

OBSERVACIONES CRÍTICAS A LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y A LAS VÍAS DE IMPUTACIÓN EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA*

James Reátegui Sánchez

« Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrará 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»,

Elías NEUMANN, *“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.

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón a 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. Aunque no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes “corruptos”, en el mismo sentido también puede 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 decidor.¹

Desde una perspectiva semántica el término corrupción que proviene del latino *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 la que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

Lord Acton decía que el “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 alcanzado a todos los países del orbe, aunque en sociedades menos desarrolladas, sus efectos 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. 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

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

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

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

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.

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 tareas de los funcionarios y servidores que 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 efectos³. 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 dedito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común."⁴

Existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico. Este problema puede plantearse por la inversa, preguntando si todo lo demás sería igual si ella no existiera. La pregunta no es arbitraria. 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 de mercado, el narcotráfico, etc⁵.

2. La corrupción en la Administración pública.

A la corrupción la podemos definir como la desviación por parte de la Administración del funcionamiento de la justificación política de los poderes del Estado, que no es otro que el "interés público"⁶. Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales 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

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

4 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.

5 SIMONETTI, José María; "Notas sobre la corrupción", en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 177

6 DEMETRIO CRESPO, Eduardo; "Corrupción y delitos contra la administración Pública", en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, Pág. 67

familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)⁷.

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).⁸ Hablando en un sentido jurídico-penal, el delito de corrupción, al que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita* o *soborno*, y los italianos *baratería*, 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 importancia⁹.

Por otro lado, hechos sociales como puede evidenciarse en el Perú a través de los medios de comunicación como el “Caso Montesinos” de aquel 14 de septiembre del 2000, a través de las pantallas de Canal N en que se propalo el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es ya historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú ha 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. (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. 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 los conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, debe 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.

Sin embargo esta situación, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o “terrorismo especial”, tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del

7 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

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

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

Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia: ¿cómo responder o solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base, en cambio la eficacia del Derecho penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales?. A todo esto me pregunto: ¿El Derecho penal puede solucionar el cáncer de la corrupción, penetrar en conductas que responden a valores subjetivos de las personas, con ansias de poder y un exacerbado condicionamiento al lucro?. ¿Será a caso que al legislador penal no le queda otra alternativa que recurrir a factores externos de coercibilidad intimidatoria "*in extremis*", que ha sido una de las características del Derecho penal en general para apaciguar las conductas antisociales, como también a factores de eficacia jurídico-procesal para reducir plazos y la creación de medidas de aseguramiento personal?. ¿Los convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú es firmante 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 aquella establece?.

3. La configuración típica de la figura del cohecho.

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 a los delitos cometidos por funcionarios públicos; la tercera a los delitos contra la Administración de Justicia. La cuarta y última está contenida las disposiciones comunes referidas al alcance y al concepto jurídico de los funcionarios y servidores públicos aplicable a todo el capítulo XVIII. Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmerso dentro de un catálogo mucho mas 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. De manera 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 de un marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Ahora bien, desde este punto de vista se requiere que el funcionario público actúe dentro de los límites que racionalmente le aconsejen sus toma de decisiones, de manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento en donde se vulnera el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que esta genera para alguna de la 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 influencia a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

La interrogante sería: ¿cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos teniendo en consideración que ésta responde a una realidad criminógena peculiar y diferente a los delitos contra la Administración pública?. ¿Es verdaderamente el principio de imparcialidad lo que al final de cuentas le interesa al legislador? Una primera aproximación al tema sería encontrarlo, por ejemplo, en el art. 19 de la Constitución Nacional Argentina que consagra el universal principio de legalidad, más concretamente de reserva, que entre otras cosas resalta la libertad de la conciencia individual, pero también exige claramente que "*...las acciones privadas de los hombres que de ningún modo afecten al orden y a la moral pública...*", es decir se exige el respeto por los derechos de la colectividad que se denominan en forma genérica de orden público, pero que además habrá que tener en consideración la moral pública¹⁰.

10 En los mismo términos: FIORINI, Bartolomé A.; "La moral republicana", en La Ley, 139, Buenos Aires, 1970, Pág. 512. Este mismo autor define a la moral pública como "... la acción responsable de todos los individuos en defensa de nuestras instituciones básicas como también de las cosas públicas". (Pág. 513).

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 otro¹¹. Concretamente en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho penal se puede encontrar tres estadios de gradiente: primero el agasajo, el 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, las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje lo que se le pide¹². Por otro lado, José Peco sostenía que en “...el autentico 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”¹³.

Este delito castiga fundamentalmente la venalidad del funcionario público, buscando proteger el normal funcionamiento de la administración¹⁴. En resumen, el núcleo fundamental de este delito reside en la obtención del “acuerdo injusto”, momento en el que se conculca el principio

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

12 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

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

14 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; Delitos contra la administración pública, 1995, Lima, Pág. 196. FONTAN BALESTRA, Carlos; Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, T VII, 1993, Buenos Aires, 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”. DONNA, Edgardo Alberto; Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III, Santa Fe, 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”. 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.

de imparcialidad. Este era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero recibido con el juez corrupto. El delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados “de guante blanco”¹⁵.

Los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobiernan 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 extorsiva¹⁶. Esto hace que se interprete correctamente como figuras autónomas el “cohecho” y “concusión”, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico, como sucede en el Derecho peruano que la figura básica del cohecho está en el art. 393 y la concusión en el art. 382 del Código penal.

En el Derecho penal argentino, los actos de corrupción de funcionarios son tratados sistemáticamente en el Capítulo IV del título Undécimo, Libro segundo del Código Penal. Mediante la Ley 25.188 (B.O. 1/11/99) llamada Ley de Ética de la Función Pública que modifica 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*. 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 acontecida 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*”. Dicha normativa 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 a mi juicio también dicho artículo le es aplicable específicamente a los delitos contra la administración relacionados 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.

En el Derecho penal peruano, la configuración típica del delito de cohecho se ha clasificado normalmente tanto en un *cohecho pasivo* constituido por la acción del funcionario público que solicita o recibe una ventaja por la ejecución de un acto propio de su cargo, como la de un *cohecho activo* integrado por la acción de un particular que es el que ofrece una ventaja al funcionario para obtener de él algún tipo de beneficio. Concretamente el delito de cohecho pasivo propio está regulado en el 393 del Código Penal¹⁷. Se trata de un delito especial

15 En tal sentido, BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R; Código Penal y Leyes Complementarias, 2, Buenos Aires, 2001, Pág. 627

16 SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino, 5, Reimpresión total, 1992, Pág. 206

17 Art. 393º “El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Art. 395. “El magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro del tribunal Administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento...”

Art. 396.- “Si en el caso del artículo 395º, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será mayor de cuatro años.

Acá la delimitación del ámbito de la autoría es casi exclusiva: sólo para Magistrados y Fiscales (aunque este comprende a aquél y se entiende en todas las instancias) Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros supuestos de interpretación analógica. La conducta está circunscrita a la conducta tanto de solicitar como de aceptar, en la primera es un comportamiento

propio. En la modalidad típica objetiva se puede encontrar una conducta *antecedente* y una *subsiguiente*. En la primera se puede desprender los siguientes elementos: 1.- Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja y 2.- Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Cabe indicar que tanto los medios corruptores para que sean capaces de consumir formalmente el delito de cohecho tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Quedarán como tentativas inidóneas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similar no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En la modalidad típica subsiguiente se pueden desprender: 1.- Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función ya sea infringiendo su deber funcional o 2.- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales.

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el art. 394¹⁸ del Código penal peruano, y lo que se reprime en este tipo es la conducta del funcionario que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario, esto es, que el delito requiere definitivamente de un trato anterior. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta ninguna norma legal ni reglamentaria. No interesa finalmente que el funcionario público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Alcanzará con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a tales objetivos o con la aceptación de una promesa, con aquel fin. En otras palabras, se trata que el concepto donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestigie la función pública.

Según el citado Convenio 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 es 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"*. En tal perspectiva conceptual, dicho documento internacional describe un supuesto de hecho muy genérico y hasta confuso.

Tanto el delito de cohecho activo propio y el impropio se encuentran tipificado en el art. 399 del Código penal peruano, el que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones. En este tipo penal cualquier persona que está interesado en algunos de los temas en que están en vinculación con el funcionario público, y para lograr persuadirlo trata de "corromper" mediante los siempre aludidos factores corruptores: promesas o ventajas de cualquier índole, para que el mencionado funcionario realice o sabiendo que dicho acto es contrario a ley y a l` moral no haga nada para evitarlo". son delito de actividad y de peligro,

activo en cambio en la segunda es un comportamiento pasivo y quedará a la decisión del receptor (magistrado, peritos, etc.) de aceptar o no el donativo, promesa o cualquier otra ventaja.

Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del artículo 396 con el artículo 395 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; sin embargo por razones de penalidad que esta en función a los sujetos activos, en uno existe una mayor disvalor del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y administran justicia y de otro lado, un menor disvalor del injusto expresado en su condición de apoyo o auxiliares jurisdiccionales, cuando en realidad son los secretarios los que por su cercanía y proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas "oculta", en contra de su función pública.

18 Art. 394: "El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de su libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

que se consuman instantáneamente al producirse el intento de corrupción sobre el funcionario o servidor público. 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. La pretensión del sujeto activo tiene que ser conocida por el funcionario. Si el funcionario acepta la proposición corruptora, se tipifica en el 393 (cohecho pasivo) en concurso ideal con el cohecho activo.

Tanto el sistema de tipificación llevado a cabo en Argentina como en el Perú están pensados en modelos que ya no responden a tiempos actuales, esto es, que los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente honestos, que nunca podrían dudar de la honestidad, y que los particulares eran los verdaderos corruptos dentro de la Administración Pública y quienes, en definitiva impulsaban al cometimiento ilícito de la coima. Por tal razón, el esquema de análisis de las incriminaciones por 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, pues la cantidad de funcionarios públicos corruptos ha aumentado.

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 lo segundo –tipos pluripersonales- sí merece especial consideración. Sus características generales son: a) que sean varias las 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 tiene por que correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se le suele llamar “participación necesaria” o simplemente “codelinuencia”. 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 criminal¹⁹. También no faltan autores que 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 (vgr. art. 97 CP)²⁰. Por otro lado, la expresión codelinuencia 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 la primera, las

19 En igual sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho penal. Parte General. Volumen Segundo. Traducción y notas de Derecho español por Mir Pug y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, Pág. 969. STRATENWERTH, Gunther; Derecho Penal. Parte General. El Hecho Punible. I, Traducción de Gladys Nancy Romero de la 2da. Edición (1976), Buenos Aires, 1999, Pág. 282. En la doctrina argentina: BREGLIA ARIAS, Omar/ GAUNA, Omar R.; Código Penal y Leyes Complementarias, 2, Buenos Aires, 2001, Pág. 632, sostiene que el cohecho se trata de una codelinuencia necesaria. Además afirman que la persona interpuesta de la que habla el art. 256 es un intermediario que puede ser considerado partícipe.

20 Así, en este sentido: ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 2000, Pág. 762

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 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 es coincidente con la dirección volitiva, ya que esa coincidencia se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el “encuentro” produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro 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 pasivo²¹, 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 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.

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 si 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 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 otros²².

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”²³. 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*²⁴.

5. Algunas notas en relación a la criminalidad organizada.

21 En contra, para el Derecho argentino: DONNA, t 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. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER, T 5, 1992, Pág. 207. NÚÑEZ, V II, Pág. 98.

22 JAKOBS, Günther; Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, Pág. 840 y ss.

23 JESCHECK, 1981, Pág. 969

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

Si ya habíamos visto las dificultades que plantean la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal “colaboración” para su consumación, ahora nos enfrentamos con el problema cuando todas esas intervenciones se manifiestan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, en 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 e organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la realización de acciones delictivas. En consecuencia la organización resulta esencial en toda definición de crimen organizado. Empero, organización no significa necesariamente ordenación jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencias en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que existe un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que eligen a uno de ellos como su jefe o cerebro de grupo por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema de “jefe de la banda”. Entonces debe quedar fuera de la concepción de criminalidad organizada el concepto de “banda”.

En el contexto del Derecho peruano cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada, pues la aplicación de algunas de las Leyes contra la corrupción tienen como presupuesto la existencia de una criminalidad organizada. Así, 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 2) “...*siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una **organización criminalidad***”.

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 complejo. La criminalidad organizada es 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.

6. Las vías de imputación individual utilizables para la criminalidad organizada. Especial mención a la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas.

En la criminalidad organizada donde pueden cometerse hechos punibles que tengan como objetivo afectar intereses de la Administración Pública (entre ellos el cohecho), puede instrumentarse mecanismos de imputaciones individuales – y no arbitrariamente “colectivos”- legítimamente admitidos por la doctrina y jurisprudencia. Así por ejemplo, en el ámbito específico de la teoría de la autoría delictiva (dolosa) en estructuras horizontales, como reitero la criminalidad organizada, se ha pretendido el uso de las fórmulas de la *coautoría*²⁵, es decir la concurrencia de varias personas en forma inmediata y mediata, para

25 Como en cualquier actividad social, más aún cuando se tiene una decisión criminal, el hombre no actúa sólo sino que lo hace junto con otros, por eso nuestra normatividad penal ha previsto estos supuestos y los ha ubicado en el capítulo de la Parte General. Así tenemos a la coautoría que es una forma de autoría con la peculiaridad de que el dominio del hecho es común a varias personas, ello sólo es posible en delitos dolosos de comisión. En contra, MIR PUIG, 1996, Pág.389 y 390, quien estima que “...en España resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría en los mismos (en los

situaciones de responsabilidad de las decisiones al interior de un grupo. Muñoz Conde²⁶ 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 lo más importantes, no están 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. En cambio, en estructuras verticales se recurre a la calificación jurídica de la *autoría mediata* del superior jerárquico.

Ahora bien, en el terreno de la participación criminal, aunque la diferencia entre autor y partícipe es ante todo conceptual, por que a nivel de punibilidad tienen la misma penalidad. Empero, la repercusión más importante es que la punibilidad del partícipe depende de la actuación del autor, que es la figura central en el cual gira el tipo delictivo. Aunque también puede sostenerse la *inducción*²⁷ del superior sobre sus dependientes, porque entienden que éstos –ejecutores directos- en la mayoría de situaciones tienen o mantienen una cuota de responsabilidad de dominio autónomo de los sucesos, porque poseen el sistema de información. Autores como Herzberg y Köhler, quienes en los casos de dominio organizativo entienden que 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. De manera que ésta teoría rompe con los esquemas sociales, históricos y dogmático-jurídicos de la inducción. 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 accesoriadad”²⁸. Siguiendo con los partícipes, también se ha acudido a la fórmula de la *complicidad*²⁹ especialmente la

delitos imprudente). El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común”.

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, art. 23º del CP “los que tomaran parte en la ejecución...”. Que a su vez sea indispensable, es decir sin la presencia de tal aportación no habría podido cometerse.

26 MUÑOZ CONDE, Francisco; ‘Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada’, en: (Ferré ‘ Anarde), Delincuencia organizada, Aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva.

27 Según el art. 24º 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, en 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.

28 MALAMUD GOTI, Jaime; Política criminal de la Empresa. Cuestiones / Alternativas, Buenos Aires, 1983, Pág. 39

29 La complicidad criminal tiene dos clases: la complicidad primaria, pasa centralmente por delimitar dos cuestiones: a) Cuándo se está frente a una complicidad primaria y cuándo a una coautoría. b) Cuándo

primaria (cooperación necesaria), de los directivos en los hechos delictivos cometidos por los subordinados, igual. La doctrina penal mayoritaria tiene lugar igualmente una conducta omisiva³⁰.

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 mediata³¹. 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 poder³². Esta forma de autoría mediata ya no responde sobre situaciones donde el “hombre de adelante” actúa en base a engaño o

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 artículo 25 del Código Penal peruano describe “...sin el cual no se hubiere perpetrado”, lo que está describiendo es que la conducta del cómplice primario, en cuanto se refiere a su aporte, tiene que evaluarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta teoría, es causa de un resultado penalmente relevante la *conditio sine qua non*, vale decir, 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 la decidir la peligrosidad de la conducta se le suele recurrir al juicio de adecuación. Si olvidan que si bien la causalidad es un requisito indispensable en ésta temática, también lo es que no es el único requisito objetivo para hacer responsable de un resultado a un sujeto. Se tiene que plantear la diferencia entre el ámbito ontológico y el normativo de la relación causal.

Por otro lado, en la complicidad primaria, el auxilio o colaboración que realice el sujeto tiene que desarrollarse (siguiendo para ello a la accesoriadad 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 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. 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...”

En la complicidad secundaria, se entiende que en la complicidad secundario, 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^o del Código Penal peruano establece que la complicidad secundaria: “de cualquier otro modo”; esto se corrobora por ej. en el Código Penal español, que en su artículo 29^o estatuye que: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

30 GARCIA CAVERO, Percy; Derecho Penal Económico, Lima, 2003, Pág. 346

31 RODRÍGUEZ MOURULLO; “El autor mediato en Derecho penal español”, cit. Pág. 467

32 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 ente todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en 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. (pag.189).

coacción, que en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable, esto es, ya será autor directo, sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización.

Se trata de los denominados “autores de escritorio” que en sí mismo no colaboran en la ejecución del hecho, pero tiene propiamente el dominio del suceso, porque el disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho³³. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal³⁴. En la cadena de mandos que 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 judicial³⁵.

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 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 otros³⁶. 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. En el sentido que sin haber intervenido físicamente en la ejecución de los hechos, dominaban la realización, aprovechando un aparato de poder organizado en el ámbito estatal que operaba de manera perfecta.

33 STRATENWERTH, 1999, Pág. 315.

34 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 delincuentes se puede dar un dominio comparable en la organización”.

35 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 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.

36 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).

En cuanto a los posibles problemas concretos que ofrece la autoría y la participación en el seno de organizaciones, como en el caso Eichmann, donde el imputado no coopera ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limita a pertenecer a eslabones “intermedios” de los mandos decisorios de la organización. Sin lugar a dudas, esto trae a colación la figura de “autores de detrás del autor” de una larga cadena, a pesar que aquel concepto aparece en otros lugares donde se configure la autoría delictiva³⁷. El hombre de atrás tiene el papel y dominio principal del hecho. Lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de 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”.

Planteada así las cosas, podría pensarse que la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitir una coautoría, pero no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto³⁸. Por lo mismo, también que cada 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 sería cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, por que él, puede influir en la decisión de otro a cometer delitos³⁹.

Es de tener en cuenta que el recurso a la autoría mediata acaba sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva. Además no se debe olvidar que en el autor mediato –no en el instrumento- también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual⁴⁰. Finalmente, habíamos dicho que unos de los problemas conexos 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 resuelto en la doctrina con claridad, de los denominados “instrumento doloso” (*doloses Werkzeug*)⁴¹.

37 ROXIN, Claus; *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, 1998, Pág. 274

38 En este sentido, SANCINETTI, Marcelo; *Teoría del 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. 714, quien apunta que “A la autoría mediata se le opone la directa, y, a la coautoría, la autoría individual. Si el autor es mediato, en el sentido de que domina el aparato de poder sin intervenir en la “ejecución”, y, concurrentemente, deja en manos de otros la realización del hecho, como autores directos, entre éstos y aquél hay propiamente una coautoría, porque son su aporte, cada uno domina la co-realización del hecho, aunque “pierdan el control” en tiempos diferentes. Esta forma de coautoría, se podría ver así como una coautoría vertical (en desnivel, con autores mediatos y directos), por oposición al caso corriente de la coautoría horizontal (al mismo nivel)”.

39 ROXIN, Claus; “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, traducción de Carlos Elbert, en: *Doctrina Penal*, 1985, Buenos Aires, Pág. 407

40 FEIJOO SÁNCHEZ; “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, cit., Pág. 234

41 En la literatura alemana la discusión de la existencia de una autoría mediata a través de un instrumento doloso. Quedan asimismo excluidos del concepto de autoría mediata los casos en que el autor directo o mediador realiza el hecho de manera conciente y libre, se trata de aquí del instrumento doloso, lo que obliga a considerar, según las reglas de la dogmática penal, al hombre de atrás como un mero inductor o cómplice, pero jamás como autor mediato. 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 (intraneus) para realizar un delito especial y posible autoría mediata del intraneus 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 las responsabilidades del extraño no cabe acudir ni a la inducción ni a la complicidad, por lo 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. Aquí 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 .