funcionarios”; la tercera: delitos contra la administración de justicia. La cuarta y última contiene las disposiciones comunes referidas al concepto jurídico-penal de los funcionarios y

¹⁶ MIKKELSEN – LÖTH, Jorge Federico; *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, 2001, Pág. 10

¹⁷ Los tipos penales de tráfico de influencia se conocen desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de “*venta de humo*”. En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de las partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de éste algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa..

servidores públicos aplicable a todo el capítulo XVIII. Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmersos dentro de un catálogo mucho más amplio que es el de los delitos contra la administración pública (Título XVIII). En tal sentido, se colige que necesariamente cualquier acto de corrupción tiene que estar en vinculación con la actividad estatal donde se desempeña el sujeto activo. Esto es, que todas las figuras delictivas situadas en el Título XVIII tienen como bien jurídico común la “correcta función pública”, y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. De manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento en donde se vulnerará el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que ésta genera para alguna de las partes involucradas, definitivamente se está causando un perjuicio en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. La actividad administrativa que está al servicio de la sociedad en general no puede ser influenciada a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

Ahora bien, ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos?. Ante todo, debemos tener en consideración que la corrupción responde a una realidad criminógena peculiar y diferente a los delitos contra la administración pública. ¿Será verdaderamente el correcto funcionamiento de las instancias de la administración pública, o el principio de imparcialidad, lo que al final de cuentas le interesa proteger al legislador?. En cuanto al delito de cohecho existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la *moralidad* y corrección que debe imperar en la administración pública¹⁸. Empero, lo que definitivamente en la infracción penal bajo estudio se castiga –fundamentalmente– es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídicamente el normal funcionamiento de la administración¹⁹. Esto proviene de aquellas concepciones

¹⁸ En este sentido, véase: CNCCorr, sala I, 18-9-96, “W.C. y otro”, LL 1998-F. 838, PJN Intranet, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Dir), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2004-I, Pág. 390

¹⁹ SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 207: “...resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción”. NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo Quinto, Vol. II, Parte Especial, Córdoba, 1992, Pág. 97: “Todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal”. FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VII, Buenos Aires, 1993, Pág. 290: “Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo”. LAJE ANAYA, Justo/GAVIER, Enrique Alberto; *Notas al Código penal argentino*, tomo III, Parte Especial, Córdoba, 1996, Pág. 142: “Las disposiciones de este capítulo protegen la administración pública frente a los actos de corrupción venal de sus funcionarios y contra los comportamientos de los particulares que atentan contra la dignidad, normalidad y corrección de las conductas funcionales de sus integrantes”. MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1999, Pág. 354: “El bien jurídicamente protegido es la corrección e insospechabilidad de los funcionarios públicos y su decoro”. DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Santa Fe,

que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

3.3. Configuración típica del cohecho y la Ley 28355.

En el Derecho penal peruano, cabe destacar la modificatoria que introduce la Ley 28355 (04-octubre-2004) en diversos artículos del Código penal y legislación penal complementaria. En efecto, según el artículo primero de la citada Ley modifica diversos artículos del Código penal, específicamente a tres delitos: 1) Asociación ilícita, 2) Corrupción de funcionarios público (cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) y 3) La Ley penal contra el Lavado de Activos. El legislador se ha mantenido fiel a la codificación de 1991 y no ha tenido en cuenta la incorporación como figura delictiva del soborno internacional, es decir, los casos por ejemplo, de soborno en las transacciones internacionales de negocios y otros (Convención interamericana contra la corrupción, art. VIII²⁰).

2000, Pág. 211, correctamente sostiene que: “De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado”. ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, tomo 3, Buenos Aires, Pág 386. Por otro lado, GIL LAVEDRA, Ricardo; “*Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo*”, en: DP, N 15 a 20, Buenos Aires, 1982, Pág. 710 sostiene que el correcto desenvolvimiento de la función administrativa aparece mediatamente tutelado, dado que no es necesario que el acto prometido se lleve a cabo, y que bien puede tratarse de la conducta que legalmente corresponda. No es posible que acá se vea afectado la administración, lo que se protege directamente en los capítulos es la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo. CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo 2, Buenos Aires, 1997, Pág. 270 apunta que lo que se protege es “la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento.”

Así, también, entiende la jurisprudencia argentina: “*El bien que protege este artículo es la pureza de la función pública, por lo cual es indiferente la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, ya que lo que interesa es su competencia para realizarlo*”, Cám. 2 Crim, Mendoza, 6 de junio 1953, JA, 1953-IV Pág., 347.

Por otro lado, en cuanto al tema de titularidad del bien jurídico protegido en este delito, que es importante para efectos de determinar hacia quien y a dónde va dirigido la reparación civil, la jurisprudencia peruana ha tomado posición al respecto. Así, en el Expediente Nro. 97-191601-JP-01-Loreto se anuncia: “*En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a éste la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados*” en: Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, 4, Lima, Pág. 420. En tal línea de pensamiento, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996, se legisla en el artículo VI sobre supuestos de hecho de corrupción y beneficios ilícitos por razón del cargo (conductas, medios), así como de la autoría y participación (implícitamente se menciona la organización criminal), grados de desarrollo del delito, y un artículo ligado a este tema es el XII donde se prescribe que: “*Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado*”, se destaca, asimismo meros actos preparatorios y de peligro abstracto.

²⁰ La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, Artículo VIII Soborno transnacional, establece: “*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que*

En cuanto al delito de cohecho, la Ley 28355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo*, (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Por el otro lado, se conserva el *cohecho activo* (art. 397 y 398 del Código penal) integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio. En lo que aquí respecta –esto es al delito de cohecho–, considero conveniente y necesario realizar una valoración general del mismo poniendo énfasis en los aspectos novedosos de suma importancia:

- **Reubicando y reformulando** algunas figuras delictivas ya existentes: el art. 394-A –corrupción de funcionarios en programa de apoyo– a la sección de los delitos de abuso de autoridad, (ahora en el art. 376-A). La reubicación del cohecho activo genérico (ahora en el art. 397) diferenciándolo si es para un cohecho pasivo propio o impropio. Asimismo, la reubicación del cohecho activo específico (ahora en el art. 398) que a su vez puede diferenciarse: por la “*calidad del agente*”: si es un agente común (párrafo primero) o si es un agente en calidad de abogado o perteneciente a un estudio de abogados (párrafo tercero); y por la “*calidad del receptor*” –siendo indiferente en este caso la calidad del agente– que a su vez puede estar agrupado, por una parte en Magistrados, Fiscales, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo (párrafo primero) y por otra en secretarios, relatores, especialistas, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor e intérprete o análogo (párrafo segundo).

Por otro lado, la reformulación abarca la *creación* de tipo penales nuevos (aunque en realidad serían formas agravadas del cohecho pasivo): art. 393 “cohecho pasivo propio a petición del funcionario” en el párrafo segundo y el “cohecho pasivo propio condicionado” en el párrafo tercero; art. 394 “cohecho pasivo impropio a petición del funcionario” en el párrafo segundo.

- **Derogando:** el art. 398-A y 398-B, “corrupción activa de magistrados y auxiliares por letrado” y la “inhabilitación del ejercicio de la abogacía” respectivamente. También entra aquí el art. 395 segunda parte. Es acertada la derogación porque la inhabilitación en el caso del art. 398-B resultaba un

tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores promesas o ventajas, a cambio de los que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que no hayan tipificado el delito de soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”.

contrasentido, pues según el art. 36 del Código penal, se prevé que la inhabilitación se extiende por igual tiempo que la pena principal, y el último párrafo del art. 398-A (hoy derogado), decía que la inhabilitación tenía que ser puesto en conocimiento a la Corte Superior de Justicia y del fiscal Superior Decano para que proceda a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registros, asimismo se disponía poner en conocimiento a la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su *cancelación*. Se establecía una inhabilitación perpetua, una especie de “pena de muerte en la profesión”.

- Por último, en el **marco de la punibilidad** se pueden encontrar algunas modificaciones, siempre –lamentablemente- con el objetivo de *agravarlos*²¹: en el art. 393 antes de 3 a 6 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación en el primer párrafo, de 6 a 8 años en el párrafo segundo, y de 8 a 10 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 394 antes de 2 a 4 años, ahora de 4 a 6 años más inhabilitación en el párrafo primero, de 4 a 8 años más inhabilitación en el párrafo segundo, y de 5 a 8 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 396 antes no menor de 4 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación; en el art. 399 (hoy art. 397), antes 3 a 5 años, ahora de 4 a 6 años, en el primer párrafo y de 3 a 5 años en el segundo párrafo. Aunque también en forma mínima se ha tratado de *conservar* el marco punitivo: el art. 395 establece la misma penalidad: antes de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, ahora también es de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, con la creación de un nuevo marco penal en el segundo párrafo: 8 a 15 años más inhabilitación y multa.

3.3.1. Cohecho pasivo propio.

²¹ Aún cuando los demás delitos reformulados no sean objeto de nuestro análisis debe decirse:

El delito de negociación incompatible del cargo (ahora ubicado en el art. 399), en lo que respecta al supuesto típico se le ha agregado un elemento subjetivo específico: “*en provecho propio o de tercero*”. También fue agravado el marco penal: antes era sólo de 2 a 5 años, actualmente es de 4 a 6 años más inhabilitación.

En el delito de tráfico de influencias (art. 400) se le agregan las siguientes frases: “...o *teniendo influencias...*” y “...*que ha de conocer*”; además se le agrega una circunstancia agravante en el segundo párrafo: “*Si el agente es un funcionario o servidor público...*”. En ambos párrafos se agrava la pena.

En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401), este ha sufrido cambios sustanciales en la redacción típica. Ahora prescribe: “*El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente*”; además la novedad también está en que se le agrega en segundo párrafo: “*Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresa estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejucio y la acusación constitucional...*” En ambos párrafos se agrava la pena.

El delito de cohecho pasivo propio reformulado está regulado en el art. 393²² del Código Penal peruano. Veamos sus aspectos esenciales:

- a) En el primer párrafo del art. 393 (tipo básico) se pueden desprender en cuanto a los elementos objetivos en una conducta *antecedente* y una *subsiguiente*. En la primera, los elementos son: 1.- Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja y 2.- Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Lo “pasivo” del *nomen juris* está precisamente en la descripción de los verbos rectores, el funcionario público “acepta” o “recibe” que implica indudablemente una actitud receptora, nunca puede – para éste delito en particular- “exigir” ni “coaccionar” porque sino se estaría entrando al terreno típico de la concusión (art. 382 CP). Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de: donación, promesa cualquier otra ventaja o beneficio. Aceptar, en cambio, implica un pacto, *cerrar trato*, con alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita.

En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o lo acepta simplemente. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente “comprado” por el otro, autor de cohecho activo (art. 397 CP) Por definición, el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público²³, y es lo que lo diferenciaría, por ejemplo de la concusión que las cosas transitan al revés: es el funcionario público el que pretende algo del tercero, que es quien, víctima de la intimidación, es el exigido para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Los medios corruptores para este delito pueden darse de muchas formas: “donaciones”, “promesas” o cualquier otra “ventaja” o “beneficio”²⁴. Las donaciones son la liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta; la promesa es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa; una ventaja podía ser: al sueldo del funcionario “sobreañadirle” al común que gozan otros. En el Código penal argentino, en cambio, los medios corruptores son más específicos: “dinero”, “promesa directa o indirectamente” o “cualquier otra dádiva”. Cabe indicar que tanto los medios corruptores para que sean capaces de consumir formalmente el delito de cohecho tienen que tener

²² Art. 393º “El funcionario o servidor público que acepta o recibe 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,...

²³ Véase, en este sentido, DONNA, tomo III, 2000, Pág. 243 “La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público”. Asimismo, el fallo de la Cám. Acusación Córdoba, 8/8(89, “Sosa, Ramón A”, LLC, 1990-504: “El cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, supone una codelinquencia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explícito o implícito, **propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario**” (extraído de: ESTRELLA /GODOY LEMOS, tomo 3, 1996, Pág. 389).

²⁴ En el delito de tráfico de influencias (art. 400 CP peruano) también se prevé los mismos medios corruptores: “...donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...”.

idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Por consiguiente quedarán como tentativas inidóneas²⁵ todas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similares no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En cuanto a los medios corruptores, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de Argentina, menciona textualmente como regla general: (art. 18) “*Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere*”.

En cuanto a la modalidad subsiguiente del cohecho pasivo –una vez que el funcionario o servidor público haya aceptado o recibido cualquiera de los medios corruptores que prevé el tipo penal- ésta tendrá una finalidad específica: 1.- Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función “infringiendo su deber funcional” que es lo que lo va a diferenciar del cohecho pasivo impropio, o 2.- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales.

En la primera finalidad, el acto ha de ser futuro (“...**para** hacer u omitir...”), no interesando para efectos consumativos que se cumpla tal finalidad. Al respecto, Soler señala, que debe existir un “...trato anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibido *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario”²⁶. En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos se trata de los casos de “pago posterior al cumplimiento del acto”. Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario público no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aún así acepta o recibe una merced corruptiva,

²⁵ Se presenta en dos casos:

- a) Cuando es ineficaz absolutamente el *medio empleado*: un medio puede ser tanto los “instrumentos” como a la “conducta” del sujeto. Ej. Una persona quiere matar a otra, y creyendo que le pone veneno a la sopa, le pone azúcar. O quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas.
- b) El otro caso, por la impropiedad absoluta del *objeto*: Ej. El autor dispara sobre la víctima, que está durmiendo en la cama, cuando en realidad ésta ya había fallecido. O la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, o tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario.

En conclusión: el art. 17 del Código Penal peruano, no castiga esta clase de tentativa en función a que los actos ejecutivos no crean peligro alguno para el bien jurídico protegido, puesto que siendo inidóneos estos actos, la posibilidad del riesgo queda descartada desde principio.

²⁶ SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 211

la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) o a la estafa (art. 196). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo precisa: art. 393 “...un acto en violación **de sus obligaciones** (...) a consecuencia de haber faltado **a ellas**...”, párrafo primero y segundo. En suma, la infracción a las obligaciones debe producirse a un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo.

- b) Lo más relevante del segundo párrafo del art. 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público *solicita* la oferta corruptora en forma indirecta o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa “pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado” o “pedir una cosa de manera respetuosa”²⁷. En principio, la acción de “solicitar” estaba anteriormente en la fórmula originaria, pero adicionado –con el mismo marco penal- al verbo “aceptar”. Ahora se ubica como una circunstancia agravante –por mayor *disvalor* de la acción- del tipo básico del art. 393 (la pena resulta superior –ahora- al tipo básico, que es no menor de 6 ni mayor de 8 años más inhabilitación). El texto modificado admite –correctamente- que las conductas peticionarias sobornantes que realiza el funcionario público resulta ser más reprochable ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor. Habíamos dicho que los verbos “recibir” y “aceptar” pueden ser realizadas en forma directa o por persona interpuesta. Aquí, en cambio, la solicitud implica una actitud personal por parte de quien lo hace. En esta parte el legislador ha empleado unos términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada su lenguaje (por ejemplo: *solicitar directamente*), pero, al mismo tiempo, utiliza expresiones flexibles como para que se pueda determinar su contenido y esencia en forma plural. Aquí entraría lo que el legislador peruano ha incorporado en el segundo párrafo: “...*solicita, directa o indirectamente*...”²⁸. Esta última expresión puede interpretarse de dos maneras: puede admitirse “terceras personas” –particulares o funcionarios- en la ejecución del ilícito, o puede admitirse “solicitudes incubiertas” pero buscando la finalidad de que el cohechante activo haga la oferta –ofrecer, dar o prometer- corruptora. La primera interpretación resultará innecesaria a la luz del principio de economía legislativa, pues se entiende que, aún existiendo personas ajenas al “pacto venal” pero que colaboran o auxilian en la

²⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tomo 2, Madrid, 1992, Pág. 1899

²⁸ En este punto, se ha seguido en líneas generales, la redacción de la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción. Así, el art. VI, actos de corrupción, se establece: “1) La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a) *El requerimiento* o la aceptación, directa o *indirectamente*, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...”

ejecución típica, estarían abarcadas por las reglas de la autoría y participación criminal.

En cuanto a la segunda interpretación habrá que decir, en principio, que cuando el funcionario público formula la propuesta nos apartamos del cohecho. Sin embargo puede existir la posibilidad de ciertas actividades facilitadoras del funcionario, previa a la formulación concreta de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Estas actividades facilitadoras o solicitudes indirectas para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones es denominada, según la doctrina y jurisprudencia argentina, como “puente de plata”. “Bajo este concepto –según Rimondi– quedarán comprendidas las insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles o encubiertas, silencios y gestos sugerentes que pueda hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular. Es decir que, dentro de la figura del cohecho, quedarán también atrapados los casos en los que, previo a la propuesta del corruptor, el funcionario público tiende un “puente” de unión con éste, dejando de lado formalidades propias de su labor, acortando la distancia entre ambos para facilitar la conducta posterior de su interlocutor”²⁹. Se trataría, entonces, de actos preparatorios de mera expectativa realizados por el funcionario, destinados a que la otra parte inicie la ejecución del cohecho (activo). En ese sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando cómo la haga –directa o indirecta, explícita o implícita-. Entonces la pregunta que surge sería: ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contra-propuesta de ofrecer, dar o prometer?. La respuesta es positiva. Entonces, en el Código penal peruano puede existir cohecho pasivo (propio, impropio, y específico), sin que exista la calificación de cohecho activo. El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido –que podría entenderse una actitud “activa”-, no le quita el calificativo de “pasivo” en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la *recepción* de los objetos materiales corruptores: el funcionario público no podrá (auto) recibir ni (auto) aceptar –por más que lo haya pedido directamente- donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio si no existe *el otro* que lo haga realidad. En suma, se trata de un pedido, solicitud o sugerencia *para dejarse* corromper. Lo que sí la solicitud (pasiva del funcionario) no debe transformarse progresivamente en una

²⁹ Véase, en este sentido: RIMONDI, Jorge Luis; “La doctrina del “puente de plata” en el cohecho”, en: La Ley, Buenos Aires, 1999-B, Pág. 309. Este autor (Pág. 308), sumamente crítico en la doctrina que afirma que en el cohecho la propuesta corruptora debe surgir siempre del particular: “La autoridad pública que detenta el funcionario “*per se*” lo coloca en una situación de prevalencia frente al particular. De tal modo, de surgir del primero la iniciativa de acuerdo, la voluntad del segundo se encontraría viciada por el dominio de la situación del funcionario público”.

“exigencia”, “obligación”, porque de ser así caería bajo uno de los verbos rectores de la concusión y entraríamos a una relación concursal³⁰.

La incorporación típica de la “solicitud” como forma agravada del cohecho pasivo trae consigo una incongruencia sistemática insalvable, porque como se ha dicho, el cohecho y la concusión –siendo ésta por tradición más grave- tienen puntos obviamente diferentes en cuanto al supuesto de hecho, pero ahora, al elevarse la pena del delito de cohecho a petición del funcionario resulta casi idéntica la penalidad en estas figuras (art. 382 no menor de 2 ni mayor de 8 años y el art. 393 –párrafo segundo- no menor de 6 ni mayor de 8 años y el art. 394 –párrafo segundo- no menor de 5 ni mayor a 8 años). Resultaría, entonces, lo mismo –a efectos penológicos- “pedir” que “exigir” por parte del sujeto activo algún tipo de beneficio económico.

- c) Finalmente en el art. 393 –tercer párrafo- del CP, y sin duda lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del “cohecho pasivo propio condicionante o condicionado”. Esto es, que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que puede ser acciones u omisiones, derivada precisamente del cargo o empleo que desempeña a la *entrega o promesa* de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como “me pagas y luego actúo”. Definitivamente, constituye una agravante del cohecho pasivo simple no por la calidad del agente sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Aquí necesariamente el cohechante activo tendrá que realizar materialmente –por la exigencia típica- la entrega o simplemente prometerle algún medio corruptor. Nótese que aquí los medios corruptores resultan ser más restrictivos: sólo donativo o ventaja. Esta figura delictiva nuevamente produce una zona gris entre el cohecho pasivo y la concusión (implícita).

3.3.2. Cohecho pasivo impropio.

³⁰ Así, lo ha entendido la jurisprudencia argentina: “El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones” CNCas. Pen, sala IV, 29-8-2000, “V.C.E s/Recurso de casación”, c 1626, PJN Intranet, extraído: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, 2004-I, Buenos Aires, Pág. 391

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el art. 394³¹ del Código penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Es más, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Este delito requiere definitivamente –como en el anterior- de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestigie la función pública.

Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del art. 394 la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario, entonces vale lo dicho anteriormente. Por otro lado, en el Derecho argentino, el cohecho pasivo del art. 256³² del Código penal no diferencia entre la propiedad e impropiedad de la obligación funcional, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto resulta indiferente. Igualmente la Convención del 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, al definir la corrupción pasiva en el artículo 2 dice que se da cuando “...un funcionario público, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función”.

3.3.3. Cohecho pasivo específico.

³¹ Art. 394: “El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado....

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado....

³² Art. 256.- *Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”.*

Se encuentra tipificada en el art. 395³³ -primer párrafo- del Código penal existiendo una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: Magistrados, Fiscales (éstos comprenden a todas las instancias) Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones confrontacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública. En este contexto, ¿Será más grave el cohecho del Juez que el del Presidente de la República, Ministro o el de un Congresista?. Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del art. 393, por lo de “funcionario público” pero la pena resulta ínfima: en el primer supuesto, es no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (art. 395) que es donde debería estar el cohecho del Presidente, Ministro, etc. –y porque sería mucho más grave- la pena es no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo “genérico” aún el supuesto típico más grave (art. 393 –tercer párrafo) para los “altos funcionarios”.

La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) *solicite* los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el art. 395 CP –primer y segundo párrafo- se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores pueden darse “*bajo cualquier modalidad*”.

Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del artículo 396³⁴ -corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales- con el artículo 395 que venimos comentando en razón de que ambos responden a una misma finalidad política criminal: “cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia”. En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor *disvalor* del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y de otro lado, un menor *disvalor* del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y

³³ Art. 395. “El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia....

El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directamente o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento....

³⁴ Art. 396. - “Si en el caso del artículo 395º, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a las anteriores....

proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas “ocultas”, en contra de su función pública. En este sentido, en el Derecho argentino también se contempla el cohecho pasivo específico agravado por la calidad del agente receptor en el art. 257 del Código penal³⁵.

3.3.4. Cohecho activo genérico y específico.

Mediante el cohecho activo se intenta disuadir a los particulares y también a los funcionarios públicos de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública. El delito de cohecho activo genérico (propio y el impropio) y específico se encuentran tipificados, reformulados ahora, en el art. 397 y 398 del Código penal peruano respectivamente. En el art. 397, párrafo primero y segundo, cualquier persona –se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado (“*El que...*”) que esté interesada en obtener algo del funcionario relacionado con el ejercicio de sus funciones, y para lograrlo trata de persuadirlo corrompiéndolo mediante los siempre aludidos factores corruptores: promesas o ventajas de cualquier índole.

En el art. 398 del Código penal peruano (cohecho activo específico) los medios corruptores empleados por el cohechante activo tienen una doble especificidad: por un lado, está dirigida a determinados sujetos que administran justicia en un sentido amplio, y por otro, está dirigida a influenciar en la decisión de dichos sujetos en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Antes en el tipo penal se decía –con mala técnica- con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo.

La exigencia típica del art. 397 y 398, según la cual, para la configuración de estos delitos, se precisa que el cohechante activo *ofrezca, de o prometa*. La acción de “dar” es entregar algo, y el verbo “prometer” resulta ser lo mismo que “ofrecer”. Ahora, las acciones pueden llevarse a cabo personalmente por el agente activo (particular o por otro funcionario o servidor público) o a través de un intermediario –persona interpuesta- del agente activo. En el texto argentino se precisa en el art. 258 y 258 bis los verbos *dar u ofrecer y, ofrecer” u “otorgar* respectivamente. Aunque habría que precisar que el art. 398 –tercer párrafo- del Código penal peruano excluye el verbo prometer y en su lugar ubica la expresión *corromper* que es una fórmula mucho más abarcativa que las anteriores y ubica un momento temporal de estrechez del pacto venal entre el abogado y funcionario público. Esta fórmula estaba en el texto original (art. 399 primer y segundo párrafo: “*El que trata de corromper...*”). En todo caso, el verbo corromper cumpliría mejor la función apelativa o comunicativa respecto a la ciudadanía, conciliando el lenguaje legal con el cotidiano y popular, y, sobre todo, evitaría posibles equívocos al intérprete y aplicador de la ley penal. En suma, resulta conveniente y útil la incorporación del abogado como sujeto

³⁵ Art. 257 *Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”*

activo no sólo en su función individual –como estaba en la versión original– sino el abogado que forma parte de un estudio de abogados.

Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman instantáneamente al producirse la oferta para corromper. Basta para consumir el sólo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance aunque no en la mano del funcionario el regalo de algún bien (o dinero, o crédito, o comercio sexual, etc.), no siendo necesario la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo. Alcanza con tentar al funcionario o tomar algo, siendo indiferente la aptitud que éste asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si se rechaza el ofrecimiento³⁶. Todas las modalidades de acción requieren de la realización de una actividad (la emisión de una declaración de voluntad o la recepción de una dádiva, física o jurídicamente), pero no de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del sujeto activo tiene que ser al menos conocida por el funcionario. Si el funcionario o servidor público aceptó la proposición corruptora, su comportamiento se tipificará como cohecho pasivo.

En líneas generales el cohecho pasivo –propio e impropio– presupone un cohecho activo, pues el funcionario o servidor público no puede cometer por sí mismo el cohecho pasivo si el cohechante activo no ha dado, ofrecido o prometido el donativo, promesa, ventaja u otro beneficio para que realice u omita actos en violación o dentro de sus obligaciones funcionales. Por el contrario, puede existir la tipificación del cohecho activo (genérico y específico) sin que concurra un cohecho pasivo (por ejemplo, el funcionario no acepta la oferta corruptora). No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos penales independientes y no como forma de participación criminal. Ahora bien, quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculpable –por error *juris*– sin que ello obste a la comisión del delito por parte del funcionario público, en cuanto éste reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura delictiva. Sin embargo, un caso especial – como hemos visto– es el segundo párrafo del art. 393, y segundo párrafo del art. 394 con las indicaciones que se han anotado.

En cuanto a la subjetividad del delito de cohecho (pasivo y activo) habrá que tener en cuenta lo siguiente. En el delito de cohecho pasivo se destaca, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo que se vale el legislador para direccionar la conducta típica. Así, el art. 393, párrafo primero y segundo: “...**para** realizar u omitir...”; art. 394, párrafo primero y segundo: “...**para** realizar u omitir...”. Asimismo, en el cohecho activo se precisa: art. 397 párrafo primero y segundo: “...**para** que realice u omita...”; art. 398 párrafo primero: “...**con el objeto** de influir...”. En estos casos hablamos de elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto que la doctrina lo ha dividido en delitos de intención y delitos de tendencia. En

³⁶ CNCas. Pen, sala III, 11-8-99-“MP y otro s/Recurso de casación”, c. 1833, PJN Intranet (extraído de DONNA (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2004-I, Pág. 408.

todos estos delitos nos encontramos en la primera modalidad³⁷, siendo –en consecuencia– un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo. Además que debe considerarse los supuestos de *error* como elemento cancelatorio de la tipicidad subjetiva³⁸³⁹. Por otro lado, uno de los aspectos de la reforma (que sería no-reforma) es la conservación subjetiva en el art. 395 pues disipa cualquier género de dudas, precisando el ámbito interno del agente otorgándole a éste un carácter de dolo directo, pues la recepción de los medios corruptores tiene que ser “...**a sabiendas** que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia”.

3.4. El delito de cohecho como forma de “encuentro” en los tipos pluripersonales.

La doctrina ha clasificado en cuanto a los sujetos activos se refieren en: tipos unipersonales y tipos pluripersonales. En los primeros creo que no habrá mayores problemas ya que constituyen la mayoría de los tipos de la Parte Especial, es decir, aquellos que para la consumación se necesita de la intervención de un solo sujeto activo que lleva adelante la conducta típica. En cambio los segundos –tipos pluripersonales– sí merecen especial consideración. Sus características generales son: a) varias conductas que componen el tipo penal; b) la estructura típica necesita de la intervención de dos o más personas; c) que dichas conductas formen parte del total del acontecer lesivo descrito en el tipo penal; d) que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido (único delito); e) el reproche tendrá que ser personal, de manera que no tienen por qué correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se le suele llamar “participación necesaria” o simplemente “codelincuencia”. La expresión participación necesaria no es del todo exacta, porque puede tratarse en el caso concreto de una coautoría y porque la cooperación en cualquiera de sus formas con otra persona no precisa haber alcanzado el grado de participación criminal⁴⁰. También no faltan autores que

³⁷ Cuando se alude “con el *fin*” es igual cuando se alude “*para* obtener provecho” en el delito de hurto y robo por ejemplo. En el delito de asociación ilícita también se prescribe “destinada a cometer delitos”. En otros delitos, en cambio, los elementos subjetivos ayudan a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros delitos, como por ejemplo, en el delito de contra el pudor de menores (art. 176-A CP) “El que sin propósito de tener acceso carnal...”

³⁸ Véase, en este sentido: Jfed. N 1 de Mendoza, sala B, 11-12-85 “F.c./GG.C y ot. P/Av Inf. Art. 259 del Cód. Pen –Compulsa de autos 40.107” LD textos- (extraído de DONNA, Edgardo Alberto; Revista de Derecho Penal, 2004-I, Pág. 410) “En el caso en examen, los procesados recibieron voluntaria y conscientemente no una dádiva, sino un regalo navideño, por cortesía, y en atención a las fiestas en que es práctica realizar estos regalos. No está acreditado, al menos sin duda alguna, el elemento subjetivo: dolo directo. El error ha alterado en el agente la significación jurídica presupuesta por la figura delictiva. Ricardo Levene, en Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p. 541 dice “Es aquí necesario distinguir la dádiva de las simples atenciones que, aunque sean realizadas en consideración a su oficio, han sido impuestos por la costumbre y por ello no revisten antijuricidad”

piensan que existen tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son impunes, junto a otros cuya intervención también es necesaria, pero que pueden ser tanto autores como víctimas (Vg. art. 97 Código penal argentino). Por otro lado, la expresión codelincuencia tampoco resulta conveniente ya que tiende más a comprender una terminología de la escuela positivista desprovista del verdadero alcance que debe tener.

A mi entender, la mejor expresión es la de tipos *pluripersonales* y a su vez éstas pueden ser de dos maneras: delitos de “convergencia” y delitos de “encuentro”. En los primeros, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por Ej. las asociaciones ilícitas. En los delitos de convergencia en virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos, coautores, según el grado de su intervención. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal.

Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existe cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el “encuentro” produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo *colabore* con el sujeto activo para llevar adelante las exigencias típicas, por Ej. el delito de cohecho pasivo⁴¹, porque para que exista como tal tiene que haber un cohechante activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro delito sería el de bigamia, entre otros.

En el Derecho alemán, los delitos de encuentro se refieren a los supuestos del favorecimiento de acciones sexuales de menores (parágrafo 180 del Código penal), donde la ley únicamente señala pena, en preceptos particulares para determinados intervinientes, mientras que deja a los demás impunes. En tales casos lo problemático en sí de la esencia de la participación o del sentido del correspondiente precepto penal se deduce que el interviniente necesario tampoco pueda ser castigado por inducción o por complicidad aunque desborde el papel que le atribuye el tipo de que se trate. En esta línea de pensamiento, Jakobs comentando los pormenores de los delitos de encuentro, distingue varias modalidades: por un lado, en algunos delitos sólo la interacción de varias personas

⁴¹ En contra, para el Derecho argentino: DONNA, tomo III, 2000, Pág. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJE ANAYA / GAVIER, tomo III, 1996, Pág. 144, indican que la recepción o la aceptación de la promesa por parte del funcionario, es *subjetivamente convergente* con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 207. NÚÑEZ, tomo V, II, 1992, Pág. 98.

de distinta trascendencia social hace posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en posición de inferioridad. Por otro lado, distingue en la medida en que los partícipes son del mismo rango, en la cual habrá que distinguir de nuevo varias modalidades: cuando se trata de la prohibición de lesionar a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado; determinadas personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo no excluye la responsabilidad por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune; entre otros⁴².

La jurisprudencia alemana propugna la punibilidad del interviniente necesario, cuando el mismo induce al hecho a la otra parte o le ayude en una “forma que sobrepase su papel”⁴³. Es decir, según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune la conducta; b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. En España, Mir Puig se aparta de este planteamiento y sostiene que si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*⁴⁴.

4. La corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada.

4.1. Algunas notas con relación a la criminalidad organizada.

Hemos visto las dificultades que plantean la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal “colaboración” para la respectiva consumación. Ahora nos enfrentamos con el siguiente inconveniente: cuando todas esas intervenciones se realizan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, donde el poder decisorio recae en su cúpula, que tiene además una multitud de medios y sujetos dispuestos para llevar a cabo sus fines no necesariamente lícitos, sino que lindan con lo delictivo, cumpliendo simplemente las ordenes dictadas desde arriba.

Sabido es que la distinción entre autoría y participación se complica gravemente cuando el delito es cometido ya no por varias personas cada uno con distinto grado de intervención en su realización delictiva, sino que esas mismas personas son integrantes de grupos u organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la realización de acciones delictivas. En consecuencia la palabra “organización” resulta esencial en toda definición del llamado crimen organizado⁴⁵. Empero, organización no significa necesariamente cierta ordenación

⁴² JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997, Pág. 840 y ss.

⁴³ JESCHECK, Volumen 2, 1981, Pág. 969

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 208 (las cursivas son del texto original).

⁴⁵ Es innegable el parentesco que existe entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo con el crimen organizado. Este parentesco ya estaba en el pensamiento de su

jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencia interna en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que existe, más o menos, un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que se elija a uno de ellos como su jefe o cerebro de grupo, seguramente por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema del “jefe de la banda” y su responsabilidad jurídico-penal en hechos ilícitos que cometan sus subordinados. Debe quedar fuera de la concepción de “criminalidad organizada” el concepto de “banda” que sería un grado menos en la organización.

Las Conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada, entre ellos figura el soborno y cohecho de funcionarios público, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos y soborno y cohecho de representante elegidos⁴⁶. Existe, entonces, una criminalidad organizada para realizar delitos de cohecho, o mejor, asociaciones ilícitas para el soborno. En este sentido, en el contexto peruano la mencionada Ley 28355 también modificada la redacción del delito de asociación ilícita (art. 317 del Código penal) sancionando ahora al que “...*forma parte de una organización...*”, cuando antes sólo se mencionaba el hecho de “...*ser miembro de la agrupación*”.

Siguiendo en el Derecho peruano, cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada en el ámbito funcional, pues la aplicación de algunas de las “Leyes anticorrupción” tienen como presupuesto la existencia, precisamente de una criminalidad organizada que se gestan “desde el Estado”, por parte de sus integrantes (sobre todo la legislación anticorrupción apunta aquellos funcionarios públicos que tienen la prerrogativa de acusación constitucional). En tal orden de ideas, por ejemplo, la Ley 27378 lleva como título “*Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la **criminalidad organizada***”. Asimismo, el art. 1 de la referida Ley tiene su ámbito de aplicación en la medida que sean: “1) *Perpetrados por una pluralidad de personas o por **organizaciones criminales**, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o **hayan intervenido funcionarios o servidores públicos** o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos*”. En otro contexto, la Ley 27379 establece que las medidas limitativas previstas en la Ley podrán dictarse, entre otros casos: (art. 1 numeral 1) a delitos perpetrados “...*por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o **hayan intervenido funcionarios o servidores públicos...***”. Reitera la misma Ley (art. 1 numeral 2) que “...*siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una **organización criminalidad***”.

fundador, Edwin SUTHERLAND, quien había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado (Así, VIRGOLINI, 2004, Pág. 187).

⁴⁶ En este sentido: BAIGÚN, David; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, 2000, Pág. 12

4.2. Las vías de imputación individual utilizables para imputar comportamientos en el marco de la criminalidad organizada.

Como es sabido, Argentina y Perú se adscriben en el sistema de imputación penal exclusivamente individualista propias de las concepciones dogmáticas del injusto personal, y esto, obviamente imposibilita la imputación como la respectiva aplicación de la pena directamente a “organizaciones criminales”. Sin embargo, habrá que tener en cuenta lo siguiente: el conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a modificaciones legislativas, la dogmática, que es el punto de partida y el límite máximo de interpretación intentará todo tipo de soluciones en el marco de su propia ley. Sólo así se comprobará con rigor que si no hay otra solución, con frecuencia se preferirá la reforma legislativa. Pero no pretendo ésta última solución, por que la dogmática jurídico-penal y el Derecho positivo contemplan algunas posibilidades de imputaciones individual. Una de las opciones se encuentra tipificada como infracción penal, que es la asociación ilícita, pero también enfrentaría con la siguiente dificultad: que las vías de imputación individual –ya sea desde la Parte General o Parte Especial- ponen el acento en aquel sujeto –o sujetos- que está situado jerárquicamente por encima de todo el personal por tener el control máximo de la organización. El problema se presenta porque no será el único miembro –por la pluralidad de personas que existen al interior de una organización o asociación criminal- que responderá penalmente por los delitos cometidos.

En suma, las vías de imputación individual utilizables en la criminalidad organizada son:

- a) En el ámbito de la autoría delictiva (dolosa) se ha pretendido el uso de las fórmulas de la *coautoría*⁴⁷, por la concurrencia de varias personas en forma inmediata y mediata, para situaciones de responsabilidad de las decisiones al interior de un grupo. Muñoz Conde dice que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están

⁴⁷ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, Pág. 611. JAKOBS, 1997, Pág. 784: “Solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación de una unidad que abarque diversas aportaciones ejecutivas”. RIGHI, Esteban / FERNÁNDEZ, Alberto; *Derecho Penal, La ley, El delito, El proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996, Pág. 303.

Como es sabido, la coautoría se rige por el principio de imputación recíproca, y sus requisitos son: decisión común (aporte subjetivo del hecho) que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas, es otras palabras, el acuerdo de voluntades. Luego tenemos la realización común (aporte objetivo del hecho) que se fundamenta en el principio de trabajo, que a su vez fundamenta en dos aspectos: a) plan común, y b) contribución objetiva a la realización del hecho. Además, cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás formándose un todo unitario, realizando en la etapa de los actos de ejecución. Así, el art. 23° del CP peruano estatuye: “*los que tomaran parte en la ejecución...*”.

presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría – agrega el autor- es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución. “Solo así pueden calificarse también como autores de un delito, por ejemplo, no sólo al jefe y dirigentes de la banda que asuman funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con o que son parte integrantes fundamental de la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte”⁴⁸. A mi entender, no veo que esta alternativa de imputación sea la más adecuada, porque según la propia definición de la coautoría funcional, los que dan las órdenes y el ejecutor directo ni siquiera se conocen y en modo alguno se hallan entrelazados sus comportamientos. La orden sólo tiene una única finalidad: desencadenar la acción típica.

Por otro lado, en estructuras verticales se recurre, generalmente a la calificación jurídica de la *autoría mediata* del superior jerárquico⁴⁹. Efectivamente, la doctrina penal ha ventilado determinados supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de un “hombre de arriba” ubicado en un aparato organizado de poder⁵⁰. Esta

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”, en: DONNA (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2001-2, Buenos Aires, Pág. 761 y 762.

⁴⁹ ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-Barcelona, 1998, Pág. 257 y ss. El mismo: “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, traducción de Carlos Elbert, en: Doctrina Penal, 1985, Buenos Aires, Pág. 402. MAURACH, Reinhrt/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz; *Derecho Penal. Parte General*, 2, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, Pág. 355. STRATENWERTH, 1999, Pág. 242. HIRSCH, Hans Joachim; “Acerca de los límites de la autoría mediata”, traducción de Esteban Sola Reche y Michele Klein, en: Derecho Penal, Obras Completas, tomo I, Buenos Aires, Pág. 210 Este autor se muestra cauteloso y afirma que puede admitirse la autoría mediata en estos supuestos cuando “...el autor inmediato no puede, en virtud de la orden dictada, formar una decisión psíquicamente libre sobre su acción (...) si éstos no concurren, el autor inmediato es quien domina la realización de la acción y no quien le manda. Cuestión aparte –agrega el autor- es la de en qué medida podría ser apreciado un supuesto de coautoría”. AMBOS, Kai/ GRAMMER, Christoph; “La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Una cuestión de dominio de hecho por organización”, traducción de Eugenio Sarrabay, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N 16, Buenos Aires, 2003, Pág. 168. SANCINETTI, Marcelo; *Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, Pág. 713. El mismo: *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988, Pág. 29. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, Pág. 510. RUSCONI, Maximiliano A., en: Baigún /Zaffaroni/Terragni, *Código Penal y normas complementarias*, 2, Buenos Aires, 2002, Pág. 163. En forma implícita: ABOSO, Gustavo E.; “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán (Busdesgerichtshof)” en: La Ley, 1999-B, Buenos Aires, Pág. 563.

⁵⁰ En este sentido: AMBOS, Kai; “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en: Themis, N°37, Lima, 1998, Pág.188 afirma que “Las empresas no son criminales *per se*, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en

forma de autoría mediata ya no responde sobre situaciones donde el “hombre de adelante” actúa sobre la base de engaño o coacción, que en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable (autor directo), sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización.

Los órganos decisores dentro de una organización criminal son los denominados “autores de escritorio” o “autores de despacho” que en sí mismo no colaboran en la ejecución (o durante la ejecución) del hecho punible, pero tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho”⁵¹. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal⁵². En la cadena de mandos de esta forma operativa supone que la responsabilidad se hace mayor cuando se acerca gradualmente a la fuente de poder, e inversamente menor cuando se aproxima al ejecutor material del hecho.

También es posible encontrar la doctrina de autoría mediata en aparatos organizados de poder en la práctica judicial⁵³. El máximo exponente de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder lo es Claus Roxin, quien esbozó una revolucionaria tesis en este campo, como consecuencia del gobierno nacional socialista alemán en el

un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado”. Prosigue el autor que “Si la situación es diversa, es decir, si las “actitudes criminales” son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia”, y por tanto en el grupo de casos aquí analizados. (Pág.189).

⁵¹ Véase, en este sentido, STRATENWERTH, 1999, Pág. 315.

⁵² Así, STRATENWERTH, 1999, Pág. 242 indica que el “...aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delinquentes se puede dar un dominio comparable en la organización”.

⁵³ En Argentina, cobró importancia, para los juzgamientos de los militares de las Juntas Militares que gobernaron dicho país entre los años 1976 y 1983, Kai Ambos cita la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, que advierte lo siguiente: “Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque **controlaban la organización** que los produjo (...). En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El **dominio** de quienes controlan el **sistema** sobre la consumación de los hechos que han ordenado es **total**, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería **automáticamente reemplazado** por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria (...). El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un **papel secundario** en la producción del hecho. **Quien domina el sistema domina** la anónima voluntad de **todos los hombres** que la integran” (citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2002, Pág. 145-146).

Asimismo, existe la siguiente ejecutoria: “*Es posible considerar como autor de un delito a quien, si bien no ha ejecutado directamente la figura típica correspondiente, ha mantenido total o parcialmente el dominio final de los acontecimientos mediante la utilización de una estructura organizada de poder, no siendo imprescindible que se halle en la cúspide de la estructura de poder, bastando a la realización de su parte de conducta, aun en una relación de subordinación- que tienda a mantener en funcionamiento la mencionada organización*”, Extraída de: DONNA/ DE LA FUENTE/ MAIZA/ PIÑA; *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 2003, Pág. 456

período de 1943 a 1945. La tesis apuntaba a raíz del “Caso Eichmann” en el año de 1963. Adolf Eichmann, era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros⁵⁴. Eichmann no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones “intermedios” de los mandos decisorios de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del “burócrata” o “autor de despacho” que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato. Lo característico de la autoría mediata, para esta hipótesis, es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión. Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado “dominio de la voluntad”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”.

- b) En el terreno de la participación criminal se ha admitido la figura de la *inducción*⁵⁵ del superior jerárquico sobre sus dependientes, porque entienden que éstos últimos –que son ejecutores directos– en la mayoría de situaciones tienen o mantienen una cuota de responsabilidad de dominio autónomo de los sucesos, porque poseen, entre otras cosas, el sistema de información. En línea se ubica, Donna, quien sostiene lo siguiente: “Pues bien, esta persona situada detrás de un autor libre tiene a nuestro juicio nombre y apellido, esto es, un inductor. Decirle a este sujeto autor es ampliar desmedida y peligrosamente el campo de la autoría, en desmedro

⁵⁴ El fundamento del dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann, también puede encontrarse en su defensa realizada por su abogado: “el defensor de Eichmann señalaba a su favor que de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...” (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., Pág. 271).

Pero también se le aplicó, en Alemania, para los casos del “Consejo Nacional de Defensa”. Se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonales. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

⁵⁵ Según el art. 24° del CP peruano, es instigador “...quien determina a otro a cometer el hecho”. Por lo tanto se necesita dos elementos: a) Objetivamente la causación imputable, mediante un influjo psíquico suficiente intensidad en otro, con relación a los medios puede ser mediante consejos, una solicitud, una provocación, etc. b) Subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. Aquí, se discute los casos del “agente provocador” que es aquel instigador que sólo quiere que el hecho principal sólo llegue al grado de tentativa. Es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría. No puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto. El instigador responde en la medida que el hecho principal concuerde con su dolo. El hecho al que se instiga debe ser consumado o, cuando menos, constituir una tentativa. La instigación puede cometerse en la modalidad de co-instigación y la instigación accesoria. Tienen la misma penalidad el autor e instigador.

de conceptos que están firmes y legalmente reconocidos”⁵⁶. El mismo autor anota que “...no es posible aceptar la teoría del autor detrás del autor o que pueda existir un autor detrás de un autor que decidió libremente su acción”⁵⁷. Asimismo, autores como Herzberg y Köhler, entienden que en los casos de dominio organizativo los delitos cometidos por los ejecutores deben imputarse a los que se encuentren en las altas esferas del poder a título de inducción. La crítica incide en que el concepto de inducción, exige muchas veces una relación directa entre inductor e inducido que no se da en este tipo de situaciones, pues es evidente que quien da la orden es quien en última instancia, domina el suceso delictivo. También Malamud Goti sostiene que como “...sucedáneo de la autoría mediata puede construirse la responsabilidad de los funcionarios superiores como instigadores. Pero este procedimiento exige, una vez más, la existencia de dolo de los agentes, conforme al principio de accesoriedad”⁵⁸. Siguiendo con los partícipes, también se ha acudido a la fórmula de la *complicidad*⁵⁹ especialmente la

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto; *Autoría y participación criminal*, Buenos Aires, 2002, Pág. 80

⁵⁷ DONNA, 2002, Pág. 79

⁵⁸ MALAMUD GOTI, Jaime; *Política criminal de la empresa. Cuestiones / Alternativas*, Buenos Aires, 1983, Pág. 39

⁵⁹ La complicidad criminal tiene dos clases: **la complicidad primaria y secundaria**. En la primera pasa centralmente por delimitar dos cuestiones: a) Cuándo se está frente a una complicidad primaria y cuándo a una coautoría. b) Cuándo se dice que la “colaboración” o “auxilio” es causal para la realización del hecho principal, o simplemente no es necesario. En la primera cuestión, el art. 25 del CP peruano describe “...sin el cual no se hubiere perpetrado”, lo que está describiendo es que la conducta del cómplice primario, en cuanto a su aporte, tiene que evaluarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según ésta teoría, es causa de un resultado penalmente relevante (*conditio sine qua non*) toda condición que no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Para algunos autores, basta con que la conducta esté dirigida a favorecer o facilitar el hecho principal, que tenga una mínima conexión con la ejecución de éste. Para otros, por el contrario, se requerirá además una eficacia causal concreta de esa conducta en el resultado. LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen; *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, Pág. 223 acota que la “Sola la aplicación de los criterios de imputación objetiva a la participación permite extender a este ámbito las garantías que se derivan de la aceptación de la norma penal como norma de motivación, dirigida a la prevención a través de la prohibición de conductas peligrosas”. La conducta del cómplice, en términos de imputación objetiva, no puede ser catalogada objetivamente como peligrosa *ex ante*, por que, como es sabido, para decidir la peligrosidad de la conducta se le suele recurrir al juicio de adecuación. Se olvidan que si bien la causalidad es un requisito indispensable para ésta temática, no es el único el requisito objetivo para imputar un resultado. Se tiene que plantearse la diferencia entre el ámbito ontológico y el normativo de la relación causal. En la complicidad primaria, el auxilio o colaboración del sujeto tiene que desarrollarse (siguiendo para ello a la accesoriedad cuantitativa, la secuencia del *iter criminis* externo), en la fase de los actos preparatorios, por que si se realiza en la etapa de ejecución, los aportes del cómplice se confundirían con los aportes de los coautores, claro uno “ayuda” y cambio, el otro “ejecuta”, pero en ambos casos será esencial, y en la práctica será difícil separarlos. MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 406 y 407 sostiene que la cooperación necesaria del art. 28, b CP español debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP español. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto. En cambio, no existe ninguna dificultad para que la “complicidad” del art. 29 CP, pueda prestarse tanto mediante anteriores (preparatorios) como simultáneos...”

primaria (cooperación necesaria), de los directivos o jefes en los hechos delictivos cometidos por los subordinados.

6. A modo de conclusión.

El sistema de tipificación en el delito de cohecho llevado a cabo tanto en Argentina como en el Perú está pensado en modelos que ya no responden a tiempos actuales, esto es, que los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente catalogados como honestos, que nunca podría dudarse de su honestidad, y que los particulares eran los verdaderos corruptos dentro de la administración pública y quienes, en definitiva, impulsaban al acometimiento ilícito de la “coima”. Así, el empeño de algún sector doctrinal de seguir sosteniendo como regla general que en el cohecho como acuerdo vanal, debe necesariamente surgir de la iniciativa del particular corruptor, parece – actualmente- colapsar. Por tal motivo, el esquema de análisis del cohecho en los textos penales responden a una dualidad de *nomen juris* desfasada: “activamente” al particular (quien lleva adelante la conducta corruptora) y “pasivamente” al funcionario o servidor público (que es quien se deja corromper). Pero esta realidad ha cambiado, y ahora en muchas ocasiones, es el mismo funcionario público quien toma la iniciativa y solicita directamente algún medio corruptor previsto por la ley.

La criminalidad organizada es todavía una grave asignatura que casi todos los Estados aún tienen pendientes, que debe ser resuelto a través de un género cuadro de medidas para hacer frente a dicho fenómeno social y criminológico. La criminalidad organizada es en el fondo un concepto criminológico, que abarcaría desde las manifestaciones mafiosas tradicionales a modernas formas de criminalidad características de la sociedad de riesgos: la criminalidad medioambiental, la economía financiera, o incluso el fenómeno de la corrupción. En tal virtud, en la criminalidad organizada pueden cometerse hechos punibles que tengan como objetivo afectar intereses de la administración pública. En consecuencia, actualmente los actos de corrupción no se producen, generalmente, en virtud de partes individuales, sino en virtud de “partes organizacionales” (empresas y organismos públicos), donde lo “activo” y “pasivo” de la realización típica del cohecho responden a intereses de grupos. En todo caso, habría que hacer la distinción entre un “acto” o un “caso” de corrupción que en líneas generales resulta compatible con la redacción del modelo penal de definir actos individuales, con la de “sistemas” de corrupción.

En la complicidad secundaria, se entiende que en la complicidad secundaria, el aporte puede hacerse en la fase de los actos preparatorios, como en los actos ejecutivos, ya que su aporte no es esencial para efectos del plan total de cara a realizar el tipo penal. Así, por ejemplo, en la segunda parte el artículo 25 del CP peruano establece que la complicidad secundaria: “*de cualquier otro modo*”. Esto se corrobora por Ej. en el CP español, (art. 29) que estatuye: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

Hay una diferencia social y política fundamental entre los delitos vinculados con la corrupción y la comisión de algunos delitos convencionales, como el homicidio. En este caso, salvo situaciones excepcionales, no es habitual que los habitantes de una sociedad maten a otros. El Estado previene esa violencia y finalmente las agencias de control formal se ocupan de detectar y en su oportunidad de sancionarlos. En el fenómeno de la corrupción el punto de vista gira en torno diferente, por que las conductas que tienen como objetivo sobornar (a funcionario público) tienen como característica la habitualidad y son, muchas veces, tolerados socialmente que otros delitos.

La autoría y la participación en el seno de organizaciones (como en el caso Eichmann) sin lugar a dudas, trae a colación la figura de “autores de detrás del autor” (autor mediato con ejecutor directo doloso, o mejor dicho: “arriba del autor”). En otras palabras, uno de los problemas que debe enfrentar la autoría mediata en estructuras jerárquicas, es cuando el instrumento humano –el subordinado- obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal. Esto nos lleva a la temática, aún no resuelta en la doctrina con claridad, del denominado “instrumento doloso” (*doloses werkzend*)⁶⁰. Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata⁶¹. Pues el recurso de la autoría mediata acabaría sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva.

Lo que sí es claro, es que en la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitirse una coautoría, ya que no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto (coautoría entre autores mediatos). Ahora bien, cada

⁶⁰ En el instrumento doloso se distinguen dos situaciones:

- a) Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo pero sin la especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal (“*instrumento doloso sin intención*”). Son razones subjetivas que lo impiden. Para suplir esto, se propuso considerar autor mediato al instigador y cómplice al ejecutor inmediato.
- b) Si el ejecutor directo, actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la cualidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo (“*instrumento doloso no cualificado*”). Son razones objetivas. A su vez cabe distinguir dos casos: posible autoría mediata del sujeto no cualificado (*extraneus*), que se sirve de un cualificado (*intraeus*) para realizar un delito especial y posible autoría mediata del *intraeus* que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir, quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediato. En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad del extraño no cabe acudir ni a la inducción ni a la complicidad, por la que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediato o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acá impera el principio inverso del caso anterior, quien puede cometer un delito por sí mismo, puede realizarlo a cabo también mediante un instrumento. Queda exceptuado los delitos de propia mano.

⁶¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; “*El autor mediato en Derecho penal español*”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, Pág. 467

actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de consejo, quien proporciona medios de existencia será considerado cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, porque él, puede influir en la decisión de otro a cometer delitos⁶². El dominio de la organización necesita, en definitiva, una mejor fundamentación (¿se trata de una fungibilidad “abstracta posterior” en vez de “concreta”?), que entienda normativamente el principio de la responsabilidad. No debe olvidarse, además, que en el autor mediato –no en el instrumento- también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual.

⁶² ROXIN; “*Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*”, cit. Pág. 407