

Problemas actuales de política criminal

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2015-2016

DOCTRINA * JURISPRUDENCIA * LEGISLACIÓN * BIBLIOGRAFÍA

José Hurtado Pozo

Director

Víctor Prado Saldarriaga

Bertha Prado Manrique

Coordinadores



Universidad de Friburgo
Suiza



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

JOSÉ HURTADO POZO es abogado y licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Doctor por la Universidad de Neuchâtel, en Suiza. Es también Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Trujillo, la Universidad Nacional de Cajamarca y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, además de profesor honorario de diversas universidades. Ha sido catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Friburgo y jefe del Departamento de Derecho Penal de dicha universidad, de cuya facultad fue decano. Actualmente, es profesor de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es autor de diversos libros como *Manual de Derecho Penal. Parte general I y parte especial I-II* (Perú), *Droit Pénal. Partie Générale y Partie Spéciale* (Suiza), *Nociones básicas de Derecho Penal* (Guatemala), *La Ley importada*, *El Ministerio Público* y de numerosos artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras. Es coeditor de las obras *Droit pénal et cultures* y *Droit pénal économique*. Es fundador y director de la revista *Anuario de Derecho Penal*, así como del portal web www.unifr.ch/derechopenal.

PROBLEMAS ACTUALES DE POLÍTICA CRIMINAL

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2015-2016

PROBLEMAS ACTUALES DE POLÍTICA CRIMINAL

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2015-2016

*DOCTRINA *JURISPRUDENCIA *LEGISLACIÓN *BIBLIOGRAFÍA

JOSÉ HURTADO POZO

DIRECTOR

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

BERTHA PRADO MANRIQUE

COORDINADORES



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

344.41 Problemas actuales de política criminal : anuario de derecho penal 2015-2016 / José Hurtado
P7 Pozo, director ; Víctor Prado Saldarriaga, Bertha Prado Manrique, coordinadores.-- 1a ed.--
Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial ; Friburgo, Suiza : Universidad
de Friburgo, 2018 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
287 p. ; 24 cm.

“Doctrina. Jurisprudencia. Legislación. Bibliografía”.

Bibliografía: p. 253-287.

D.L. 2018-18015

ISBN 978-612-317-430-9

1. Política criminal - Ensayos, conferencias, etc. 2. Terrorismo - Aspectos legales 3. Lavado
de dinero - Aspectos legales 4. Corrupción administrativa - Aspectos legales 5. Justicia penal,
Administración de I. Hurtado Pozo, José, 1942-, director II. Prado Saldarriaga, Víctor Roberto,
1959-, coordinador III. Prado Manrique, Bertha, 1991-, coordinadora IV. Pontificia Universidad
Católica del Perú V. Universidad de Friburgo (Suiza)

BNP: 2018-496

Problemas actuales de política criminal
Anuario de Derecho Penal 2015-2016

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2018

Miséricorde, 1700 Friburgo, Suiza

Teléfono/Fax: (41 26) 436-2193

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: noviembre de 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-18015

ISBN: 978-612-317-430-9

Registro del Proyecto Editorial: 31501361801198

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

ANUARIO DE DERECHO PENAL 2015-2016

Director

José Hurtado Pozo

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Nodier Agudelo Betancourt (Medellín)

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca)

José Luis de la Cuesta Arzamendi (San Sebastián)

José Luis Diez Ripollés (Málaga)

Francesca Molinari (Sassari)

Klaus Tiedemann (Friburgo de Brisgovia)

Fernando Velásquez Velásquez (Bogotá)

La corrupción constituye, en realidad, un fenómeno amplio y variado, que comprende actividades públicas y privadas. No se trata tan solo del tosco saqueo de los fondos públicos por parte de unos funcionarios corruptos, como usualmente se asume. La corruptela comprende el ofrecimiento y la recepción de sobornos, la malversación y la mala asignación de fondos y gastos públicos, la interesada aplicación errada de programas y políticas, los escándalos financieros y políticos, el fraude electoral y otras trasgresiones administrativas (como el financiamiento ilegal de partidos políticos en busca de extraer favores indebidos) que despiertan una percepción reactiva del público.

Alfonso W. Quiroz,
Historia de la corrupción en el Perú (2013, p. 30).

Desde hace mucho tiempo, se han preocupado sobre qué es necesario penar, asimismo sobre cómo se debe castigar. Luego se han planteado cuestiones extrañas: ¿es necesario castigar?, ¿qué significa penar?, ¿por qué está relación, aparentemente tan evidente, entre crimen y castigo? Que sea indispensable castigar un crimen nos es muy familiar, muy cerca de nosotros, muy necesario y, al mismo tiempo, algo oscuro nos hace dudar. Miren el amplio alivio que sienten todos —magistrados, abogados, opinión pública, periodistas— cuando aparece este personaje bendecido por la ley y la verdad, que viene a decirnos: «Pero no, cálmense, no se avergüencen de condenar, ustedes no van a castigar, ustedes van, gracias a mi médico, siquiátra o sicólogo, a readaptar y curar». Entonces los jueces dicen al inculpado «Correcto, en consecuencia, al hueco». Y, ellos se levantan, satisfechos, sintiéndose absueltos. Proponer «otra solución» para penar, comporta tomar la debida distancia del problema que no es ni el marco jurídico de la punición ni de su técnica, sino del poder de penar.

Michel Foucault,
Dits et écrits (1994, III, p. 73, n. 172)

ÍNDICE

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO	13
ABREVIATURAS UTILIZADAS	15
PRESENTACIÓN	17
La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: ¿un derecho penal y política criminal sin límites? JOHN VERVAELE	23
Lavado de activos y política criminal: presente y futuro VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA	43
El lobby y la corrupción política MARCIAL ELOY PAÚCAR CHAPPA	71
La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios RAMIRO SALINAS SICCHA	93
Miedo al delito, medios de comunicación y política criminal CATY VIDALES RODRÍGUEZ	127
El abuso del sistema penal JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS	141
Sanciones penales para las personas jurídicas PERCY GARCÍA CAVERO	161

La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ	181
La política criminal en contextos plurales: bosquejo de una política criminal intercultural desde el Perú ANTONIO PEÑA JUMPA	203
Breves notas sobre la política criminal en los inicios de la República del Perú JOSÉ HURTADO POZO	221
BIBLIOGRAFÍA	253

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

José Luis Díez Ripollés

Catedrático de derecho penal de la Universidad de Málaga.

Percy García Cavero

Abogado. Profesor de derecho penal de la Universidad de Piura.

José Hurtado Pozo

Profesor emérito de la Université de Fribourg (Suiza). Profesor en la maestría de derecho penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Marcial Eloy Paúcar Chappa

Fiscal Supraprovincial Titular Anticorrupción – Equipo Especial. Profesor de derecho penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura.

Antonio Peña Jumpa

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Catedrático de derecho penal

Ramiro Salinas Siccha

Profesor de postgrado en la Universidad San Martín de Porres y Juez Superior Titular de la Sala Penal Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

John Vervaele

Catedrático en derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho/Willem Pompe Institute, Universidad de Utrecht, Catedrático en derecho penal europeo, Colegio de Europa, Brujas.

Caty Vidales Rodríguez

Profesora titular de derecho penal. Catedrática acreditada. Universitat Jaume I.

Laura Zúñiga Rodríguez

Profesora titular de derecho penal. Catedrática acreditada. Universidad de Salamanca.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AIDP – IAPL	Asociación Internacional de Derecho Penal
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
Cfr.	Confróntese
CONABI	Comisión Nacional de Bienes Incautados
CONTRALAFT	Comisión de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo
CP	Código Penal
ECtHR	European Court of Human Rights
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
EU	European Union
FJ	Fundamento jurídico (STC)
FTSE	Financial Times Stock Exchange
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
GRAPO	Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre
ISIS	Estado Islámico

LRAPJ	Ley de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OWIG	<i>Ordnungswidrigkeitengesetz</i>
PEP	Persona expuesta políticamente
RAF	Die Rote Armee Fraktion
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnología de la información y comunicación
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

PRESENTACIÓN

Este volumen del Anuario de Derecho Penal tiene como objetivo entrever las vías que pueden o deben seguirse en política criminal. Así, se busca presentar y evaluar las principales tendencias que orientan la prevención y el control de la delincuencia en el contexto contemporáneo, tanto en el ámbito internacional como interno de los Estados.

Bajo esta perspectiva se analizan fenómenos delictivos trascendentes y complejos como el lavado de activos, el terrorismo fundamentalista, la corrupción administrativa de las personas expuestas políticamente y la inseguridad ciudadana; y se consideran, desde diferentes enfoques, sus variables e indicadores criminológicos, político-criminales, psicosociales y dogmáticos.

De modo general, cabe destacar que un rasgo común que caracteriza a la política criminal diseñada para hacer frente a todas aquellas formas de delincuencia ha sido la formulación e implementación de decisiones y estrategias de sobrecriminalización y de recuperación de la cárcel. En el caso peruano, esto se evidencia, por ejemplo, en las recientes reformas penales, introducidas en los tres últimos años a través de decretos legislativos que han sido dictados recurriendo a la delegación —siempre oportunistamente— de facultades legislativas del Congreso de la República a favor del Poder Ejecutivo. Este coyuntural modelo de construcción de la política criminal nacional se caracteriza de manera esencial con lo que Simon (2007) denomina «gobernar a través del delito». Esto es, la inserción de un estilo de gobernanza basado en la necesidad de alinear estratégicamente las políticas públicas —económicas, financieras o tributarias— con la constante demanda social de control eficaz de la criminalidad, lo que implica un renovado y utilitario redimensionamiento de la política estatal en general —y, en particular, de la política criminal—, que tiene como consecuencia fundamental, según atinada descripción

de Brandariz (2014), la constitución de hecho de un «gobierno de la penalidad». Cabe destacar que este inédito paradigma de tratamiento de la criminalidad no constituye un proceder singular del Estado peruano, en la medida en que también se aplica en diversos países americanos y europeos, lo que se pone de manifiesto en los temas que se presentan y analizan en varias de las contribuciones que integran este volumen.

La descripción y análisis de los diversos aspectos de la política criminal —nacional e internacional— exigen tomar muy en cuenta la realidad de los contextos de relaciones de poder y de los intereses individuales y colectivos que condicionan la configuración, justificación y evolución de los sistemas de control social. Para ello es indispensable sondear los antecedentes históricos, a fin de determinar las circunstancias que condicionaron su génesis y desarrollo, y descubrir críticamente su desconexión con la realidad sociocultural.

El contenido de este volumen está ordenado de acuerdo con la índole de los temas tratados y con la generalidad o particularidad con que son abordados.

John Vervaele reflexiona sobre el contexto actual de la sociedad de la información y la manera como éste configura una nueva forma de reacción penal frente a fenómenos como el terrorismo. Al respecto, ejemplifica la tendencia a la securitización con ejemplos paradigmáticos en la redacción del tipo penal de terrorismo. Específicamente, se refiere a la amplificación y anticipación de la intervención penal. Finalmente afirma que el paradigma antiterrorista vigente ha convertido al derecho penal en un mero instrumento de política de seguridad y control de riesgo.

Víctor Prado Saldarriaga repasa la evolución nacional e internacional de la política criminal en torno al delito de lavado de activos. Destaca los problemas y desafíos que la coyuntura actual plantea a los órganos del sistema penal respecto a la persecución de este delito, específicamente en relación con cuatro aspectos importantes: autonomía penal del lavado de activos, tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas, las reglas preventivas previstas para las personas expuestas políticamente y el grado de eficacia alcanzado por la criminalización secundaria del delito. El autor concluye que la política criminal aplicada al lavado de activos no ha sido suficiente, y en ese sentido propone que la eficiencia se convierta en prioridad para el diseño de la política criminal sobre este delito.

Marcial Páucar revisa los principales elementos que componen la actividad de gestión de intereses o *lobby*, así como algunas actividades afines como el financiamiento de partidos políticos. Con esta finalidad, aborda supuestos problemáticos asociados a los favores políticos y a la gestión de intereses o *lobby* en el escenario de la corrupción política. Asimismo, explica las razones que justifican

un cambio en el tratamiento dogmático y normativo de la delimitación penal y administrativa, a efectos de que las actividades de los políticos y altos funcionarios puedan desarrollarse de manera adecuada durante las gestiones de intereses que puedan suscitarse en el escenario político y económico. Finalmente, el autor concluye en la necesidad de proponer de lege ferenda un criterio jurídico válido para imputar responsabilidad penal a un político o alto funcionario, para lo cual analiza dogmáticamente el rol del agente.

Sobre la corrupción de funcionarios, **Ramiro Salinas Siccha** parte de la constatación de que cuando participan más de dos personas en la comisión de los delitos especiales —como lo son la mayoría de los delitos contra la administración pública— siempre resulta problemático determinar quién es autor y quién es cómplice o instigador. En ese sentido, teniendo como base la consolidación de una política criminal estatal de hacer frente a las conductas de corrupción que en el caso más extremo desintegran las sociedades, su objetivo es plantear algunas ideas razonables y coherentes para lograr una mejor interpretación y aplicación de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico.

A su vez, **Caty Vidales** examina la relación entre el miedo al crimen, la influencia de los medios de comunicación y el diseño de la política criminal. Con este objeto, la autora analiza las últimas reformas al código penal español, algunas características de su procedimiento legislativo y sus respectivas justificaciones. Al respecto, destaca cómo la opinión pública, en tanto grupo de influencia, ejerce una presión intensa sobre los tomadores de decisión, quienes de este modo efectúan modificaciones sobre la base del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, todo ello amplificado por la intervención de los medios de comunicación. La autora concluye mencionando las paradojas de una política criminal mediática y los efectos negativos que esta genera.

José Luis Díez Ripollés caracteriza a la política criminal contemporánea a partir del abuso que los poderes públicos hacen de los instrumentos de intervención penal. Escoge como criterio de interpretación y evaluación los indeseables efectos de exclusión social que ese exceso penal tiene sobre tres colectivos que entran en contacto con el control penal: sospechosos, condenados y excondenados. Tras justificar la elección de ese criterio frente al usual del rigorismo penal, analiza en once apartados un conjunto de reglas y prácticas punitivas cada vez más asentadas en nuestros sistemas penales y que cubren la criminalización, la persecución penal y la ejecución de sanciones. En cada uno de los acápites expone los efectos socialmente excluyentes que tales reglas y prácticas producen.

Por su parte, **Percy García Caveró** analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su actual relevancia político criminal en el sistema penal peruano. Primero, presenta brevemente cómo los sistemas penales constituidos conforme a la tradición europea continental han ido abandonando el postulado *societas delinquere non potest* y aceptando legislativamente que las personas jurídicas tengan una mayor o menor capacidad delictiva. En esta perspectiva legislativa, describe los modelos con los que se ha tratado de fundamentar dogmáticamente la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, destacando cuál resulta más compatible con las exigencias del derecho penal actual. En la parte final de su trabajo, aborda las decisiones que al respecto se han tomado en la regulación penal peruana y, en especial, la cuestión concreta de si la regulación establecida en la ley 30424 constituye un modelo razonable de atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

Sobre la misma materia, **Laura Zúñiga** desarrolla la incidencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la protección de los derechos humanos. Destaca que, como imperativo internacional de las Naciones Unidas, los Estados están comprometidos a proteger los derechos humanos y a tutelar los derechos de las víctimas frente a las actividades económicas y sociales de las empresas que ponen en riesgo bienes jurídicos importantes, como el medio ambiente, la protección frente a la explotación laboral, la discriminación y demás comportamientos que dañan los derechos fundamentales de los seres más vulnerables. Señala que, del abanico de respuestas, la sanción penal —especialmente asociada a las sanciones patrimoniales reparatorias— se erige como una de las «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias» que los Estados deben garantizar para prevenir estos comportamientos graves. En su opinión, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conjuntamente con la responsabilidad administrativa y civil, permiten desarrollar una serie de mecanismos necesarios para evitar la impunidad de los comportamientos organizados más graves que afectan la convivencia social.

Antonio Peña Jumpa plantea ideas para la discusión sobre la política criminal en contextos plurales. Para ello, parte de la siguiente hipótesis: la política criminal que guía el derecho penal de países como el Perú tiene como base el modelo de sociedad homogénea de nivel nacional. Esta circunstancia, según el autor, limita su aplicación y eficacia, y por cuanto no tiene en cuenta que debe ser aplicada en contextos diversos culturalmente diferentes y estratificados social y económicamente.

Finalmente, **José Hurtado Pozo** cuestiona la falta de análisis de los factores sociales, políticos y económicos que condicionan la configuración de la política

criminal de un país. Por ese motivo, se propone describir el proceso de diseño de la política criminal peruana en los inicios de la República, a través del análisis de la configuración del sistema de sanciones penales y la criminalización de conductas. El autor sostiene, como resultado de su análisis, que el control y la administración penales se ejercieron de forma desigual debido a la ideología dominante, que concebía al Perú como una nación única. En ese sentido, afirma que se produce un distanciamiento entre el discurso ideológico basado en la ilustración, y las prácticas concretas de control social del inicio republicano, herederas directas de las coloniales.

Con esta publicación esperamos contribuir, modestamente, al estudio serio de los problemas de política criminal y, sobre todo, incentivar a los lectores a que tomen conciencia de que la comprensión y aplicación de un sistema de control social requiere el conocimiento serio y profundo de la política que instaure y practique el Estado. Todo esto con la esperanza de contribuir al fortalecimiento del estado de derecho.

Por último, expresamos nuestro profundo agradecimiento a los autores de los trabajos publicados, lo que nos permite mantener el nivel académico del Anuario de Derecho Penal. Asimismo, como en los anteriores números del anuario, debemos destacar que la publicación tiene lugar con la ayuda indispensable de la Universidad de Fribourg y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, concretada en el eficaz trabajo del Fondo Editorial, a cuya directora, Patricia Arévalo, le manifestamos nuestro especial agradecimiento.

José Hurtado Pozo/Víctor Prado Saldarriaga/Bertha Prado Manrique
Fribourg/Lima, agosto de 2018

**LA ASOCIACIÓN ORGANIZADA TERRORISTA
Y SUS ACTOS ANTICIPATIVOS:
¿UN DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL SIN LÍMITES?**

John Vervaele

Sumario: 1. Introducción. 2. Internacionalización en la sociedad de información post-industrial. 3. Internacionalización y transformación del sistema de justicia penal. 4. Derecho penal y terrorismo. 4.1. Enfoque histórico e internacional. 4.2. Enfoque europeo. 5. Derecho penal y terrorismo: el paradigma del peligro y de la seguridad. 5.1. Sistema penal y cambios paradigmáticos. 5.2. Terrorismo: amplificación y anticipación de la intervención penal. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en tiempos de atentados terroristas reivindicados por organizaciones que los justifican en nombre del Islam y de la guerra santa contra sus enemigos. Por cierto, estos atentados no se ejecutan solo en las zonas de conflicto, como Siria, Irak, Yemen, Libia y Afganistán, sino a escala internacional y global. Movimientos como ISIS tienen como arma de lucha la globalización y digitalización de su

guerra santa. En los últimos años vemos también una creciente participación de jóvenes (de origen islámico y conversos) en estos conflictos y en la ejecución de los atentados terroristas. Estos jóvenes no son de origen de la zona del conflicto y una parte sustancial viene de países europeos. Estos llamados «combatientes terroristas extranjeros» realizan actos violentos en la zona de combate, como en Mosul y Raqqa, y en países europeos como Francia y Bélgica, como hemos visto con los casos de atentados contra la revista *Charlie Hebdo* y la discoteca Bataclan en París, y el aeropuerto y el metro en Bruselas. Una parte de los ‘combatientes’ nunca han estado en la zona de conflicto ni estuvieron implicados en actos terroristas en Europa, pero están etiquetados como «combatientes terroristas extranjeros» debido a su radicalización y a su potencial para involucrarse. Se convierten en terroristas por el riesgo y el peligro que entrañan.

A la luz de este fenómeno vemos una creciente actividad legislativa y operativa penal a nivel internacional para frenar la actividad terrorista e investigar y castigar a los responsables de los atentados. La novedad penal consiste sobre todo en neutralizar a tiempo, de manera preventiva y proactiva, la posible radicalización y participación de estos jóvenes en el yihadismo internacional. No obstante, el uso del derecho penal como arma preventiva es problemático en sí y lo es aún más en el campo del terrorismo internacional, ya que muchos de los conflictos en países árabes tienen un componente altamente político e ideológico.

En primer lugar, nos tenemos que plantear en qué medida la internacionalización de la respuesta penal es también novedosa como para formular tales conceptos y principios que constituyen la base de nuestros sistemas penales. En segundo lugar, merece la pena analizar en qué medida el contenido de esta respuesta penal es nuevo y transforma los conceptos y principios de nuestros sistemas penales.

2. INTERNACIONALIZACIÓN EN LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN POSINDUSTRIAL

La internacionalización de la justicia penal no es nueva cuando definimos la internacionalización como un proceso de creciente colaboración entre Estados, que sitúa a los mismos bajo el consejo o control de organizaciones internacionales. Las convenciones de derecho internacional público que recomiendan que las normas de derecho penal sustantivo sean vinculantes existen desde hace un siglo, aunque su número e impacto ha aumentado bastante. Lo nuevo, en mi opinión, se centra en dos aspectos. Primero, en el campo de la justicia penal, las organizaciones internacionales tales como la ONU, el Consejo Europeo, la OCED, el GAFI, etcétera, están supervisando el proceso de cumplimiento de las obligaciones internacionales, principalmente a través de mecanismos de

evaluación muy detallados y políticamente vinculantes. Podemos encontrar claros ejemplos de ello en el campo del lavado de dinero, de la corrupción y el terrorismo. Segundo, el Consejo de Seguridad de la ONU está imponiendo a los Estados Parte obligaciones internacionales en asuntos penales sin ninguna fuente tradicional específica, eludiendo de esta forma el proceso de firma y ratificación de tratados. Tras los sucesos del 11/9, el Consejo de Seguridad hizo vinculante la *acquis* convencional de la ONU en asuntos de terrorismo, independientemente de la firma o ratificación de los Estados Parte. A través de resoluciones basadas en el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad¹ ha vinculado estrechamente la seguridad global con la respuesta penal antiterrorista y ha pedido a los Estados que tipifiquen conductas como viajar al extranjero, facilitar viajes, otorgar o recibir entrenamiento, etcétera, a condición de que sean cometidas con finalidad terrorista. En 2015 GAFI² adoptó la recomendación número 5 en relación con la financiación de terrorismo, incluyendo obligaciones derivadas de la resolución de la ONU y ampliando la financiación de terrorismo a la financiación de viajes con finalidad terrorista.

En nuestras sociedades, estos procesos de internacionalización van de la mano, en las últimas décadas, con la transformación de nuestras sociedades en sociedades de información posindustrial. La e-sociedad o sociedad *online* ha reestructurado completamente el comportamiento social y la estructura social. A menudo, la sociedad posmoderna es caracterizada como una «sociedad de información», por la amplia disponibilidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En este tipo de sociedad posindustrial la información y el conocimiento son recursos claves y juegan un papel fundamental (Bell, 1976). No obstante, las sociedades de información no son definidas solamente por la implementación de infraestructura tecnológica, sino más bien como fenómenos multidimensionales. Cualquier sociedad de información es una web compleja, no solo de infraestructura tecnológica, sino también de una estructura económica, un patrón de relaciones sociales, patrones de organización y otras facetas de organización social. Por lo tanto, es importante no solo centrarse en la parte tecnológica, sino también en los atributos sociales de la sociedad de información, incluyendo el impacto social de la revolución de la información sobre las organizaciones sociales y en el sistema de justicia penal. Por otra parte, la era posmoderna de la tecnología de la información transforma el contenido, la accesibilidad y la utilización de la información y el conocimiento en las organizaciones sociales, incluyendo el sistema de justicia penal.

1 La resolución 2178 (UNSCR 2178) de 2014 es un buen ejemplo.

2 http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf.

La relación entre el conocimiento y el orden ha cambiado fundamentalmente. La transformación de las comunicaciones en tecnología de fabricación de información instantánea ha cambiado el modo en que la sociedad valora el conocimiento. En una era en constante cambio, la estructura tradicional de autoridad está siendo socavada y reemplazada por un método alternativo de control social. La urgencia de un nuevo paradigma tecnológico basado en las TIC ha dado lugar a una sociedad en red (Castells, 2000), en la que las estructuras sociales claves y las actividades están organizadas alrededor de redes de información procesadas electrónicamente. Hay una transformación aún más profunda de las instituciones políticas en la sociedad en red: el surgimiento de una nueva forma de Estado (Estado en red) que gradualmente reemplaza a las naciones-estado de la era industrial. En esta era tan cambiante, la estructura de la autoridad tradicional está siendo socavada y reemplazada por un método alternativo de control social (sociedad de vigilancia). La transición de una nación-estado a una nación en red es un proceso político y de organización, motivado por la transformación de la administración política, representación y dominación de las condiciones de la sociedad en red.

El fenómeno del yihadismo radical y terrorista (Kepel, 2004), sobre todo con la aparición del ISIS, es impensable sin la sociedad de información. Los medios sociales son para ellos el instrumento por excelencia de propaganda y de reclutamiento (Viganó, 2014, pp. 329-348). Curiosamente, ISIS combina nociones clásicas de Estado y territorio (califato) con un sistema muy avanzado de *governance* en red. Como la sociedad de información convierte el globo en una ciudad global, ISIS se convierte en un actor global y sus actos se califican como terrorismo global que amenaza a la seguridad global.

3. INTERNACIONALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

¿Qué significa todo esto para el sistema de justicia penal nacional? Es evidente que el sistema de justicia penal nacional no ha sido reemplazado por uno global en la ciudad global. La globalización social no conduce automáticamente a una globalización legal o globalización de la justicia penal, ni siquiera a la globalización de la autoridad política con respecto a la justicia penal. El nacimiento de resoluciones de derecho penal internacional en el Consejo de Seguridad de la ONU es la excepción y es el resultado de un proceso que viene desarrollándose desde hace un siglo. Aún en etapa de implementación, este nuevo sistema de justicia todavía está creando sus propios conceptos de derecho penal y procesal penal. Sin embargo, el proceso de internacionalización afecta sustancialmente al sistema de justicia penal nacional, que se enfrenta a cambios sociales por

medio de los cuales los agresores están cometiendo delitos y por los cuales el delito, los propios agresores, las pruebas, etcétera, no siempre están vinculados con el territorio del Estado-Nación. Asimismo, porque la creciente movilidad de personas, bienes, servicios y capital, exigen al sistema de justicia penal nacional proteger nuevos intereses jurídicos (*Rechtsgüter*), principalmente de carácter transnacional, como la protección contra expresiones de odio y xenofobia, la protección contra pornografía infantil o la protección contra los fraudes en valores o contra robos de identidad. De ahí que el sistema de justicia penal nacional se esté internacionalizando en un proceso descendente y ascendente (Vervaele, 2015). Las organizaciones regionales e internacionales le están imponiendo a los sistemas de justicia penal nacional nuevas obligaciones sustanciales y procesales, y, al mismo tiempo, los sistemas de justicia penal nacional están incrementando su dimensión internacional para hacer frente a la criminalidad en una sociedad globalizada. Esto significa que la internacionalización del sistema de justicia penal nacional se debe tanto al comportamiento del «usuario» como al proveedor.

Sin embargo, esta renovación no se restringe a alguna actualización de delitos basada en nuevos o renovados intereses jurídicos a proteger, o se limita a un incremento en la asistencia jurídica recíproca. De hecho, el razonamiento clásico para el uso de la justicia penal (comenzando con la penalización primaria a través de la definición de delitos) basado en el *ultimum remedium* y en condiciones estrictas de conducta dañosa que violan intereses jurídicamente protegidos —conceptos derivados de la filosofía Kantiana y de la época de la Ilustración— ha sido reemplazado, en las últimas décadas, por un concepto de política penal globalizado, traducido en paradigmas de política penal: combate/guerra contra las drogas, combate/guerra contra el crimen organizado, combate/guerra contra el terrorismo. Los llamo paradigmas porque funcionan como marco de referencia para la percepción de la realidad y, por lo tanto, para la definición de construcciones sociales como delito, peligro, riesgo, inseguridad y enemigo (Zaffaroni, 2006; Cancio Meliá, 2010, 2002, pp. 19-26). Además, estos paradigmas han sido utilizados tanto a nivel nacional como internacional para justificar cambios esenciales en la relación entre Estado, sociedad y justicia penal, así como al interior del propio sistema penal.

Ahora bien, la justicia penal moderna, con sus raíces en la Ilustración, proporciona un sistema integrado a través de tres dimensiones. Estas ofrecen protección a los individuos (no solo a los sospechosos) —la dimensión del escudo—, así como instrumentos para la comunidad encargada de aplicar la ley, compuesta por la policía, la fiscalía y el Poder Judicial —la dimensión de la espada—, y prevé controles y equilibrios/trías políticas —la dimensión constitucional—. Como se indicó, los tres paradigmas azotaron como un maremoto al sistema de justicia

penal, y las tres dimensiones mencionadas fueron afectadas por esas tres olas. Estos paradigmas han transformado totalmente nuestros sistemas de justicia penal, afectando al derecho penal general, al derecho penal especial, al proceso penal y al derecho penal internacional. En 1999, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL) presentó un excelente análisis bajo el título *The Criminal Justice System Facing the Challenge of Organized Crime* (*El sistema de justicia frente al desafío del crimen organizado*). No hay duda de que los cambios sustanciales y de largo alcance se han producido, también, durante la última década. El nuevo paradigma de la seguridad y de la política antiterrorista ha llevado a una transformación que va más allá del campo de los delitos de terrorismo. La presión internacional para un enfoque común de la investigación, enjuiciamiento y condena del terrorismo ha sido muy fuerte. Tanto la ONU como el Consejo Europeo han elaborado una serie impresionante de convenciones internacionales y regionales sobre crimen organizado y terrorismo. Después del 11/9, la ONU lideró el camino con las resoluciones del Consejo de Seguridad y el establecimiento de un comité antiterrorista que supervisa la implementación de las resoluciones, incluyendo lo esencial de las convenciones³. El paradigma antiterrorista en materia penal es anterior a los sucesos del 11/9 y a los de Madrid, Londres y otros, pero sin duda se ha ampliado sin precedentes con estos ataques terroristas. Por este motivo la política antiterrorista es un campo de política criminal donde se hace más visible la transformación del sistema penal bajo el lema de la seguridad.

4. DERECHO PENAL Y TERRORISMO

4.1. Enfoque histórico e internacional

Los atentados violentos con finalidad política no son monopolio de nuestros tiempos recientes. El final del siglo XIX, por ejemplo, estuvo caracterizado por rebeliones violentas de las clases populares y actos violentos de movimientos anarquistas. En aquellos tiempos estos actos no fueron definidos como terrorismo, sino más bien como subversión o crímenes contra la seguridad del Estado.

Vistas las atrocidades cometidas durante la primera guerra mundial, discutidas en el marco de la Sociedad de Naciones (predecesora de las Naciones Unidas) y en el Congreso del AIDP en 1925, se propuso un nuevo régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal del Estado por delitos contra otros Estados o colectividades. Fue V. Pella quien elaboró en 1925 un informe sobre el crimen de

3 La totalidad de los informes nacionales se puede encontrar en <http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/reportA.shtml>.

guerra de agresión como un crimen de Estado. En este informe, también elaboró las nociones básicas de su *Code Répressif des Nations*, basado en la limitación de la absoluta independencia de los Estados y de su soberanía externa con el fin de proteger el orden y la justicia internacional. No obstante, el establecimiento de un nuevo régimen de justicia penal internacional fracasó en el periodo entre guerras. Sin embargo, tras las muertes violentas del rey de Yugoslavia y del ministro de Justicia de Francia en Marsella, causadas por terroristas croatas, los Estados estuvieron dispuestos a ponerse de acuerdo sobre el Convenio para la Prevención del Terrorismo de 1937 y sobre un convenio vinculado para la creación de una corte penal internacional en la Sociedad de Naciones, con sede en La Haya, para enjuiciar los delitos de terrorismo⁴. La doctrina de entonces criticó el conjunto de la configuración del convenio sobre el terrorismo por carecer de seguridad jurídica, debido a que los tipos penales eran muy abiertos y los actos preparatorios muy extensivos. La convenciones nunca entraron en vigor debido a la segunda guerra mundial.

Desde la década de 1960, a partir de los primeros actos de piratería aérea, la comunidad internacional —tanto a nivel global como regional— ha ido elaborando convenios internacionales para prevenir y sancionar penalmente actos de violencia terrorista. Bajo el auspicio de la ONU, el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) creó diecinueve convenios (llamados *suppression conventions*) para prevenir y sancionar penalmente los actos terroristas. Algunos de ellos tienen relación directa con la aviación civil, como el Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (1963) o el Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional (2010). Otros tienen relación con la protección de personal internacional, como por ejemplo la Convención internacional contra la toma de rehenes (1979) o con *modus operandi* específicos, como el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997) o el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

Además, desde 1996⁵ se está negociando en la ONU una convención comprehensiva sobre terrorismo con el objetivo de criminalizar todas las formas de este fenómeno, incluyendo la financiación y otros actos preparativos o de sostén material. Las negociaciones, que se realizaron en el Comité ad-hoc sobre terrorismo

4 Se pueden encontrar los documentos en la *Revista Internacional de Derecho Penal* (RIDP, 2015, 3-4, 851-914).

5 Establecido por la resolución 51/210 de 17 diciembre 1996, que refiere a resolución 49/60 de 9 diciembre 1994 y resolución 50/53 de 11 diciembre 1995 que reclaman medidas para eliminar el terrorismo internacional.

y el sexto Comité legal están desde 2013 en un punto muerto. El problema principal está en la definición del terrorismo, pues, ¿cuál es la diferencia entre un grupo terrorista y un grupo rebelde de liberación? ¿Se excluyen de la definición actos terroristas cometidos por ejércitos o se excluye el terrorismo de Estado?

Después de la primavera árabe, el auge de conflictos violentos en Irak, Afganistán, Siria y Yemen, así como el éxodo de jóvenes islámicos o conversos a las zonas de conflicto, especialmente Siria, ha generado que la comunidad internacional se preocupe cada vez más por el terrorismo islámico. La amenaza de los talibanes, del Estado Islámico de Iraq y el Levante (EIIL), el Frente Al Nusra, etcétera, han justificado una respuesta penal aún más amplia. El Consejo de Seguridad de la ONU aprobó en 2014, unánimemente y apoyándose en el capítulo VII de la Carta, la resolución 2178 que se ocupa *inter alia* de la amenaza por parte de los combatientes terroristas extranjeros, a saber, las personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines terroristas, incluso en relación con conflictos armados. La resolución, vinculante para todos los Estados miembros de la ONU, impone claramente una expansión del derecho penal aún más amplia:

5. Decide que los Estados Miembros deberán, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades;

6. Recuerda su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que todos los Estados Miembros velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y decide que todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito:

a) A sus nacionales que viajen o intenten viajar a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, y demás personas que viajen o intenten viajar desde sus territorios a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad, con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo;

- b) La provisión o recaudación intencionales de fondos, por cualquier medio, directa o indirectamente, por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para financiar los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo; y,
- c) La organización u otro tipo de facilitación deliberadas, incluidos actos de reclutamiento, por sus nacionales o en sus territorios, de los viajes de personas a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.

A pesar de la falta de consenso en la comunidad internacional sobre el papel del derecho penal para controlar el terrorismo, no hay duda de que existe una clara expansión del derecho penal en los diecinueve convenios internacionales y en las resoluciones de la ONU. Estos no solo obligan a tipificar conductas violentas con daños concretos, sino que cada vez más obligan también a tipificar actos preparatorios y anticipativos que consisten en meros actos de peligrosidad, en abstracto o en concreto, como pueden ser ciertos actos de glorificación o financiación⁶. Además, lo vinculan con obligaciones en materia de jurisdicción y cooperación internacional. No obstante, a pesar de la falta de unanimidad internacional ha habido avances importantes a nivel regional —como en el continente europeo— que describiremos a continuación.

4.2. Enfoque europeo

El fenómeno del terrorismo y de la legislación antiterrorista penal está muy arraigado en algunos países europeos, principalmente por el problema de terrorismo doméstico, como ETA/GRAPO en España, IRA en Inglaterra, *Brigate Rosse* en Italia, RAF en Alemania, *Action Directe* en Francia, etcétera. Sin embargo, la mayoría de los países en el Consejo de Europa y en la Unión Europea no tenía en su legislación penal tipos penales específicos para contrarrestar el terrorismo.

⁶ La Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo de las Naciones Unidas (1999) es un muy buen ejemplo.

La Convención para suprimir el terrorismo de 1977⁷, negociada en el Consejo de Europa, tampoco obligó a introducir estos tipos. Se limitó, principalmente, a no reconocer actos de terrorismo como delitos políticos a la luz de los tratados de extradición, basándose en lo que fue el denominado clima de confianza mutua entre los Estados del Consejo de Europa.

No obstante, los atentados del 11 de setiembre de 2001, en los Estados Unidos, fueron los que cambiaron el panorama. La Unión Europea quería mostrar solidaridad con Estados Unidos. En ese contexto, se adoptó la decisión marco de 2002⁸, de acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, que identificó el terrorismo como una de las violaciones más graves de las libertades fundamentales y de los principios de los derechos humanos, y siguió el plan de acción aprobado por la reunión extraordinaria del Consejo Europeo del 21 de setiembre de 2001. La decisión marco de 2002 y la decisión marco de 2008⁹, que la modifica¹⁰, definen los delitos de terrorismo y los delitos relativos a grupos terroristas o ligados a actividades terroristas. La decisión marco de 2002 introduce una definición penal de terrorismo —por cierto muy inspirada en la legislación contraterrorista de los Estados Unidos (Vervaele, 2007)— que combina elementos objetivos —como asesinato, lesiones corporales, toma de rehenes, extorsión, comisión de atentados, amenaza de cometer cualquiera de los hechos anteriores— con el elemento subjetivo de intención, pero con una finalidad específica: actos cometidos con el objetivo de intimidar gravemente a una población, desestabilizar o destruir las estructuras de un país o una organización internacional u obligar a los poderes públicos a abstenerse de realizar un acto. Asimismo, las decisiones marco obligan a tipificar el establecimiento de grupos terroristas, la dirección de y la participación en ellos. Se trata de organizaciones estructuradas de dos o más personas, establecidas durante cierto periodo de tiempo, que actúan de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Además, los países de la

7 *Explanatory Report to the European Convention on the Suppression of Terrorism*, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

8 Decisión marco del Consejo, del 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (OJ L 164, 22/6/2002).

9 Para más información, ver informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2004) 409 final, 09/06/2004; Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2007) 681 final, 06/11/2007; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2014) 554 final, 05/09/2014.

10 Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 330, 9/12/2008.

UE deberán tipificar como delitos conexos a actividades terroristas ciertos actos preparatorios o anticipativos, como la provocación pública, la captación y el adiestramiento de terroristas, y la extorsión o la falsificación con el fin de cometer un delito de terrorismo.

Asimismo, el Consejo de Europa tomó claramente también los atentados del 11 de septiembre de 2001 como punto de partida para una reorientación penal. El protocolo de enmienda a la Convención de 1977 fue solo una primera fase. Un instrumento internacional más importante fue la Convención sobre la prevención del terrorismo de 2005, llamada la Convención de Varsovia (CETS Nº 196)¹¹. La importancia de este tratado consiste en haber impuesto más obligaciones de tipificaciones en el campo anticipativo, especialmente en relación con el enaltecimiento público (art. 5), el reclutamiento (art. 6) y entrenamiento o adiestramiento (art. 7). Por su parte, el artículo 8 pone en evidencia que se trata de tipificaciones autónomas con relación a cualquier resultado en forma de comisión de actos terroristas. Además, el artículo 9 obliga a tipificar la participación en estos delitos autónomos, también en forma de establecimiento o dirección de grupos. En otras palabras, el fenómeno de grupo o asociación de terrorismo se aplica también a estos delitos anticipativos.

Ahora bien, el enaltecimiento del artículo 5 se refiere a la glorificación, apología o provocación en público con la intención de sustentar grupos terroristas o actos terroristas. En ese sentido, es suficiente con que haya un enlace causal indirecto y temporal (*ex ante o ex post*) con la perpetración de un acto terrorista o que la acción pueda crear un peligro de comisión de un acto terrorista. Para evaluar el peligro se deberá tener en cuenta el perfil del autor, el contenido del mensaje y el contexto en el que se haya expresado. Por su parte, el reclutamiento del artículo 6 puede ser físico o digital y se refiere solo a reclutamiento activo por parte del entrenador. Por ende, no será necesario que el reclutado participe en un acto terrorista como consecuencia, sino que será suficiente con que haya habido solicitud efectiva con el objetivo de cometer, participar o contribuir a un acto terrorista. Finalmente, el entrenamiento del artículo 7 tipifica la transferencia de *know-how* a personas con el objetivo de cometer o contribuir a la comisión de actos terroristas. El elemento subjetivo se limita a saber que la formación recibida puede ser utilizada para la comisión o la contribución en actos terroristas. Cabe mencionar que la tipología no incluye recibir entrenamiento. Los tipos descritos anteriormente constituyen

11 *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Varsovia, 16/5/ 2005.*

delitos anticipativos, así se ha reconocido en el *Explanatory Report*¹² que se refiere al establecimiento de ciertos actos que puedan conducir a cometer actos terroristas como delitos penales¹³. De nuevo, se hace referencia a la confianza mutua entre los Estados para avanzar en este nuevo terreno de criminalización.

En cuanto a la ejecución de la Resolución 2178 de la ONU en Europa, la respuesta fue doble. Por un lado, el Consejo de Europa adoptó en 2015 un protocolo adicional a la Convención de Varsovia de 2005 (el llamado Protocolo de Riga¹⁴), añadiendo nuevos tipos, sobre todo en relación con combatientes terroristas extranjeros y su entrenamiento pasivo, su viaje a zonas de conflicto y la financiación y el soporte material para estos viajes. Según este protocolo, el entrenamiento pasivo (art. 3) puede consistir en asistir a un campo de entrenamiento o participar en forma digital en sesiones interactivas de entrenamiento. Por su parte, el viajar a zonas de conflicto (art. 4) no es una conducta criminal como tal, pero deberá ser inculpada cuando tenga como objetivo cometer o participar en actos terroristas o recibir u ofrecer entrenamiento. El artículo 5 criminaliza la financiación y el soporte material para estos viajes cuando hay conciencia de que estos fondos o ayudas son brindados, total o parcialmente, con el objetivo mencionado.

Sobre lo mencionado hasta ahora, el informe explicativo indica claramente en el punto 29 que las partes deben tomar en cuenta que los artículos del 2 al 6 criminalizan las acciones en una etapa previa a la comisión efectiva del delito de terrorismo, pero con la existencia de un potencial que pueda derivar en la comisión de tales actos¹⁵. En el mismo sentido, el artículo 2 del protocolo impone también que los actos de entrenamiento pasivo o viajar a una zona de conflicto o financiar el viaje pueden calificarse como actos de participación en un grupo o asociación terrorista. En el punto 22, los autores del informe explicativo indican también que estos tipos nuevos son actos de una naturaleza grave, por el simple hecho de tener la posibilidad de convertirse en la comisión de actos terroristas. Sin embargo, no es necesario para su inculpa y persecución que el acto terrorista se haya consumado.

La segunda iniciativa europea es aún más reciente y proviene de la Unión Europea, de la ola de atentados crueles en Francia y en Bélgica. Se trata de una

12 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3811>, punto 26.

13 «*Establishing as criminal offences certain acts that may lead to the commission of terrorist offences*».

14 El STCE 217 no ha entrado en vigor. Aunque ha sido firmado por muchos estados está en espera de un mínimo de ratificaciones.

15 «Parties shall take into account that Articles 2 to 6 criminalise behaviour at a stage preceding the actual commission of a terrorist offence but already having the potential to lead to the commission of such acts».

propuesta directiva¹⁶ que reemplazaría a la decisión marco de 2002/2008. En el acápite 6 se refiere a que los delitos relacionados con las actividades terroristas son de extrema gravedad, ya que pueden llevar a la comisión de delitos de terrorismo y permitir a los terroristas y grupos terroristas mantener y seguir desarrollando sus actividades delictivas, lo que justifica la tipificación penal de dicha conducta. La propuesta hace una distinción entre delitos de terrorismo y delitos relacionados con un grupo terrorista (título II) y delitos relacionados con actividades terroristas (título III). En la primera categoría están los actos terroristas (art. 3) y el establecimiento de un grupo terrorista y la dirección o participación en él (art. 4), inculcados anteriormente en la decisión marco de 2002. Como aspecto novedoso, se ha añadido la interferencia en sistemas informáticos o bancos de datos como unos de los actos que pueden calificar como vinculados a un grupo terrorista. En la segunda categoría están los actos anticipativos y conexos, que se dividen en doce subcategorías diferentes, como la provocación para cometer delitos terroristas (art. 5), la captación de terroristas (art. 6), el adiestramiento (art. 7), la recepción de adiestramiento con fines terroristas (art. 8), viajes al extranjero con fines terroristas (art. 9), la organización o facilitación de estos viajes (art. 10), la financiación de terrorismo (art. 11) y otros delitos relacionados con actividades terroristas, como el robo, hurto, chantaje, expedición de documentos administrativos falsos, siempre con el fin de cometer delitos terroristas (art. 12). El fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros está en el centro de la nueva intervención penal, visto que no se tipifica solamente el viajar con fines terroristas (incluyendo la recepción de adiestramiento), sino también la financiación, la organización y la facilitación de estos viajes, incluyendo apoyo logístico y material, alojamiento, medios de transporte, servicios, bienes y mercancías.

5. DERECHO PENAL Y TERRORISMO: EL PARADIGMA DEL PELIGRO Y DE LA SEGURIDAD

5.1. Sistema penal y cambios paradigmáticos

El derecho penal clásico, basado en la Ilustración y elaborado en la teoría del delito, tiene como objetivo justificar la intervención penal y limitarla a la tutela de bienes jurídicos cuando hay una conducta penalmente relevante.

Poniendo al lado las políticas criminales del derecho penal de excepción (como durante el nazismo o el estalinismo), se ha justificado a partir de la década de 1980

16 La propuesta se encuentra por ahora en fase de negociaciones entre Consejo, Parlamento Europeo y Comisión (*trilogue*).[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI\(2016\)586628_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf).

una creciente necesidad de intervención penal anterior a la comisión de un delito, injusto penal y daños causados. Los paradigmas de política criminal para combatir el tráfico de estupefacientes, el crimen organizado y el terrorismo justificaron un derecho penal anticipativo y preventivo, es decir un derecho penal *ex ante*, cuya intervención está prevista para antes de la comisión de conductas concretas y dañosas que violan el bien jurídico penalmente tutelado.

En realidad, estos tres cambios paradigmáticos han tenido como resultado una expansión del derecho penal en diferentes etapas. La primera etapa ha sido la introducción de los tipos de asociaciones criminales. Aunque existían los tipos de bande de malfaiteurs o conspiracy, la incriminación de organizaciones criminales y de las organizaciones terroristas ha ido mucho más allá. De hecho, no se necesita la comisión concreta del delito, sino solo la formación de un grupo con el objetivo de cometerlos. En una segunda fase hay una expansión hacia los actos preparatorios (*inchoate offences*), desvinculados de la tentativa. En tercer lugar, se han tipificado actos de soporte financiero o material o de simple posesión. Muchos de estos actos son legales como tales, pero se convierten en actos ilícitos por su intención, por ejemplo, de establecer un grupo criminal o de cometer actos de terrorismo.

5.2. Terrorismo: amplificación y anticipación de la intervención penal

Anticipar el umbral de la punibilidad del comportamiento humano basándose en actos asociativos o actos preparatorios o conexos a ellos se justifica en razón de la necesidad de perseguir los comportamientos previos a la ejecución de los actos violentos. El gran problema que surge es, obviamente, que sin criterios de ofensividad la incriminación se convierte en prevención de peligro (Hassemer, 2006; Weisser, 2009, pp. 131-161). En ese contexto, surge la siguiente interrogante: ¿cómo elaborar criterios de peligrosidad que correspondan a la necesidad de la taxatividad de la intervención penal de tal manera que no se incriminen conductas humanas que relieven de las libertades públicas, evitando persecuciones políticas o ideológicas? Que una asociación tenga una estructura organizada, dotada de caracteres de estabilidad y permanencia y que se configure en un grado tal de efectividad que haga factible la ejecución de un plan no es obviamente suficiente. Tiene que ser un plan criminal serio, concreto y actual que vaya más allá del intercambio de ideas o del intercambio ideológico y debe reflejar el objetivo, la finalidad de comisión de actos violentos de terrorismo.

La expansión de los delitos de terrorismo se agrava cuando los delitos preparatorios o conexos no tienen como objetivo la comisión de delitos de terrorismo, sino la mera asociación terrorista o la preparación de delitos conexos.

La anticipación de la intervención penal no se limita solo a construcciones como el delito de pertenencia a una organización terrorista o el delito de colaboración con organización terrorista. Por ejemplo, en la legislación europea y en la práctica judicial penal, observamos construcciones en las que los actos conexos a delitos terroristas pueden constituir en sí asociación ilícita terrorista sin que el acto se cometa en grupo. Aquí, para ilustrar la expansión sin límites de la intervención penal, puede ser útil un ejemplo. Tres jóvenes amigos de origen árabe, que viven en Holanda, se informan por internet y redes sociales sobre ciertas técnicas para viajar sin problemas a Siria, como, por ejemplo, el poder falsificar pasaportes y pasar controles sin parecer nerviosos. También, se informan sobre los métodos de sobrevivencia en el desierto. Contentos con lo aprendido, intercambian entre ellos mensajes electrónicos con regularidad. En algunos de estos mensajes glorifican el coraje de algunos amigos que fueron a Siria como combatientes. Posteriormente, los tres sujetos fueron perseguidos en Holanda por entrenamiento pasivo y asociación ilícita terrorista, a pesar de no haber comunicado ninguna de sus actividades en el mundo exterior, y a pesar del hecho de que no exista ningún otro factor que indique su intención terrorista o su intención de preparar su viaje a Siria como combatientes. En este caso, se trata de una ampliación del tipo de pertenencia a un grupo terrorista que infringe los principios de legalidad y de proporcionalidad, visto que no hay una finalidad concreta de cometer actos terroristas. Interpretaciones de este estilo se encaminan hacia un derecho penal del autor, incriminando su pensamiento y su libertad de informarse (Asúa Batarrita, 1998; 2006, pp. 239-276). También podemos constatar que en la sociedad de información la definición de asociación terrorista cambia de estructura estable y permanente a una comunicación estructurada digitalmente.

Un segundo problema está obviamente vinculado con la última ola de incriminaciones en relación con meros actos conexos al terrorismo o con aquellas conductas que la Unión Europea denomina delitos relacionados con actividades terroristas. Se trata en la mayor parte de conductas corrientes legales que se convierten en ilícitos penales de terrorismo por su finalidad terrorista. En Estados Unidos, que ha ido incriminando las conductas en su legislación antiterrorista, se ha conceptualizado esta última ola como *terrorist precursor crimes*. Los precursores son, normalmente, productos básicos que necesitamos para fabricar productos farmacéuticos o drogas. Aquí, son productos y servicios básicos que permitan cometer una actividad terrorista o establecer grupos terroristas. El *Congressional Research Service* del Congreso lo define así: «Más allá de las metas ideológicas o estratégicas, todo grupo terrorista tiene en común determinadas necesidades básicas: financiamiento, seguridad, soporte de operativos, propaganda y medios y/o apariencia de fuerza. A fin de cubrir esas necesidades, los terroristas se involucran en

una serie de actividades, algunas legales, otras no, que incluyen diversos esquemas fraudulentos, delitos menores, delitos de identidad e inmigración, contrabando, narcotráfico, tráfico ilegal de armas, entre otros. *Los delitos precursores de terrorismo pueden definirse como actos ilícitos que se llevan a cabo para facilitar un ataque terrorista o sostener una campaña terrorista*¹⁷.

De este enfoque se puede entender que cualquier acto o conducta puede calificarse como precursor del delito. No tiene que extrañarnos que en el mismo documento se califiquen actos como negocios de fachada y organizaciones de beneficencia, fraudes de *food stamps*, entrenamiento pasivo, etcétera. En otras palabras, todos los actos que se pueden vincular con grupos terroristas, actos preparatorios o actos conexos podrían calificarse como *terrorist predicate crimes*, como los delitos subyacentes en el blanqueo de capitales. Para que exista blanqueo se precisa la comisión previa de un acto delictivo de cierta gravedad. En el caso del terrorismo, sin embargo, se trata de un proceso de tipificación ascendente al delito de terrorismo. Como es ascendente, el delito subyacente o de referencia no se ha cometido aún, ni se está preparando todavía; se trata de una incriminación autónoma anticipativa (*ex ante*). En segundo lugar, el delito subyacente no se limita a actos terroristas violentos —como por ejemplo los atentados en Francia o Bélgica—, sino que puede consistir solamente en la constitución de grupo terrorista o actos preparatorios.

Aquí algunos ejemplos prácticos judiciales de Holanda pueden servir, nuevamente, para ilustrar el problema. Un joven árabe visita diferentes sitios web con el objetivo de informarse sobre cómo obtener un visado para Turquía y como viajar a Siria. También hace algunas preguntas digitales sobre detonadores. Finalmente busca en YouTube propaganda de ISIS, especialmente, imágenes de decapitación. Algunas de ellas las almacena en su ordenador. Este joven fue perseguido por obtención de información y de habilidades de conocimiento, lo que fue considerado como entrenamiento pasivo (art. 134^a código penal holandés), para poder preparar y facilitar actos terroristas. Su condena de quince meses de encarcelamiento fue confirmada por la Corte Suprema holandesa¹⁸. De hecho, en este caso se penaliza el pensamiento ideológico como tal. Ningún acto es ilícito en

17 «Irrespective of ideology or strategic goals, all terrorist groups have several basic needs in common; funding, security, operatives/support, propaganda, and means and/or appearance of force. In order to meet these needs, terrorist engage in a series of activities, some of which are legal, many of which are not, including various fraud schemes, petty crime, identity and immigration crimes, the counterfeiting of goods, narcotics trade, and illegal weapons procurement, amongst others. *Terrorist precursor crimes can be defined as unlawful acts undertaken to facilitate a terrorist attack or to support a terrorist campaign*» (cursivas propias).

18 Hoge Raad, 31-05-2016, ECLI:NL:HR:2016: 1011.

sí y tampoco hay indicios concretos de actos preparatorios ni dolo específico que deba caracterizar la conducta y que debe constituir una proyección externa de esta finalidad.

En otro caso dos muchachos de origen árabe recolectaron dinero en Holanda para empezar una empresa de transporte en Siria. El tribunal de Rotterdam¹⁹ los condenó a tres años y medio de cárcel, sin necesidad de prueba de que fueron combatientes o de que participaron en actos terroristas. Facilitar a la organización ISIS en el califato, ya sea en forma de transporte o como cocinero, es un tipo de facilitación que se califica como participación en la organización terrorista ISIS. Viajar al califato se convierte casi automáticamente en delito, salvo que la persona está vinculada a organizaciones «amigas» que combaten al enemigo. Quien viaja a Siria, incluyendo el califato, para participar en los combates con los peshmerga kurdos es más bien un héroe. En ese sentido, dependerá de la definición del enemigo para saber si la conducta es criminal o un acto de liberación. Es exactamente el papel que no corresponde a la justicia penal.

6. CONCLUSIÓN

Nuestro análisis muestra cómo el paradigma antiterrorista convierte el derecho penal en un mero instrumento de política de seguridad y control de riesgo. A través de resoluciones, basadas en el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad ha vinculado estrechamente la seguridad global con la respuesta penal antiterrorista. En ese contexto, observamos cómo la sociedad de información convierte al globo en una ciudad global, en la cual movimientos como ISIS se posicionan como actores globales y sus actos se califican como terrorismo global que amenaza la seguridad global. A pesar de que no existe una definición internacional de terrorismo, la comunidad internacional define ad-hoc a los enemigos que hay que combatir. La cara más visible de este mecanismo son las listas de grupos y personas terroristas elaboradas por la ONU, la Unión Europea y algunos Estados, que tienen como consecuencia la imposición de *smart sanctions*, como el congelamiento de cuentas bancarias, la prohibición de visados, etcétera (Cameron, 2013).

Este cambio paradigmático tiene consecuencias muy importantes para la política legislativa en materia penal y en la construcción de tipos penales. El focus sobre la prevención y sobre la incriminación anticipativa ha hecho necesario incriminar grupos terroristas sin que exista un vínculo directo con actos terroristas. La finalidad se convierte en el criterio distintivo entre una asociación lícita y una terrorista. El problema es que esta finalidad se limita en ciertos casos al pensamiento

19 ECLI:NL:RBROT:2016:1264.

de las personas activas en el grupo. Si además el grupo se puede constituir de manera digital, sin estructura estable y permanente, llegamos a incriminaciones completamente abiertas que además llegan a un tipo de derecho penal de autor, en lugar de a un derecho penal de la acción ilícita. Cuando se penaliza al autor solamente por su manera de pensar lo hemos convertido en un enemigo.

Curiosamente, llegamos a estos artefactos penales con una dialéctica entre derecho internacional, europeo y nacional. Todos predicán el mismo paradigma, pero son muchas veces los Estados los que en su legislación o jurisprudencia penal llegan a los tipos más abiertos. Solo en una minoría de Estados, como por ejemplo Italia, son los tribunales supremos o constitucionales los que limitan de nuevo las incriminaciones gracias a la aplicación de principios generales, como el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, etcétera.

El paradigma de contraterrorismo ha tenido como resultado una vasta serie de figuras de tutela anticipada y asociativa, reflejo de un punitivismo expansionista por el cual el objetivo de la justicia penal ha cambiado del castigo a los autores culpables de haber cometido delitos (con fines de prevención general y especial, incluyendo rehabilitación) a un campo más amplio de control social del peligro y del riesgo. El resultado es que la comisión de conducta criminal de un sospechoso no es más que el umbral desde el cual se desencadena el *ius puniendi* del Estado. El enfoque de la seguridad en el derecho penal ha llevado a una expansión del derecho penal sustantivo (parte general y parte especial) más allá de las fronteras y límites tradicionales definidos en la época de la Ilustración. Al redefinir el objetivo de la justicia penal, se ha reconvertido, también, su naturaleza. Cuanto más alto es el riesgo o el peligro —que está basado en una construcción social y no, desde luego, en hechos empíricos—, más bajo es el umbral para el uso del *ius puniendi*, lo que significa que el derecho penal se convierte en derecho de la seguridad. El derecho de la seguridad se basa muy poco en una definición jurídica de sospechoso y conducta criminal, vinculada a daños graves al interés jurídico; por el contrario, se basa más bien en una definición preestablecida de un enemigo (Jakobs, 2004a) que está asociada con el riesgo, el peligro y la inseguridad. Esta deshumanización del derecho penal (ver Arroyo & Delmas-Marty, 2013) se combina con una instrumentalización política y la mediatización del delito y del miedo a la delincuencia (Simon, 2007). El resultado es que el *ius puniendi* del Estado (siendo una de las más represivas interferencias de la libertad) está siendo instrumentalizado y puesto al servicio del peligro y de la administración del riesgo. Cuando la prevención de la peligrosidad se convierte en el mecanismo que desencadena el castigo penal, el sistema de justicia penal está en riesgo de convertirse en un sistema de seguridad. Estos acontecimientos tienen como resultado una considerable expansión del sistema de justicia penal a través del

derecho penal sustantivo y procesal y, por lo tanto, una mayor injerencia en la libertad de los ciudadanos. La expansión de la justicia penal mina los principios básicos de la justicia penal moderna, elaborados en la Ilustración (*nullum crimen sine iniuria, nulla poena sine culpa, ultimum remedium, juicio equitativo*, etcétera) (Ferrajoli, 2011). Al mismo tiempo, la represión penal se convierte en una fórmula *passe partout* para la resolución de problemas sociales. Las expectativas respecto a la capacidad de la justicia penal para resolver problemas están, sin embargo, en agudo contraste con su efecto real. La expansión de la justicia penal es muy real en términos de control social, pero es muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales.

Para terminar, la construcción penal para contrastar el terrorismo exige un alto rigor conceptual y una interpretación que garantice que los principios básicos de la justicia penal moderna, reconocidos también como derechos, libertades fundamentales y derechos humanos, no se vean amenazados por una lucha frontal contra el terrorismo, no desencadenen una respuesta estatal que termine por afectar lo que trata de defender: los derechos humanos, la democracia, en definitiva, los bienes jurídicos fundamentales de una sociedad. Ellos son el fundamento y el límite del *ius puniendi* y la base de un derecho penal humanista. Un derecho penal sin límites se convierte en un instrumento de control social por parte del Estado que mina no solo la mera esencia del derecho penal sino también la legitimidad del poder punitivo del Estado. Por este motivo es importante redefinir y limitar el papel del derecho penal en la lucha contra el terrorismo y reforzar el enfoque de los derechos humanos en este sector²⁰.

20 Ver Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Human Rights Council, 22 de febrero 2016.

LAVADO DE ACTIVOS Y POLÍTICA CRIMINAL: PRESENTE Y FUTURO

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Sumario: 1. El legado de la Convención de Viena. 2. Nuevos problemas y desafíos en el tercer milenio. 3. Situación actual y futuro de la política criminal peruana. 3.1. La autonomía penal del delito. 3.2. El tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas. 3.3. Reglas preventivas que operan sobre personas expuestas políticamente. Naturaleza jurídica. 3.4. El grado de eficacia alcanzado en la criminalización secundaria. 4. A modo de conclusión.

1. EL LEGADO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

El proceso de criminalización internacional del lavado de activos que se inició hacia finales del siglo pasado se inició con la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena en noviembre de 1988. Uno de los objetivos principales de este importante acuerdo internacional fue promover la construcción de un espacio global que permitiera detectar, neutralizar o bloquear los procedimientos y prácticas

de acumulación, aseguramiento y reinversión de las ganancias de origen criminal, esto es, todas las operaciones o transacciones económicas, comerciales o financieras que se estructuraban y aplicaban para proveer de una apariencia de legitimidad a los ingresos ilegales provenientes de delitos de criminalidad organizada, como el tráfico ilícito de drogas (Prado Saldarriaga, 1997).

Para el desarrollo de ese objetivo se eligió como estrategia prioritaria la incorporación, en el derecho interno de los Estados, de un nuevo delito que debía estar dotado de una configuración típica autónoma y flexible, capaz de cubrir las diferentes y sucesivas etapas que integraban la compleja realización de un proceso ilegal de relevante eficacia para la consolidación y el crecimiento de las organizaciones criminales.

Además, la visión estratégica de la Convención de 1988 se proyectó también hacia otros dominios. Este instrumento internacional formuló políticas complementarias que apuntaban a promover medidas preventivas en los sectores especialmente vulnerables a las operaciones de lavado de activos, como la intermediación financiera, o que potenciaran las prácticas de cooperación internacional para la detección e intervención oportuna de los capitales delictivos que fuesen colocados en el amplio escenario de una economía cada vez más globalizada.

En torno a todos estos aspectos se definieron seis políticas internacionales para la prevención y control de las operaciones de lavado de activos que servirían de orientación para que los Estados construyeran sus programas de política criminal sobre la materia. Tales políticas fueron las siguientes:

1. La criminalización autónoma de los actos y operaciones de lavado de activos;
2. La regulación y aplicación de medidas de prevención del lavado de activos en la intermediación financiera;
3. La construcción y consolidación de un espacio internacional contra el lavado de activos;
4. La flexibilización del secreto bancario para la investigación criminalística financiera del lavado de activos;
5. La configuración de procedimientos ágiles y oportunos para la incautación o el decomiso de bienes generados o derivados del lavado de activos; y
6. La inversión de la carga de la prueba sobre el origen de los activos.

Sin embargo, en 1998, al cumplirse la primera década de la puesta en vigencia del mencionado convenio, se detectó que los Estados no cumplían aún con las recomendaciones vinculantes que aquel había diseñado. Fue por ello

que la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió ese año una resolución complementaria en la que se exigía a los países signatarios la adopción inmediata de las siguientes medidas legislativas y administrativas:

- Constituir un marco legislativo apropiado que criminalice el lavado de activos proveniente de delitos graves;
- Legitimar la identificación, congelación, incautación y decomiso del producto del delito, aún con anterioridad a un fallo de condena;
- Potenciar la cooperación internacional, así como la asistencia judicial recíproca para los casos de lavado de activos;
- Incluir el delito de lavado de activos en los acuerdos de asistencia judicial mutua;
- Establecer un régimen básico de autorregulación eficaz, con capacidad para impedir el acceso de los delincuentes y de sus fondos ilícitos a los sistemas financieros nacionales e internacionales;
- Supervisar el cumplimiento de los requisitos de identificación y verificación del cliente derivados del principio de «conozca a su clientela»;
- Regular la obligación de denunciar toda actividad sospechosa;
- Eliminar todo impedimento que provenga del secreto bancario para facilitar las actividades encaminadas a prevenir, indagar o sancionar un delito de lavado de activos;
- Fortalecer las agencias y procedimientos destinados a descubrir, investigar, procesar y sentenciar eficazmente a los delincuentes implicados en una operación de lavado de activos; y
- Tramitar oportunamente y de modo eficaz la extradición de los implicados en delitos de lavado de activos.

Como consecuencia de dicha exhortación, el impacto formal de la Convención de Viena en el derecho interno de los Estados comenzó a notarse en la primera década del presente siglo, a través de un heterogéneo proceso de asimilación o adaptación de los sistemas normativos a las distintas políticas y estrategias que la convención había sugerido. Es así que, a casi treinta años de haberse suscrito, se han configurado dos modelos de regulación muy diferentes —pero sumamente conexos entre sí— en torno al tratamiento legal interno de las operaciones de lavado de activos. Uno de naturaleza administrativa, dirigido a promover o supervisar los programas y medidas de prevención de tales conductas ilícitas; y

otro de índole estrictamente punitiva, el cual pretende armonizar la tipificación y los procedimientos de investigación y juzgamiento de dichos actos delictivos.

Cabe, entonces, sostener que, en el presente, el legado normativo de la Convención de Viena se ha materializado en un nutrido catálogo de convenios de trascendencia universal, regional o subregional, que han ido delineando y consolidando las coordenadas definitivas de la política criminal internacional contra el lavado de activos; desarrollando, en lo esencial, los ejes estratégicos de su precedente, la convención de 1988. Es más, similares objetivos, políticas y estrategias de prevención y control penal del lavado de activos se fueron transfiriendo, complementando y especializando a través de otros programas globales contra la delincuencia organizada transnacional o contra la corrupción de sistema, lo cual se comprueba en las recomendaciones y medidas antilavado incluidas en las convenciones de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo) y contra la corrupción (Convención de Mérida), pero también en otros instrumentos de especial relevancia internacional, como las renovadas cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI. Es más, un ejemplo reciente de esta tendencia exitosa en la consolidación internacional de la política criminal contra el lavado de activos post Viena es el Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2016-2020 de la Organización de Estados Americanos – OEA. En efecto, este documento regional, a través de la definición y operativización de su eje 4, sobre medidas de control, detalla los siguientes objetivos y estrategias:

Objetivo 6: Crear, actualizar y fortalecer, según corresponda, los marcos normativos e institucionales para contrarrestar el lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas.

Acciones prioritarias:

- 6.1 Revisión de los marcos legales, regulatorios y operativos en materia de prevención, detección, investigación, persecución y control del lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas.
- 6.2 Desarrollo e implementación de programas especializados y permanentes de capacitación en materia de prevención, detección, investigación, persecución y control del lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas.
- 6.3 Diseño y aplicación de protocolos que permitan que las autoridades competentes lleven a cabo investigaciones financieras y patrimoniales paralelas a las investigaciones relacionadas con el tráfico ilícito de drogas.
- 6.4 Establecimiento y activación de mecanismos para la coordinación y cooperación interinstitucional, incluyendo estrategias nacionales contra el

lavado de activos, comités nacionales de coordinación y el uso de grupos de trabajo especiales.

6.5 Optimización de los sistemas de información en la investigación y persecución del delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, incluyendo la utilización de la inteligencia financiera.

6.6 Identificación y análisis de los riesgos de lavado de activos, a fin de mitigarlos mediante políticas públicas de fortalecimiento al régimen de prevención y combate de este delito a nivel nacional, de conformidad con los instrumentos internacionales.

Ahora bien, la actual asimilación global de las principales medidas de política criminal contra el lavado de activos se explica, sobre todo, por la consistencia estratégica de su racionalidad económica. En efecto, la hipótesis central que validó la criminalización internacional del lavado de activos fue lo coherente de su visión acerca de que la prevención y el control de la criminalidad organizada eran en esencia un problema económico. Esto es, que las diferentes modalidades de criminalidad organizada tenían en común ser actividades económicas de ejecución continua que ocurrían en mercados restringidos, compuestos por circuitos flexibles de producción, comercialización y consumo que eran activados y explotados eficientemente por estructuras organizacionales de corte empresarial.

Por tanto, todo programa preventivo o represivo de la criminalidad organizada debería siempre comenzar por desconectar o desorganizar tales sistemas y esquemas funcionales de fomento y utilidad de bienes y servicios ilegales. Para ello, las estrategias y medidas más idóneas serían aquellas con capacidad para interdicar, bloquear y debilitar la captación e inserción de fuentes de financiamiento y reinversión de las ganancias de origen ilegal; es decir, las que fueran eficaces y eficientes para neutralizar o limitar, paulatinamente, las oportunidades y posibilidades de movilidad, aplicación o reproducción de los propios capitales ilegales generados por las organizaciones criminales. El razonamiento aplicado era tan simple como técnico: si una empresa como las que interactúan en la criminalidad organizada pierde capital o no puede obtenerlo o conservarlo, simplemente no podrá sostener la misma dinámica y los mismos estándares de su proceso productivo, de comercialización o de gestión habituales, lo cual disminuirá el flujo de sus stocks de bienes y servicios ilícitos y con ello irá reduciendo o haciendo cada vez más cara e insostenible su presencia u oferta en su mercado operativo.

Resultaba fácil, por tanto, calcular y admitir que el principal impacto de la eficacia de las acciones de control —preventivo o represivo— de las operaciones de lavado de activos sería, por regla económica, la retracción de las capacidades y fortalezas de las empresas criminales. Ellas, poco a poco, sufrirían una liquidez

descompensada y sistemática, que afectaría negativamente la eficiencia de su continuidad operativa, el sostenimiento de sus redes clandestinas de producción y comercialización de bienes o servicios ilegales, el suministro oportuno y su capacidad de oferta de aquellos, elevando sus costos finales y precios.

La lógica, pues, de dicho enfoque económico dotó de solidez técnica a la política criminal contra el lavado de activos y le otorgó credibilidad internacional, convirtiéndola en la principal herramienta criminológica y criminalística de todo programa contemporáneo contra la delincuencia organizada transnacional; pero además puso de relieve la utilidad que a todo este proceso puede aportar una activa y oportuna colaboración internacional. Es por ello que, desde los inicios de su vigencia, las guías de aplicación de la Convención de Palermo han recomendado de modo reiterado que

Para que esta cooperación sea posible, debe crearse en primer lugar la capacidad interna para identificar, reunir e interpretar toda la información pertinente. Esencialmente, la Convención propone la intervención de tres tipos de entidades que podrían formar parte de una estrategia de lucha contra el blanqueo de dinero y cuyo establecimiento los Estados podrían, por lo tanto, tomar en consideración:

- a) Organismos de reglamentación, encargados de la supervisión de las instituciones financieras, como los bancos y las entidades de seguros, con facultades para inspeccionar las instituciones financieras y exigir el cumplimiento de los requisitos reglamentarios imponiendo recursos o sanciones reglamentarios o administrativos;
- b) Organismos de cumplimiento de la ley, encargados de realizar investigaciones penales y con atribuciones para investigar y para arrestar y detener a los sospechosos, y que están sujetos a salvaguardias judiciales o de otra índole;
- c) Dependencias de inteligencia financiera, cuyo establecimiento no se exige, sin embargo, en la Convención contra la Delincuencia Organizada y cuyas atribuciones se limitan por lo general a recibir informes sobre transacciones y actividades sospechosas, analizarlos y presentar información a las autoridades judiciales, aunque algunas de estas dependencias tienen atribuciones más amplias (UNODC, 2004, p. 57).

Es por todo ello que hoy en día los organismos internacionales especializados y los Estados confían plenamente en que una implementación eficiente, integral y persistente, de las políticas contra el lavado de activos incidirá, necesariamente, sobre las capacidades financieras o logísticas de las organizaciones criminales, promoviendo que estas pierdan poder, colapsen en el mercado o se agoten económicamente. La comunidad mundial se ha convencido de lo atinado de dicho

enfoque, al que por tal razón se considera como el más importante legado de la Convención de Viena. Esto fue de algún modo vaticinado por Albrecht, quien sostuvo a inicios del siglo XXI que

El objetivo más importante en el que se basan las estrategias de control al lavado y el retiro del producto ilícito del delito, se relacionan con la prevención en la forma de reducción de oportunidades y en la forma de fortalecimiento y afianzamiento del principio de prevención general. El concepto se fundamenta en que la criminalidad organizada y sobre todo el comercio organizado de narcóticos, pueden ser atacados en forma mucho más eficiente a través de estos instrumentos si se impide la reinversión del producto ilícito del delito y se embargan los dividendos provenientes de las actividades criminales (Albrecht, 2001, pp. 49-50).

2. NUEVOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS EN EL TERCER MILENIO

Es evidente que la realidad contemporánea del problema de la criminalidad organizada y del lavado de activos ha adquirido características y dimensiones muy diferentes de aquellas que sirvieron de contexto a las decisiones adoptadas por la Convención de Viena. En la última década se ha hecho evidente que la consistencia y coherencia de los objetivos y estrategias diseñados por la política criminal internacional para la prevención e interdicción de tales actividades delictivas no han alcanzado los estándares de eficiencia y utilidad que orientaron su diseño. Es por ello que en un informe de 2010 la UNODC advertía ya sobre la necesidad de un replanteamiento estratégico que diera prioridad a las siguientes acciones:

- Perturbar las fuerzas del mercado en que se apoyan las actividades ilícitas;
- Intervenir los mercados que sustentan esas actividades [...];
- Detener a los «hombres de atrás», es decir, abogados, asesores fiscales y economistas, agentes inmobiliarios y personal de entidades crediticias que hacen de tapadera y blanquean las ganancias (citado en López Sánchez, 2013, p. 344).

En efecto, diferentes registros de evaluación sobre los resultados hasta ahora obtenidos indican que el surgimiento de nuevos problemas y brechas complejas en la implementación material de las medidas preventivas y punitivas demanda una retroalimentación y afinamiento del planeamiento estratégico predominante en los programas globales, regionales y nacionales contra el lavado de activos. Por

tanto, corresponde reformular algunas de las alternativas adoptadas e incluir otras que incidan, sobre todo, en el grado de eficacia real que se detecta cualitativa y cuantitativamente en los procesos de criminalización secundaria aplicados sobre las prácticas y tipologías contemporáneas de auxilio o cobertura que se utilizan para asegurar que las manifestaciones de criminalidad organizada más caracterizadas —como el tráfico ilícito de drogas o la trata de seres humanos— o novedosas —como el suministro clandestino de tecnología nuclear para la proliferación de armas de destrucción masiva o la cibercriminalidad— logren todavía un significativo disfrute y reinversión de ganancias ilícitas. En efecto, los expertos calculan que el poder económico del crimen organizado se sigue fortaleciendo de manera continua, produciendo un volumen de ganancia ilegal anual de alrededor de 870 000 millones de dólares, esto es, un equivalente «al 7% de las exportaciones mundiales o el 1,5 % del PBI mundial». Esto significa que «si el crimen organizado representara a un país, este sería una de las veinte mayores economías del mundo, ya que produce una cifra equivalente a la riqueza de Holanda». Además, ha generado que se coloque también a la criminalidad organizada como parte de «los seis grupos de amenazas que deben preocupar al mundo hoy y en los decenios por venir». En términos geopolíticos esto equivale a sostener —como lo hacen algunos analistas con realismo y sin exageraciones— que en la coyuntura actual, debido a la eficiencia de las prácticas de lavado de activos, la criminalidad organizada «se ha convertido en un nuevo centro de poder a nivel mundial» (López Sánchez, 2013, p. 339).

Es en función de todo ello que el Informe UNODC 2015, al referirse al lavado de activos volvió a insistir en la adopción de medidas más directas y efectivas sobre el decomiso real de todo tipo de ganancia de origen criminal, en especial de aquella derivada de la corrupción de funcionarios públicos. En torno a este requerimiento se sostuvo lo siguiente:

Los grupos criminales ponen mucho esfuerzo a la hora de ocultar sus bienes y la transferencia de sus fondos obtenidos de manera ilegal. El lavado de dinero cuyo monto estimado representa entre el dos y cinco por ciento del GDP global-plantea una serie de amenazas, en las cuales se incluyen:

La alimentación de la corrupción y del crimen organizado, como, por ejemplo, el aumento de oficiales públicos corruptos, la necesidad de poder lavar sobornos y coimas, como de grupos criminales organizados que utilizan el lavado de dinero para los procesos de tráfico de drogas y otros crímenes;

La facilitación del terrorismo, ya que los grupos terroristas usan el lavado de dinero para comprar armas;

El daño a la reputación de los bancos, lo cual puede traer como consecuencia, un daño a las instituciones financieras legales; y

El daño a largo plazo de las posibilidades de los países que se encuentran en desarrollo, ya que el «dinero sucio» puede tener grandes repercusiones a la hora de generar relaciones sólidas y de largo plazo con inversiones extranjeras, porque estas buscan países con un buen gobierno y que se encuentren estables.

Estas amenazas ponen en manifiesto, que la tarea de combatir el lavado de dinero, es más urgente que nunca. Y una de las mejores maneras para detener a los criminales es *el decomisar los productos procedentes de los crímenes de oficiales públicos corruptos, de traficantes y de grupos criminales organizados* (UNODC, 2015, pp. 55-56).

Son varias las hipótesis que concurren a explicar la disfuncionalidad de las políticas y estrategias anti lavado. En algunos casos ellas aluden a cambios repentinos en la extensión y rutinas de los sectores vulnerables a la inserción económica o financiera del producto criminal bruto. Por ejemplo, se constató que las operaciones o transacciones sospechosas no solo ocurren en el escenario formal de la intermediación financiera, del mercado de valores, de los procedimientos de exportación e importación de bienes o del intercambio de divisas, sino que también se materializan con éxito en otros sectores económicos y de servicios menos rigurosos y con cuotas aún significativas de informalidad, como la actividad inmobiliaria o de extracción minera, e incluso en el quehacer aparentemente inofensivo de determinados profesionales como los abogados, los contadores o los notarios. Surgió entonces la necesidad de identificar también las tipologías que desarrolla el lavado de activos en el ámbito de las que se denominan «actividades y profesiones no financieras designadas – APNFD».

En otros casos, las líneas etiológicas suelen focalizarse en la evolución reciente del *modus operandi* que actualmente predomina en los usos comerciales y financieros, ahora mayormente radicados y socializados de manera general y transversal en procesos y mercados virtuales o a través del acceso innominado al internet. Esto es, a modalidades, oportunidades y tipologías de lavado de activos «en línea» para las cuales las políticas y estrategias internacionales convencionales no habían sido formuladas. En este contexto surgió la necesidad de regular nuevos procedimientos especiales de investigación del lavado de activos. Por ejemplo, la instalación de un software que puede infiltrarse «en el sistema informático del investigado y dar a conocer su actividad en la red informática». Sin embargo, también se hizo evidente que los desniveles en la capacidad y fortaleza informáticas o económicas de los Estados y sus agencias de control del lavado de activos limitan

e incluso, en no pocos casos, hacen difícil interceptar las diferentes modalidades usuales de mensajería instantánea (OEA, 2016a, pp. 10-11).

La experiencia criminalística acumulada también ha permitido reconocer que las personas jurídicas constituyen un componente necesario en el proceso del lavado de activos y que no cabe hacer distinciones a favor de una pretendida asepsia criminal o punitiva de los entes colectivos, sean estos de naturaleza civil o mercantil. Que, por consiguiente, el fenómeno del lavado de activos no solo se camufla en personas jurídicas «de fachada» o «de papel»; esto es, por aquellas constituidas y gobernadas por una cultura criminal, sino que, igualmente, los actos de colocación, intercalación o integración pueden materializarse con eficacia en la presencia opaca de las personas jurídicas *off shore*, así como en el ámbito de orientación filantrópica que suele gobernar la existencia de las organizaciones no gubernamentales (ONG). En definitiva, pues, se ha hecho visible y sensible que las personas jurídicas ofrecen a la delincuencia especializada una variada oportunidad para innovar sus espacios de infiltración para la fusión contaminante del capital de origen criminal. Como destacan los instrumentos especializados de las Naciones Unidas:

Las complejas estructuras de esas entidades permiten ocultar eficazmente la verdadera identidad de los propietarios, la identidad de los clientes o determinadas transacciones en relación con delitos que van desde el contrabando hasta el blanqueo de dinero y las prácticas corruptas. Los ejecutivos mismos pueden residir fuera del país en que se comete el delito, y la responsabilidad individual puede ser difícil de probar. Por ello, ha ganado terreno la opinión de que la única manera de eliminar este instrumento y escudo de la delincuencia organizada transnacional es establecer la responsabilidad de las entidades jurídicas. La responsabilidad penal de una entidad jurídica puede también tener un efecto disuasivo, en parte porque el daño a la reputación puede ser muy oneroso y en parte porque puede catalizar el establecimiento de una gestión y unas estructuras de supervisión más eficaces para garantizar el cumplimiento (UNODC, 2014, pp. 55-56).

Por último, no son menos significativas las posiciones que justifican las falencias de la implementación de las estrategias y medidas internacionales en los desbordes negativos del ejercicio del poder político y, con mayor precisión, en el rebrote de la corrupción de sistema y el proceder delictivo o calculado de las personas expuestas políticamente (PEP), que utilizan su posición e influencia para viabilizar operaciones de lavado de activos o para servirse inescrupulosamente de ellas. Es decir, la aplicación de una «doble moral» por parte de quienes tienen poder político o ejecutan actos de gobierno, que aparentan una actitud favorable y de

asimilación de los programas contra el lavado de activos, rechazando oficialmente su práctica, pero que, a la vez —de modo simultaneo o sucesivo— neutralizan sus posibilidades de eficacia o recurren a las operaciones de lavado de activos para blanquear su enriquecimiento ilícito. En este dominio, un importante factor de ineficacia e impunidad se ha expresado a través de la interferencia que provocan en la eficiencia del adelantamiento y desarrollo de los procesos penales la concurrencia de prerrogativas forales o de juicios políticos paralelos que asisten a las PEP cuando se trata de jefes o ministros de Estado o de otros funcionarios públicos de alta jerarquía.

De manera paralela, hay cuestionamientos a la eficacia y oportunidad de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal, especialmente los que analizan procedimientos de asistencia mutua de segundo grado, como el levantamiento del secreto bancario, el decomiso y devolución de bienes de origen ilegal, el intercambio espontaneo de información o evidencias, y la aplicación oportuna de la extradición de las personas imputadas. Al respecto se observa que los estándares internos exigidos en las relaciones interestatales sobre estas materias se muestran sumamente rígidos y formales, lo que afecta la utilidad y la confianza en tales prácticas de colaboración internacional contra la criminalidad, a la vez que promueve riesgos relevantes de impunidad. Como reconoce un documento oficial de las Naciones Unidas sobre la aplicación de estos procedimientos: «Mucho se ha dicho respecto de la necesidad de «romper barreras» o iniciar una nueva era de cooperación y flexibilidad, pero quienes han participado en la esfera de la delincuencia transnacional y la cooperación internacional saben que del dicho al hecho hay un trecho. Los tratados crean obligaciones vinculantes entre los Estados Parte, pero la tramitación de una solicitud de extradición o de asistencia exige también el análisis y el examen de la legislación interna de los Estados requirente y requerido» (UNODC, 2012, p. 12).

Todo ello demuestra que el ansiado espacio internacional contra el lavado de activos —que avizorara la Convención de Viena e impulsara la Convención de Palermo— no ha logrado materializarse plenamente, pese a la existencia de un amplio repertorio de acuerdos multilaterales y esfuerzos conjuntos al respecto. A este nivel, por ejemplo, se ha detectado una actitud de autolimitación normativa para la aplicación eficaz de los denominados procedimientos de decomiso sin condena, conocidos también como de extinción de dominio. Sobre todo, ha sido frecuente la confusión o colocación de las normas y competencias sobre la materia como un complemento residual de lo concerniente a los procesos penales incoados, restando de esta manera autonomía operativa a sus normas o sobrecargando las funciones de los órganos de investigación y persecución del delito (OEA, 2016b, p. 14).

Por lo demás, las experiencias extraídas de casos emblemáticos recientes como Liberty Reserve, los Panamá Papers o Lava Jato otorgan relevante validación a las hipótesis expuestas, a la vez que indican con solvencia empírica hacia dónde debe encaminarse una nueva política criminal internacional contra el lavado de activos. En torno a esto último cabe reconocer los constantes espacios y programas de evaluación multilateral e intercambio que viene promoviendo en el contexto global la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC, o a nivel hemisférico por el Grupo de expertos para el control del lavado de activos – GELAVEX de la Organización de Estados Americanos, así como por el Grupo de acción financiera de Latinoamérica – GAFILAT, vinculado con la aplicación regional de las 40 recomendaciones del Grupo de acción financiera internacional – GAFI. En esta misma línea se inscriben los trabajos que realiza el Mecanismo de evaluación y seguimiento de la convención interamericana contra la corrupción – MESICIC para el caso específico de prácticas de prevención y control del lavado de activos vinculados a actos de corrupción.

Ahora bien, aunque excedería los límites de estos comentarios hacer un recuento detallado de los distintos enfoques, instrumentos y alternativas que hoy en día se vienen construyendo para reformular la política criminal internacional contra el lavado de activos, cabría señalar como hecho emblemático de lo que representa esta nueva etapa que la internacionalización de la importancia de las políticas y acciones contra el lavado de activos, se ha consolidado como una tarea prioritaria de la comunidad mundial, al extremo que se ha instituido un día mundial de prevención del lavado de activos que se conmemora simbólicamente en varios países el 29 de octubre de octubre de cada año.

Por tanto, para desarrollar este apartado consideramos pertinente enumerar, de modo esquemático, cuáles son los principales ejes de política que orientan de modo prevalente todos estos procesos contemporáneos de retroalimentación de las estrategias existentes, así como los ejes de relanzamiento de lineamientos innovadores que posibiliten formalizar una renovada política criminal contra el lavado de activos.

Al respecto, podríamos señalar como criterio rector general de esta nueva política la promoción de una mejor visualización de resultados y consecuencias del control sobre riesgos y amenazas de lavado de activos en contextos específicos de vulnerabilidad externa o interna (OEA, 2016c, pp. 8-9).

Asimismo, para este proceso opera también —como un principio fundamental de carácter táctico u operativo— lograr la interdicción real y la confiscación efectiva de los bienes de origen ilícito antes, incluso, que la identificación y sanción penal de los perpetradores de operaciones de lavado de activos.

Desde estos dos patrones de reformulación de objetivos y estrategias, los planteamientos prioritarios que se sugieren para construir la nueva política criminal contra el lavado de activos son, entre otros, los siguientes:

- Armonizar los marcos legales y administrativos que faciliten el decomiso y aprovechamiento oportuno de los bienes contaminados, mezclados o fusionados. En este dominio, lo esencial gira en la determinación del uso y usufructo inmediato de tales bienes, incluyendo los procesos de decomiso de empresas y personas jurídicas de capacidad productiva. A este nivel se requiere promover una asimilación diferenciada de los modelos de «decomiso sin condena», alejándola de una bilateralidad penal. También se demanda impulsar la preparación especializada de los funcionarios administradores de bienes incautados o decomisados. En este contexto, son útiles los ejemplos obtenidos en Latinoamérica a partir de la experiencia en capacitación obtenida en México con los módulos de instrucción aplicados por el SAE (Servicio de Administración y Enajenación de Bienes).
- Potenciar el control preventivo y penal de las personas jurídicas. Para ello una estrategia esencial sería la generalización de los procedimientos y prácticas de análisis de riesgos que se formalizan en los denominados programas de cumplimiento. Cabe destacar que los hoy consolidados *criminal compliance* tuvieron su origen en las políticas preventivas del lavado de activos.
- Legitimar de manera formal los procedimientos especiales de investigación que se apliquen mediante «técnicas de señuelo». Ello guarda relación con la regulación legal del uso de prácticas encubiertas de infiltración informática o de constitución de bancos o empresas financieras ficticias para la captación de transacciones ilegales o sospechosas.
- Introducir fórmulas de equilibrio legal para el tratamiento oportuno y eficiente, tanto a nivel internacional como nacional, de la participación criminal de personas expuestas políticamente (PEP). En este dominio se plantea, por ejemplo, la suspensión de fueros y procedimientos de privilegio para los altos funcionarios que incurran en actos de lavado de activos o de corrupción.
- Fortalecer los procesos de evaluación multilateral de la eficacia cuantitativa de la aplicación de los programas nacionales de prevención, detección y represión de lavado de activos. Se debe impulsar la agilización de la continuidad de estos procedimientos, así como focalizar o especializar sus indicadores y reglas de contraste. A este nivel son importantes los actuales ensayos que vienen estudiando y produciendo los grupos de expertos

para introducir mejoras en el mecanismo de evaluación multilateral – MEM de la Organización de Estados Americanos, así como en las rondas multilaterales que se aplican entre los países que se han adherido a las 40 recomendaciones del GAFI.

La notoria amplitud de todos estos ejes de reestructuración de la política criminal contra el lavado de activos para la década siguiente, los convierten, en conjunto, en un coherente programa mínimo de objetivos y estrategias. Por tanto, estos ejes constituyen la plataforma básica para la renovación del planteamiento estratégico que le corresponde realizar en el corto plazo a los Estados, sobre todo a aquellos que forman parte de economías emergentes, pero también los que integran bloques eficientes de evaluación y promoción internacional de políticas sociales o de seguridad global, como las que comparten los países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE.

Serán, pues, los próximos cinco años los que den a conocer a la comunidad mundial los primeros resultados de este importante proceso de reformulación de la política criminal internacional, regional y nacional, para la prevención, control y sanción del lavado de activos.

3. SITUACIÓN ACTUAL Y FUTURO DE LA POLÍTICA CRIMINAL PERUANA

¿Qué viene ocurriendo en un país emergente como el Perú? En una publicación anterior nos hemos referido al impacto y efectos colaterales que tiene el lavado de activos en un país con nuestras características socioeconómicas (Prado Saldarriaga, 2015), a fin de introducir una línea de investigación diferente sobre la situación de dicho problema criminal y de las políticas públicas diseñadas e implementadas para su prevención y control. Lamentablemente, esta modalidad de análisis no ha sido seguida por los especialistas nacionales, que se mantienen concentrados en una revisión preferentemente dogmática sobre la legislación afín a su regulación penal, o en la prevención administrativa (cfr. Mendoza, 2016; Lamas, 2016).

Lo que haremos a continuación es describir un panorama, más o menos integral, que permita visualizar e identificar del modelo de política criminal que sigue actualmente el Estado peruano para hacer frente al suceso criminal que es objeto de análisis, sobre todo en una coyuntura en la que su presencia activa resulta cada vez más frecuente y sensible para la comunidad nacional.

Comenzaremos por señalar que el alineamiento de la política criminal nacional con los estándares internacionales ha sido una constante desde la adhesión formal a los principales convenios y programas de la especialidad. Asimismo, que la participación del Perú en los foros y organismos especializados ha sido también de

adhesión y participación activa y permanente desde finales del siglo pasado (Prado Saldarriaga, 2014).

Esta primera característica —que hace de la política criminal nacional contra el lavado de activos una receptiva caja de resonancia de los referentes globales o regionales— se ha visto potenciada y priorizada por otros objetivos políticos estratégicos para el futuro del país, como la integración plena de la economía peruana en la OCDE.

Sin embargo, la formulación y aplicación de una política integral peruana contra el lavado de activos es reciente y se encuentra aún en un proceso de afinamiento y retroalimentación.

En efecto, el Plan nacional de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo fue elaborado con apoyo técnico del Fondo Monetario Internacional y aprobado a mediados de 2011, y pese a haber cumplido ya su primer periodo quinquenal de aplicación mantiene vigente su estructura y contenidos originales. Es necesario, entonces, actualizar sus objetivos, estrategias y medidas sectoriales, tarea que según fuentes de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú debe culminar a fines de 2018 (SBS, 2011, p. 15).

A nivel orgánico, la existencia y operatividad de un órgano rector, la Comisión ejecutiva multisectorial de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo – CONTRALAFT, se encuentra aún en una etapa de consolidación. En los tres últimos años, los principales esfuerzos de este organismo han estado encaminados a preparar al sistema antilavado nacional para la próxima evaluación multilateral a que será sometido en el marco del GAFILAT, así como, también, a levantar observaciones formuladas en evaluaciones precedentes. Cabe mencionar que en torno a esta última línea de acción se ha logrado obtener un resultado positivo en el marco del XXXIII pleno de representantes de GAFILAT, realizado en Buenos Aires los días 4 y 5 de agosto de 2016, que abordó la salida del Perú y Chile del proceso de seguimiento de la tercera ronda de evaluaciones mutuas.

Sin embargo, es evidente que todavía la existencia funcional del CONTRALAFT no se ha posicionado en un espacio expectante de la prioridad estatal o en la conciencia ciudadana. En dicho contexto, pues, resulta oportuno evocar cuáles fueron los objetivos y estrategias principales del Plan nacional de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Al respecto, entre los objetivos propuestos destacaban los siguientes:

- Fortalecimiento del sistema antilavado;
- Protección de la integridad del sistema económico financiero;
- Reducción del poderío económico del crimen organizado; y
- Contribución a la lucha contra la corrupción.

En cuanto a las estrategias de implementación planteadas, cabe mencionar a las siguientes:

Estrategias de prevención:

- Reforzar el marco legal y regulatorio en materia de prevención de LA/FT;
- Reforzar la supervisión en materia de ALA/CFT; y
- Fortalecer el cumplimiento de obligaciones en materia ALA/CFT.

Estrategias para la detección:

- Fortalecer la capacidad de acceso de información de las entidades encargadas de la detección e inteligencia financiera;
- Fortalecer la capacidad analítica de las entidades involucradas en la detección e inteligencia financiera; y
- Fortalecer la detección ALA-CFT en puntos de control aduanero y zonas de frontera.

Estrategias para la represión penal:

- Garantizar plazos adecuados para las investigaciones por lavado de activos;
- Intensificar la coordinación inter-institucional en el marco de la investigación penal;
- Fortalecer las capacidades institucionales de los órganos especializados en la investigación y juzgamiento;
- Fortalecer la cooperación judicial internacional en materia de lavado de activos; y
- Fortalecer la capacidad del Estado de despojar a los criminales y terroristas de sus activos.

Para aplicar estas estrategias se fueron estructurando planes operativos sectoriales que deberían especificar las medidas y acciones que correspondería ejecutar a los diferentes niveles y órganos de la Administración Pública con competencias para la prevención y control del lavado de activos.

En la legislación anti lavado, la producción normativa ha seguido también los modelos básicos generados en el derecho internacional sobre la materia, así como las sugerencias y recomendaciones que han surgido de los procesos de evaluación multilateral a los que se ha sometido el Perú, los que tienen en la región una condición vinculante y de adhesión plena, como destaca Winter Etcheberry, e integran también el denominado derecho penal transnacional (Winter Etcheberry, 2015, p. 120).

Como resultado de todo ello, el derecho nacional cuenta en la actualidad con un complejo sistema de normas de naturaleza orgánica, penal, administrativa y derivada (Prado Saldarriaga, 2013, p. 431). Entre estas disposiciones legales cabe destacar como las más representativas a las siguientes:

- El decreto legislativo 1106, modificado por el decreto legislativo 1249, que tipifica y sanciona penalmente el lavado de activos;
- La ley 27693, modificada por el decreto legislativo 1249, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.
- La ley 29038, modificada por el decreto legislativo 1249, que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de fondos de Pensiones.
- La ley 28306, modificada por el decreto legislativo 1249, cuya sexta disposición complementaria transitoria y final regula el régimen de declaración del ingreso o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador.
- La ley 30077 contra el crimen organizado, modificada por el decreto legislativo 1244, que incluye al lavado de activos en la aplicación de sus normas especiales.
- La ley 30424, modificada por el decreto legislativo 1352, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delito de lavado de activos.
- El decreto legislativo 1104, concerniente a la aplicación del proceso especial de pérdida de dominio para el delito de lavado de activos.
- La resolución SBS 4939-2016, que aprueba normas funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) en materia de prevención del lavado de activos y de financiamiento del terrorismo.
- La resolución SBS 2660-2015, que aprueba el Reglamento de gestión de riesgos de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

Por consiguiente, cabe reconocer que, avanzada ya la segunda década del tercer milenio, el Perú cuenta con un sistema organizacional y normativo antilavado integrado y compatible con los principios y estrategias que rigen la política criminal internacional contra el lavado de activos. En tal sentido, es correcta la conclusión formulada por García Cavero cuando sostiene que «se puede colegir de todo lo dicho que la política criminal nacional referida a la lucha contra el lavado de activos ha pasado de un proceder intuitivo a una actuación planificada de manera general con base en un diagnóstico y el establecimiento de objetivos concretos» (García Cavero, 2016, p. 412).

Ahora bien, para identificar la presencia e intensidad de los problemas y desafíos disfuncionales de la política criminal internacional contra el lavado de activos en el caso peruano, consideramos pertinente referirnos a los siguientes aspectos:

- La autonomía penal del delito;
- El tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas en el delito;
- Reglas preventivas que operan sobre personas expuestas políticamente; y
- El grado de eficacia alcanzado en la criminalización secundaria.

3.1. La autonomía penal del delito

Un problema histórico que ha afectado la eficacia de las acciones penales contra el lavado de activos en varios países de la región ha sido el querer vincularlo a la conexión o dependencia necesaria de un delito precedente. El Perú no ha sido ajeno a este problema hermenéutico y práctico. Sin embargo, la autonomía penal del delito de lavado de activos se encuentra formalmente reconocida desde la vigencia de la ley 27765. Además, en el ámbito jurisprudencial, tal condición típica y procesal del mencionado ilícito ha sido también asimilada desde la emisión de una ejecutoria suprema del 26 de mayo de 2004, en el recurso de nulidad 2202-2003. Esta posición de la judicatura peruana ha sido luego ratificada por otras decisiones del Tribunal Supremo como los acuerdos plenarios 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011. Y, más recientemente, por la ejecutoria suprema del 27 de diciembre de 2016 en el recurso de nulidad 2868-2014.

Sin embargo, pese a esa posición normativa y jurisdiccional, recientes reformas introducidas en el artículo 10° del decreto legislativo 1106 y el decreto legislativo 1249 han procurado dar mayor precisión y omnicomprensión a la autonomía del delito de lavado de activos señalando lo siguiente: «El lavado de activos *es un delito autónomo*, por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena». Cabe señalar que aún después de esta reforma subsisten posiciones dogmáticas que rechazan la independencia plena de la criminalización primaria o secundaria del lavado de activos¹. Ello también ha quedado evidenciado en la controvertida

1 Ver el tomo 90 del número especial de la *Gaceta Penal y Procesal Penal* sobre la reciente modificación del delito de lavado de activos (2016, p. 11).

casación 92-2017-Arequipa, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de agosto de 2017².

3.2. El tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas en lavado de activos

Tal vez el más importante cambio que ha aportado la política criminal internacional contra el lavado de activos ha sido demostrar lo funcional que resulta la persona jurídica a la realización de delitos que como el blanqueo de capitales constituyen un sólido soporte de la criminalidad organizada. Al respecto, la recomendación 24 del GAFI destaca:

Los países deben tomar medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. En particular, los países que tengan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador, o que permitan accionistas nominales o directores nominales, deben tomar medidas eficaces para asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos plasmados en las Recomendaciones 10 y 22.

La Convención de Palermo, en su artículo 10°, también se había referido expresamente a la necesidad de prevenir y controlar la potencialidad delictiva que para la criminalidad organizada puede aportar la persona jurídica:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

2 Casación 92-2017, Sumilla.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Pero, además, las acciones supranacionales y las experiencias internas antilavado han promovido la construcción de una estrategia ad hoc para la prevención de la condición criminógena que aporta la persona jurídica a la práctica de operaciones de conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento y tenencia de bienes de origen ilegal. Se trata, en concreto, de los denominados programas de cumplimiento, que hoy han trascendido a otras áreas operativas que componen lo que se ha designado como «derecho penal preventivo» o los *criminal compliance* (Mir Puig, Corcoy & Gómez Martín, 2014).

Sobre esta importante herramienta de prevención de la criminalidad de las personas jurídicas —especialmente de aquellas asociadas al lavado de activos y la corrupción de sistema—, la adopción de decisiones normativas en la política criminal peruana es muy reciente.

En efecto, fue mediante la promulgación de la ley 30424, a fines de 2015, que la política criminal peruana comienza a aproximarse a la regulación de estas importantes medidas. Sin embargo, esta decisión eludió dos problemas esenciales. En primer lugar, no criminalizó a la persona jurídica delinciente, limitándose a normar de modo incoherente una controvertida responsabilidad autónoma pero «administrativa». Y, en segundo lugar, redujo inconvenientemente el impacto de esta nueva legislación, que por vez primera incorporaba la aplicación de reglas y programas de cumplimiento al delito de cohecho activo transnacional. De esta manera se hizo evidente que la verdadera finalidad de la citada ley fue allanar la ruta de acceso de la economía peruana al selecto espacio internacional de la OCDE (cfr. Prado Saldarriaga, 2016, p. 298).

Recién a inicios de 2017 se modificó la ley 30424 con el decreto legislativo 1352, para incorporar en sus alcances al delito de lavado de activos. Esta reforma legislativa también derogó el artículo 8° del decreto legislativo 1106, que consideraba la aplicación de consecuencias accesorias como sanciones penales especiales aplicables a las personas jurídicas que participaban desde su organización, operatividad, servicios o fuentes de financiamiento en la colocación, intercalación o integración de activos de origen ilegal.

Si bien todos estos cambios producidos en la política criminal peruana han impactado de modo relevante en el espacio de las medidas antilavado, no cabe duda de que aquel concerniente a la autonomía de la responsabilidad imputable a las personas jurídicas involucradas en tales ilícitos se ve desgastado y pierde trascendencia preventiva con la reducción de sus efectos a consecuencias jurídicas meramente administrativas. Esto, además, desmerece la utilidad funcional de

otras disposiciones concebidas para una responsabilidad de carácter penal, como aquellas que en la ley 30424 reformada se refieren a circunstancias agravantes o atenuantes, así como las que rigen la eficacia eximente del uso atinado de sistemas de *compliance*.

Pero, además, esta falta de aprovechamiento de la autonomía de la responsabilidad concedida a las personas jurídicas que incurren en prácticas de lavado de activos produce mayor desconcierto cuando se verifica que las medidas administrativas de sanción reguladas por la ley 30424 son, en esencia, las mismas consecuencias accesorias que con un claro sentido penal define el artículo 105° del código penal; igualmente, cuando se dispone que tales sanciones administrativas serán aplicadas en un procedimiento que se rige por normas de emplazamiento y procedimiento que regulan los artículos 90° a 93° del Código Procesal Penal.

Ahora bien, este notorio de fraude de etiquetas desde una óptica político criminal puede producir negativos efectos de sustitución en un contexto de ascenso del lavado de activos en el Perú y constituirse en un calculado incentivo para la incursión en la criminalidad organizada de personas jurídicas, especialmente de aquellas que interactúan con actividades y mercados informales.

En los cuadros siguientes se aprecian algunas características de la presencia de personas jurídicas en investigaciones incoadas por el Ministerio Público por delitos de lavado de activos entre enero de 2013 y marzo de 2016.

Personas jurídicas implicadas en el delito de lavado de activos (enero 2013 – marzo 2016)

Año	Nº de personas jurídicas Perú	Nº de personas jurídicas extranjeros	Nº de personas jurídicas total
2013	87	14	101
2014	129	27	156
2015	316	47	363
2016	482	51	533

Fuente: Fiscalía de la Nación.

**Principales técnicas especiales y medidas limitativas aplicadas a personas
jurídicas
(enero 2013 – marzo 2016)**

Técnica especial o medida limitativa	2013	2014	2015	2016
Agente encubierto	4	7	12	19
Remesa controlada	13	17	25	31
Levantamiento de secreto bancario	147	158	167	259
Levantamiento de reserva tributaria	85	97	113	158
Levantamiento de reserva bursátil	52	68	71	89
Allanamiento	115	189	274	584
Incautación	258	269	387	689
Pericias contables	189	253	574	870
Pericias grafotécnicas	12	23	31	37

Fuente: Fiscalía de la Nación.

3.3. Reglas preventivas que operan sobre personas expuestas políticamente

La experiencia del caso Montesinos mostró tres deficiencias de la política criminal de aquel entonces, que favorecieron de modo significativo la corrupción de las personas expuestas políticamente y de los procedimientos que aquellas usaron para encubrir sus ganancias ilegales. La primera fue la falta de normas penales sobre lavado de activos para delitos diferentes al tráfico ilícito de drogas. La segunda, la ausencia de una unidad de inteligencia financiera que pudiera receptionar y verificar las operaciones y transacciones sospechosas que se dieron en aquella época a través del sistema de intermediación financiera. Finalmente, la no inclusión de reglas especiales para el control sobre los movimientos económicos, comerciales y financieros que ejecutaron las personas expuestas políticamente cercanas al régimen de Fujimori (Prado Saldarriaga, 2007).

Como señalan los expertos, «las PEP no son lavadores de dinero ni malversadores de fondos simplemente por su condición de tales. Los puestos que ocupan, sin embargo, crean una mayor oportunidad para el abuso de poder e influencia. Por ello, se debe idear y consolidar los medios para identificar y controlar los riesgos asociados a las PEP» (Financial Crimes Enforcement Network). Por esa calidad especial es que las PEP son consideradas por los instrumentos y organismos internacionales especializados, como agentes de alto riesgo en relación a potenciales

actos de involucramiento en prácticas de corrupción y lavado de activos. En coherencia con ese perfil criminológico, actualmente se exige configurar sistemas y procedimientos reforzados de prevención, control y sanción penal, que respondan al nivel de poder y a las áreas de influencia que las PEP pueden instrumentalizar para sus fines delictivos.

Ahora bien, la experiencia internacional y la evolución de las políticas y prácticas internacionales para prevención y control del involucramiento de PEP en actividades criminales y lavado de activos ha recomendado abarcar tres tipologías de personas expuestas políticamente.

Primero, la que integran las personas que ocupan puestos de alto nivel en el sector público y a las que denominan PEP *en sentido estricto*.

En segundo lugar, la que incluye a los familiares y profesionales cercanos de los antes mencionados y a los que se designan como PEP *por extensión*.

Y, en tercer lugar, la que corresponde a aquellas personas que poseen autoridad propia pero subordinada a las PEP en sentido estricto, por lo que pueden ejecutar designios o actos con la representación autorizada o en nombre de aquellas. A esta tipología se le conoce como la de los PEP *por representación*.

Las medidas de control de la criminalidad de las PEP deben, pues, involucrar con igual alcance e intensidad a todas las tipologías mencionadas.

Cabe señalar que en la actual coyuntura este escenario resulta muy trascendente para el futuro inmediato de la política criminal peruana. Lamentablemente, en este dominio se ha avanzado muy poco. Es así que en el ámbito de lo penal solo se ha incluido una circunstancia agravante específica para los funcionarios públicos de cualquier nivel que incurran en actos de lavado de activos (inciso 2° del decreto legislativo 1106).

En lo que corresponde al control reforzado sobre los PEP nacionales, el marco normativo correspondiente se ha ido construyendo en los últimos cinco años, y en su estructura y contenidos también se advierte la notable influencia de los estándares internacionales sobre la materia. Al respecto, es oportuno recordar lo dispuesto por la recomendación 12 del GAFI:

Debe exigirse a las instituciones financieras, con respecto a las personas expuestas políticamente (PEP) extranjeras (ya sea un cliente o beneficiario final), además de ejecutar medidas normales de debida diligencia del cliente, que:

- a) cuenten con sistemas apropiados de gestión de riesgo para determinar si el cliente o el beneficiario final es una persona expuesta políticamente;
- b) obtenga la aprobación de la alta gerencia para establecer (o continuar, en el caso de los clientes existentes) dichas relaciones comerciales;

- c) tomen medidas razonables para establecer la fuente de riqueza y la fuente de los fondos;
- d) lleven a cabo un monitoreo continuo intensificado de la relación comercial. Debe exigirse a las instituciones financieras que tomen medidas razonables para determinar si un cliente o beneficiario final es una PEP local o una persona que tiene o a quien se le ha confiado una función prominente en una organización internacional. En los casos de una relación comercial de mayor riesgo con dichas personas, debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen las medidas a las que se hace referencia en los párrafos (b), (c) y (d). Los requisitos para todos los tipos de PEP deben aplicarse también a los miembros de la familia o asociados cercanos de dichas PEP.

Asimismo, lo señalado en el artículo 52 de la Convención de Mérida:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores [...].

En ese contexto, pues, se ha procurado configurar un modelo más estricto de control sobre el proceder económico financiero de las distintas categorías de personas expuestas políticamente. Al respecto es de destacar el liderazgo asumido por la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, formalizado en sucesivas directivas especiales emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Las últimas de estas disposiciones normativas se encuentran contenidas en la resolución SBS 4939-2016 del 11 de agosto de 2016 y su anexo, publicado el 19 de agosto del mismo año.

En esos dos instrumentos se utiliza una definición convencional de PEP y se incluye un detallado listado enunciativo que registra a las personas expuestas políticamente, nacionales o extranjeras, en sentido estricto y por representación. Sin embargo, se excluye de dicha relación nominal a las denominadas personas expuestas políticamente por extensión, lo cual consideramos una errada decisión, sobre todo a la luz de las experiencias recientes que en torno a este tipo de PEP vienen detectándose en la región. No obstante, en el artículo 3° de la resolución SBS 4939-2016 se incluye una autorización implícita para que los sujetos obligados

a aplicar las listas nominales, normas y procedimientos de control reforzado, «puedan considerar a otras personas naturales que, sin estar incluidas en la referida lista, coincidan con la definición de PEP».

Los cuadros siguientes muestran la presencia y tipologías de las PEP sometidas a investigación por el Ministerio Público entre enero de 2013 y marzo de 2016.

Personas expuestas políticamente con investigación fiscal por lavado de activos (enero de 2013 – marzo de 2016)

Año	Nº de PEP Autoridades nacionales	Nº de PEP Autoridades regionales	Nº de PEP Total
2013	24	9	33
2014	35	27	62
2015	49	36	85
2016	83	69	152

Fuente: Fiscalía de la Nación.

Personas expuestas políticamente con investigación fiscal por delito precedente (enero 2013 – marzo 2016)

Delito precedente	2013	2014	2015	2016
Tráfico ilícito de drogas	36	41	53	23
Peculado	45	52	67	74
Colusión	39	44	58	80
Negociación incompatible	5	12	17	19
Cohecho	37	52	61	71
Trata de personas y proxenetismo	6	11	14	17

Fuente: Fiscalía de la Nación.

3.4. El grado de eficacia alcanzado en la criminalización secundaria

Aquí está el talón de Aquiles de la política criminal nacional contra el lavado de activos. Efectivamente, las estadísticas oficiales muestran un desempeño de las agencias estatales vinculadas con la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de delitos de lavado de activos muy discreto y bajo en resultados.

Por ejemplo, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú ha registrado un incremento constante del número de reportes de operaciones sospechosas a lo largo de algo más de diez años. Es así que entre enero de 2007 y mayo de 2017 el total acumulado de reportes formulados asciende a 45 191 casos. Sin embargo, en ese mismo periodo el número de informes de inteligencia emitidos llegó únicamente a 872; esto es, alrededor de 87,2 informes por año y 7,2 informes por mes.

Asimismo, se destaca en esta fuente la presencia prevalente de operaciones de lavado de activos vinculados a delitos de tráfico ilícito de drogas (284 casos), corrupción administrativa (152 casos) y minería ilegal (42 casos). Igualmente, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú ha destacado que en el último año se ha incrementado el volumen de dinero implicado en operaciones de lavado de activos conectado con prácticas de corrupción (SBS, 2017, p. 4).

Ahora bien, en lo que concierne a datos judiciales sobre sentencias condenatorias por delitos de lavado de activos, la información obtenida en un estudio publicado por el Observatorio Nacional de Política Criminal en marzo de 2017 ha verificado un registro bastante difuso, limitado y poco contrastable de la frecuencia de los casos judicializados. Sin embargo, los hallazgos recopilados de manera cuantitativa demuestran que el número de sentencias pronunciadas y de condenas firmes es todavía exiguo (Observatorio Nacional de Política Criminal, 2017a, p. 6), lo cual ratifica la tendencia que ya habíamos identificado en estudios anteriores (Prado Saldarriaga, 2016, p. 381).

Ahora bien, la citada investigación del Observatorio Nacional de Política Criminal solo pudo registrar, para el cuatrienio 2013-2016, veintinueve decisiones judiciales emitidas, que involucraron a un total de setenta personas. Del total de procesados, 38 (54%) fueron condenados y 20 (29%) absueltos; a 11(16%) se les anuló el juzgamiento y solo a 1 (1%) se le reservó el proceso. Asimismo, que de un total de 46 personas implicadas en actos de lavado de activos vinculados al tráfico ilícito de drogas solo diecinueve merecieron una sentencia condenatoria. Un dato significativo fue que de 46 encausados a 34 se les sindicó como integrantes de una organización criminal.

Finalmente, en una reciente investigación sobre la población carcelaria nacional se pone de relieve que los internos por lavado de activos no están ubicados entre los cinco delitos con mayor número de personas reclusas en los centros penales del país (Observatorio Nacional de Política Criminal, 2017b, p. 55).

Una comisión especial del Congreso de la República también ha destacado estas disfunciones cuantitativas, atribuyéndolas cualitativamente a un magro desempeño operativo de las agencias competentes para la prevención y el control del lavado de activos y la corrupción. En tal sentido en su informe final señaló:

Se advierte en el Perú la dilatación de procesos de investigación, su archivamiento, la pérdida de expedientes, fallos jurisdiccionales cuestionables que hacen necesaria la urgencia de una política criminal adecuada que tenga claridad de las prioridades de las conductas delictivas a enfrentar en el narcotráfico, el lavado de activos y la corrupción.

Esta Comisión ha evidenciado la profunda debilidad, crisis y/o desborde de todas instituciones; mecanismos, procesos y sistemas legales de control, prevención, detección, investigación y sanción de los delitos asociados al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos en el Poder Judicial (Congreso de la República, 2016, pp. 227-228).

De momento, no se ha indagado sobre la etiología de este reducido grado de eficacia en la represión real del lavado de activos. Al parecer, la línea de explicación más consistente se relaciona con la limitada capacidad técnica y operativa de las agencias estatales competentes. De allí que una política común que se puede observar en la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial en torno a esta notoria disfunción se vincula a la aplicación discontinua de programas de capacitación operativa y con la búsqueda y adquisición de tecnología avanzada que permita un apoyo adecuado al seguimiento estratégico y conectado de las rutas de los activos ilegales.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se puede concluir, por tanto, señalando que no ha sido suficiente contar con unidades especializadas, sino que es menester que ellas estén compuestas por operadores realmente especializados y estén dotadas de la tecnología criminalística requerida para interdictar eficazmente las tipologías virtuales, dinámicas y sofisticadas que caracterizan actualmente a las operaciones de legalización de bienes de origen criminal.

Siendo así, el reto de la eficiencia tiene que ser la prioridad principal en la reformulación estratégica y sectorial de toda nueva política nacional contra el lavado de activos. Si no se desarrolla en torno a ese objetivo una verdadera voluntad estatal de acompañamiento constante, el futuro inmediato se irá configurando como un extendido espacio de mayores oportunidades y opciones para el lavado de activos y la criminalidad organizada.

A pocos años de su bicentenario, esa es una grave amenaza que el Perú emergente, informal e inseguro del presente, debe, cuando menos, intentar controlar a tiempo a través de un retroalimentado plan nacional de lucha contra el

lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Para iniciar esa tarea política, consideramos útil implementar, en el corto plazo, las siguientes medidas:

- Desarrollar proyectos de investigación sobre la presencia y tipologías del lavado de activos que operan en la actividad económica informal del país.
- Reformular el marco legal que regula el CONABI y la aplicación del procedimiento de pérdida de dominio para hacerlos más flexibles para el decomiso sin condena y captación aplicada de los activos componentes de riqueza emergente e injustificada.
- Establecer la penalidad propia y autónoma de las personas jurídicas que resulten involucradas en prácticas y operaciones de colocación, intercalación o integración de activos de origen ilegal.
- Fortalecer las capacidades o facultades legales y operativas de las agencias competentes para la investigación y el juzgamiento de las personas expuestas políticamente que estén implicadas en delitos de lavado de activos y corrupción.
- Reformar el régimen constitucional de prerrogativas procesales de los altos dignatarios del Estado que sean objeto de imputaciones razonables de haber incurrido, directa o indirectamente, en actos de corrupción o lavado de activos.
- Organizar una unidad especializada para la detección, investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos realizados a través de modalidades de cibercriminalidad.

EL LOBBY Y LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

Marcial Eloy Paúcar Chappa

1. Introducción. 2. El lobby o la gestión de intereses: Aproximaciones conceptuales. 3. El lobby y las zonas indeterminadas. 3.1. El financiamiento de los partidos políticos: la relación entre corrupción y política. 3.2. La relación entre política y derecho penal: precisiones conceptuales. 4. El derecho penal del enemigo y los delitos de corrupción. 5. El tratamiento penal y administrativo del lobby. 5.1. La ley del lobby: una valoración crítica. 5.2. El delito de tráfico de influencias. 5.3. El delito de colusión. 6. El concepto de rol como propuesta de solución.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo, en primer lugar, desarrollar los principales elementos que componen la actividad de gestión de intereses o lobby, así como algunas actividades afines como el financiamiento de partidos políticos. En segundo lugar, se abordarán supuestos problemáticos asociados a los favores políticos y a la gestión de intereses o lobby en el escenario de la corrupción política. En tercer lugar, se explicarán las razones que justifican un cambio en el tratamiento

dogmático y normativo de delimitación penal y administrativa, a efectos de que las actividades de los políticos y altos funcionarios puedan desarrollarse de manera adecuada durante las gestiones de intereses que se den en el escenario político y económico de un país.

2. EL LOBBY O GESTIÓN DE INTERESES: APROXIMACIONES CONCEPTUALES

Esta es, quizás, una de las actividades que más debate ha suscitado en el ámbito de las principales contrataciones y adquisiciones del Estado. Se le denomina comúnmente lobby (Yadav, 2011, p. 24), *término anglosajón*¹ que significa «vestíbulo» o «sala de espera». En este sentido, se le define como un colectivo de sujetos, con intereses comunes, que ejecuta acciones orientadas a mediatizar o influir ante la administración pública con el objetivo de promover decisiones favorables a los intereses del sector social que representan.

En principio, podríamos afirmar que la actividad del lobby es legítima, ya que lleva ante el poder político las posiciones e intereses de los involucrados en las decisiones de los poderes públicos. Precisamente por ello, en los últimos tiempos se han previsto y formulado avances importantes en su normativización, lo que contribuye a su transparencia y normalización. En ese sentido, es posible afirmar que la actividad de gestión de intereses, propios o de terceros, tiene una naturaleza jurídica (administrativa, penal, y civil), política y económica, pues su desenvolvimiento se suscita de forma conjugada en estos espacios para concretizar sus objetivos.

Ahora bien, es indiscutible que en algunos países como Italia, Francia y España, se han descubierto sistemas gigantescos de corrupción que involucran a funcionarios, políticos y miembros de los sectores vinculados a las finanzas y la economía, llegando a constituir una especie de Estado paralelo que se desplaza a sedes extralegales y extra institucionales y es gestionado por las burocracias de los partidos y por los lobbies de los negocios, cada uno con sus propios códigos y pautas de comportamiento (Ferrajoli, 1995, p. 15).

Una posición escéptica sobre esta actividad critica la indefinición de límites y mecanismos de ejercicio, así como los excesos que esto puede desencadenar sobre

1 Al respecto, debemos indicar que la actividad del lobby tiene una vasta tradición en Estados Unidos, país donde su práctica ha sido graficada como una relación de colaboración necesaria entre la sociedad civil y los grupos políticos para el ejercicio transparente y eficaz de la *política*. Incluso en Europa, la Comisión Europea, órgano rector del Gobierno de la Unión Europea, creó en el año 2008 un Registro de Grupos de Interés (de lobbies), luego de un intenso debate en el Parlamento Europeo sobre el tema.

la política y la corrupción, puesto que durante muchos años el lobby fue considerado como un método corrupto de aproximación e incidencia indebida sobre el poder. Sin embargo, actualmente es considerado por buena parte de los Estados como una práctica lícita de hacer política. No obstante, resulta necesario definir sus límites e implicancias en su tratamiento jurídico (Ferré Olivé, 2002, p. 18).

Precisamente, uno de los fundamentos por los cuales esta actividad no encuentra una total acogida es su relación con la corrupción (Yadav, 2011, p. 17). Específicamente, se hace hincapié en la financiación de los partidos políticos, ya que esta práctica es calificada como poco transparente puesto que no se conoce la identidad de aquellos que apoyan económicamente a determinados grupos o partidos. De este modo, aun cuando hipotéticamente se llegase a obtener un riguroso sistema de registro y transparencia de la actividad del lobby, esto no serviría de nada si quienes lo practican recurren a actividades irregulares como el patrocinio político, total o parcial, por parte de grupos económicos. Finalmente, no debemos perder de vista el binomio administrativo-penal que debe darse en el control de esta actividad (Abanto Vásquez, 2012, p. 598).

3. EL LOBBY Y LAS ZONAS INDETERMINADAS

3.1. El financiamiento de los partidos políticos: la relación entre corrupción y política

Las «zonas indeterminadas» entre la corrupción y la política surgen, entre otras causas, por la deficiencia en la redacción de las normas y, consecuentemente, la poca seriedad y rigor científico para la construcción de los tipos penales, específicamente los delitos de corrupción. En este sentido, también se menciona el bajo nivel técnico-legislativo, que se traduce en la formulación de leyes penales improvisadas que pretenden resolver todo tipo de problemas, desde la ecología hasta la economía, desde la corrupción hasta el peligro nuclear (Zaffaroni, 1993, p. 48).

Aunque existen factores que inciden en la formación de la cifra oculta de la criminalidad (Hassemer, 2012, pp. 113-118), cada vez más se admite que existen zonas ambiguas que permiten la impunidad de ciertos hechos relacionados con casos de corrupción política. En efecto, debe ser un objetivo previo a la sanción penal la eliminación de zonas oscuras o de impunidad que, en cuanto deficiencias del sistema, favorecen toda clase de abusos, ya que es inadmisibles que se invoque el derecho penal respecto de comportamientos que son fruto del deficiente funcionamiento de los controles administrativos, carencias legislativas o disfunciones institucionales (Rodríguez Gómez, 2004, p. 194), como suele

apreciarse en delitos como lavado de activos, corrupción de funcionarios, contra el medio ambiente, minería ilegal, etcétera. Se ha sostenido que la única explicación sería la existencia de graves problemas de corrupción en las diferentes áreas de la administración pública, manifiesta en hechos que son denunciados, pero que, pese a su gravedad no son investigados debidamente, como sucede con los actos de corrupción frente a los que se ha pretendido obtener impunidad (Cubas Villanueva, 2000, p. 3).

Haciendo una radiografía del problema, se pueden analizar tres tipos de intereses especiales o particulares que tienen el objetivo de distorsionar la voluntad ciudadana: el lobby, la corrupción y el financiamiento secreto de la política. Si bien la esencia de la democracia es que los intereses particulares compitan y confluyan en la formación de políticas públicas, como en todo juego debe haber reglas comunes para quienes participan. El lobby, la corrupción y la falta de transparencia en el financiamiento de la política son reglas desiguales, pero como se sabe que ello tiende a pasar en muchas democracias, la corrupción es investigada y penada, el lobby es regulado y el financiamiento de la política es relativamente transparente y acotado (Lahera Parada, 2004, p. 84). Entonces, podemos afirmar que coexisten zonas indeterminadas entre la corrupción y la política que generan espacios de impunidad total o parcial; esto es, todos los supuestos que se ubican en la cúspide o zona limítrofe no se encuentran regulados de manera integral, lo que da una gran 'libertad' para generar responsabilidades.

En ese contexto, uno de los ejemplos más evidentes de dichas zonas indeterminadas es la financiación de partidos políticos. Sobre este tema se han elaborado numerosas teorías (cfr. Bernhardt & Leblang, 2006, p. 10; Austin & Tjernström, 2003, p. 158; Heindenheimer, & Langdon, 1968, p. 200), pero también cuestionables estigmas carentes de base científica. Actualmente, el derecho penal transita al compás de los tratados contra la corrupción, y desde esa perspectiva va adecuando sus categorías dogmáticas a los nuevos parámetros y espacios de regulación, uno de los cuales es el financiamiento de partidos políticos, vinculado algunas veces al tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, colusión, entre otros (Van Ruymbeke, 2000, pp. 15-16). Las leyes sobre financiamiento de campañas electorales, en efecto, han definido a los políticos tradicionales americanos en campaña como corruptos y han transformado a cada candidato político en un potencial criminal que está buscando cambiar las reglas —en el campo de la corrupción, el derecho y especialmente el derecho penal— antes que reforzarlas. En definitiva, hay una gran brecha entre el derecho y la realidad (Kotkin & Sajó, 2002, p. 82).

Algunos estudios sobre el tema han concluido que la mayoría de trabajos sobre financiamiento de partidos políticos carece de un marco teórico o de una teoría

general sobre la materia, limitándose a realizar estudios meramente descriptivos. La construcción de esta teoría permitiría la formulación de un régimen jurídico ideal para para la regulación de dicha práctica. Esta debería reunir las siguientes condiciones:

- a) Permitir el libre juego entre los diversos partidos políticos y candidatos.
- b) Prohibir la formación de monopolios de poder políticos.
- c) Fomentar la participación ciudadana en las organizaciones políticas.
- d) Garantizar la democracia representativa de los sistemas políticos.
- e) Propiciar la formación de tradiciones políticas con carácter nacional (Jiménez Ruiz, 2005, pp. 25-30).

Asimismo, merece una reflexión más profunda lo establecido en el literal 3 del artículo 7º de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, en cuanto a la transparencia en la financiación de candidaturas y partidos políticos. No cabe duda, entonces, de que una de las zonas más vulnerables resulta ser en este dominio el financiamiento de los partidos políticos, que, en mayor o menor medida, según cada partido, tendrá siempre espacios o supuestos que no estén cubiertos por la norma. En esa línea de discurso, se ha afirmado que recurrir a procedimientos no legales es una práctica usual por parte de la clase política para obtener y consolidar poder: baste recordar la nutrida constelación de supuestos de financiación ilegal de partidos políticos, que afecta a los instrumentos básicos de participación política ciudadana (Fabián Caparrós, 2000, p. 19).

Aunado a ello, se ha explicado cómo se cruza la débil línea cuando los funcionarios públicos tienen intereses particulares, señalando que en la forma particular de manifestación de la corrupción sistémica que se genera en el conflicto de intereses, el pacto corrupto no es funcional al financiamiento de la política. Sin embargo, en la simple confluencia del interés privado donde el funcionario público corrupto sea titular o cotitular, el límite se hace estrecho para «quebrar» y no respetar lo suficiente el rol tradicional de la norma vigente (Cingari, 2011, p. 16). Con un enfoque que aproxima el problema de la corrupción política y las campañas electorales pero percibiéndolo desde su relación con la criminalidad organizada, se ha sostenido que la corrupción política mantiene una relación imbricada con la criminalidad organizada, y que las necesidades de los candidatos en las democracias de hoy —en las que prima el espectáculo, y por tanto, el juego de imágenes por los medios de comunicación y el consiguiente gasto descomunal en campañas electorales— hacen que en la lucha por el voto se recurra, a veces, a cualquier medio, incluso la corrupción (Zúñiga Rodríguez, 2009b, p. 114).

3.2. La relación entre la política y el derecho penal: precisiones conceptuales

Al igual que en el apartado anterior, también existen una serie de supuestos problemáticos asociados a la relación entre la política y el derecho penal, que configuran zonas indeterminadas y generan una confusión en su tratamiento jurídico penal. Específicamente, nos referimos a los supuestos de responsabilidad política, responsabilidad penal, responsabilidad administrativa, corrupción política y delito político. Cada uno de ellos será desarrollado a continuación.

En primer lugar, la responsabilidad política será aquella conducta imputable a personas que tengan la condición de políticos o altos funcionarios, expresamente establecidos en la Constitución Política o las leyes correspondientes y a quienes se les haya asignado ese tipo de responsabilidad. Estos funcionarios tienen la obligación de preservar la estabilidad en los órganos más importantes del Estado, como en el caso de la exposición y debate de la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión, y se encuentran sometidos a una «cuestión de confianza». Así, por ejemplo, la interpelación y el voto de censura, según el artículo 132° de la Constitución Política: «El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última solo se plantea por iniciativa ministerial».

En segundo lugar, la responsabilidad penal va de la mano de la adecuación de conductas a los presupuestos de un hecho punible, es decir, se subsumen bajo los términos de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, así como a la antijuricidad y la culpabilidad. Claro está que ello se tendrá que contrastar con los principios generales del derecho penal. Aunado a ello, dicha responsabilidad tendrá que ser declarada por un órgano jurisdiccional bajo las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.

Cabe mencionar que, si bien la raíz de un hecho puede originar un pronunciamiento en vías paralelas, del mismo modo aparece la necesidad de entender las diferencias que existen entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal. Precisamente, Bustos Gisbert identifica la diferencia de estas a partir del grado objetivo y subjetivo: «Pero sobre todo se confunden dos conceptos radicalmente diferentes: la responsabilidad política y la penal. El segundo es una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo, y la primera es una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad *in vigilando e in eligendo*» (Bustos Gisbert, 2000, pp. 36-37).

De manera más interesante, San Martín Castro afirma: «La responsabilidad penal, aun cuando puede considerarse tendencialmente la más efectiva, enfrenta serios riesgos y limitaciones en función de la inveterada debilidad de la institución

judicial, de las confusas pautas de diferenciación con la responsabilidad política, de las no pocas veces en que el Congreso interfiere en la investigación de hechos que ya se encuentran judicializados, y —aunque parezca contradictorio— del traslado de las cuotas de control político a la escena judicial con desmedro del ordenamiento judicial» (San Martín Castro, 2012, p. 536). Finalmente, Luna añade también una concepción diferenciadora: «La responsabilidad de los agentes públicos será penal cuando la acción u omisión en la que ha incurrido el funcionario constituye un delito tipificado por la ley penal [...] y la política resultará, también, de actos u omisiones que puedan considerarse incompatibles con la permanencia del funcionario en el cargo que detenta. La responsabilidad política solo alcanza a los funcionarios que expresamente la Constitución o la ley así lo haya determinado, en función a la necesidad de preservar la estabilidad en los órganos superior del Estado...» (Luna, 2007, p. 43).

Ahora bien, por otro lado, viene haciendo cierto eco la existencia de una tendencia a ‘administrativizar’ la responsabilidad penal en actos de corrupción y que, por ejemplo, el sistema de partidos, por sí solo, no parece haber demostrado estar en capacidad de evitar los casos de abusos de poder político realizados para favorecer directa o indirectamente determinados intereses privados, y que tampoco las soluciones legales han demostrado eficacia, pues se observa más bien la tendencia de administrativizar los actos de corrupción (Abanto Vásquez, 2003, pp. 413-414).

En efecto, el tratamiento limitado y poco serio de principios como el de última ratio en el derecho penal ha permitido —por lo menos así se advierte en los tipos penales de corrupción— que se reduzcan los espacios de persecución del delito y ejercicio del *ius punendi* en conductas punibles claramente definidas por más de un instrumento internacional sobre la materia (Hassemer, 1999, p. 118). Existe bajo esta perspectiva la necesidad de que la reforma legislativa deba hacer más difícil la comisión de estos delitos en el futuro y, sobre todo, encontrar la manera de cerrar aceptablemente los episodios judiciales en curso (Vassalli, 1995, p. 435). Esta propuesta encierra precisamente dos ideas centrales, por un lado, la necesidad político-criminal de elaborar políticas de prevención y, por otro, cerrar el conjunto de casos que, llegando a judicializarse, no generan la expectativa de eficacia de las sanciones por actos de corrupción.

En el derecho comparado, específicamente en Italia, resulta muy interesante el punto de vista adoptado por Ferrajoli, quien ha brindado profundas reflexiones sobre la intervención penal en actos de corrupción:

Hace algunos años que el derecho penal ha asumido en Italia un insólito papel central, convirtiéndose en protagonista de una crisis política e institucional sin

precedentes ni parangón en la historia de las democracias modernas. Las razones de este protagonismo de la justicia penal son muchas y complejas. De ellas señalaré solo dos, aparentemente opuestas. La primera, evidente y llamativa, es la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado, en años pasados, al conjunto de los partidos, a la administración pública, al empresariado, al sistema bancario y, al mismo tiempo, a extensas capas de población ligadas al mundo de la política por tupidas relaciones clientelares e implicadas de distintas maneras, por connivencia o incluso solo por resignación, en la práctica de la corrupción. La segunda razón del papel decisivo ejercido por la intervención penal en la crisis del viejo sistema político ha sido la fuerte demanda social de legalidad que ha dado apoyo a esa reserva institucional de la democracia italiana representada, quizá más que en otros países, por la independencia de la magistratura y en particular de la acusación pública (Ferrajoli, 1995, pp. 9-10).

A partir de una posición que sostiene la dificultad de poder diferenciar entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, Hurtado Pozo acertadamente sostuvo:

No obstante, es difícil clasificar las normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario, en razón del desbordamiento del primero hacia los dominios propios del segundo. Esta confusión se debe a que la amenaza de una pena forma parte de los mecanismos dirigidos a asegurar la efectividad del derecho administrativo. ¿Esta amenaza debe estar vinculada al derecho penal o al derecho administrativo? Planteada de manera tan abrupta, la pregunta permanecerá sin respuesta, pues, implica la presencia de numerosos factores que hacen imposible una solución coherente. [...] En Alemania, se separan de manera radical los hechos penales (crímenes y delitos, *Verbrechen und Vergehen*) de las infracciones a las prescripciones de orden o infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*), las cuales solo son merecedoras de una sanción pecuniaria administrativa (*Geldbusse*) no de una multa penal (*Geldstrafe*) (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, pp. 42-44).

El citado autor explica, con razón suficiente, la dificultad para diferenciar las normas que rigen ambas disciplinas (derecho penal y administrativo) en cuanto a los márgenes y alcances de adecuación normativa en casos de corrupción, específicamente en el terreno de los favores políticos irregulares, donde incluso muchas veces no existe ni siquiera ventaja económica que permita completar los presupuestos de algunos tipos penales, que quedan atrapados solo en la valla de una infracción ética.

En el mismo sentido restrictivo, algunos sostienen que no todas las actuaciones consideradas deshonestas constituyen necesariamente delito, ya que algunas

de ellas pueden ser 'infracciones administrativas', debido a que el legislador ha predefinido que, pese a que son actuaciones que merecen una determinada sanción por parte del Estado o bien de la sociedad, las mismas no son tan serias como para ameritar una sanción penal (Salas Calero, 1997, pp. 235-236). También es cierto, sin embargo, que en función a los efectos de las penas existen dos grandes manifestaciones: una externa y una interna.

Según la manifestación externa de los efectos de las penas, debe prescindirse de la conminación y sanción penal siempre que, según el caso, quepa esperar similares o superiores efectos preventivos si se interviene con medios menos lesivos, como medidas estatales de política social, sanciones propias del derecho civil o administrativo, o incluso medios no jurídicos de control social (soluciones privadas o sociales del conflicto). Para la manifestación interna, debe prescindirse de una determinada sanción penal si cabe esperar similares efectos preventivos de otra sanción —o consecuencia jurídica no sancionatoria— penal menos gravosa (Silva Sánchez, 1992, p. 247).

En tercer lugar, el delito de corrupción política está ligado a la comisión de un injusto penal que haya atentado contra el bien jurídico protegido «Administración Pública» —peculado, colusión, tráfico de influencias, negociación incompatible, etcétera—, pero teniendo como elemento preponderante que el agente se encuentre en una posición o cargo político (congresistas, ministros de Estado, presidentes regionales, etcétera).

Finalmente, en cuarto lugar, los delitos políticos guardan más relación con las clásicas figuras de la rebelión (artículo 346 CP), la sedición (artículo 347 CP) y el motín (artículo 348 CP), que se encuentran comprendidos dentro de los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional. En ese sentido, Valbuena explica: «Los criterios antes expuestos dificultan enormemente la concreción del delito en una fórmula precisa. Sin embargo, la tesis predominante, de mayor aceptación y a nuestro juicio, la que más se ajusta a una exacta diferenciación es la que sostiene que los delitos asumen el carácter de políticos por virtud del motivo que haya determinado al delincuente en su acción y por la naturaleza del derecho lesionado» (Valbuena Yamhure, 1980, p. 42).

Un delito político, en su concepción clásica, será aquel ligado a conductas relacionadas con el alzamiento en armas con el propósito de reformar o variar la forma de gobierno, destituir o deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, o, en su defecto, si reconociendo al gobierno legalmente constituido, se alza en armas con el fin de impedir o imposibilitar que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales. Asimismo, en forma tumultuaria, empleando

violencia contra las personas o fuerza en las cosas, se atribuye los derechos del pueblo y peticiona en nombre de este para exigir de la autoridad la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. De lo expuesto podemos concluir que los delitos políticos se encuentran más ligados con la actividad política en sí y su relación con el gobierno establecido, además de proteger otros bienes jurídicos diferentes a la administración pública.

Ahora bien, en torno a la diferencia entre los dos últimos supuestos descritos, cabe mencionar que ya la Convención interamericana contra la corrupción, en el artículo XVII: «Naturaleza del acto», tuvo oportunidad de exponer este punto bajo la siguiente fórmula: «A los fines previstos en los artículos XIII, XIV, XV y XVI de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político».

Efectivamente, la citada convención delimita —en cuanto a la extradición, asistencia y cooperación— medidas sobre los bienes y el secreto bancario según las cuales la «finalidad política» que hubiera amparado un acto de corrupción no bastará por sí misma para considerar dicho acto como delito político. No solo se comprime sus parámetros a dicho dominio, sino que lo expande apropiadamente incluso a delitos comunes que sean conexos a un delito político. Entonces, no será suficiente para deslindar responsabilidades penales que un acto de corrupción se encuentre revestido con un matiz de corte político a través de una finalidad política, sino que se deberán analizar otros componentes de acuerdo al caso concreto.

En la misma visión y perspectiva, Moccia da una explicación sobre delito político que permite diferenciarlo del delito de corrupción: «El objeto categorial de un renovado derecho penal político debe ser enucleado de órdenes de tutela expresivos de los valores liberales, que dan su impronta a la Constitución republicana» (Moccia, 2003, p. 260). Por consiguiente, queda claro que los alcances del delito político radican en un ámbito totalmente distintos de los delitos de corrupción política. De lo expuesto podemos deducir dos cosas concretas: primero, la inconsistencia interna del propio derecho penal para regular los límites de sus tipos penales en el ámbito de la corrupción; y, segundo, la inconsistencia sistémica del derecho de no tener la suficiente capacidad de regular los límites de la actividad política. Advierto críticamente que todo ello muchas veces dificulta —y continuará dificultando— la labor de diferenciar responsabilidades penales, políticas y administrativas frente a hechos que se suscitan en zonas indeterminadas entre la política y el derecho penal.

4. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Es indudable que un delito poseerá los rasgos característicos del «derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*), si es que en su estructura se pueden advertir tres particularidades concretas: a) flexibilización de las garantías; b) incremento de las penas o gravedad en la medida; y c) adelantamiento de la barrera de punibilidad. En ese sentido, un sector de la doctrina también ha aseverado que es sin duda, el ámbito del proceso penal aquel en el cual el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos (Díez Ripollés, 2007, pp. 147). El punto a debatir se inicia por definir si los delitos de corrupción son «derecho penal del enemigo», en la medida en que puedan adoptar los presupuestos antes mencionados. Si bien un amplio sector de la doctrina nacional e incluso la jurisprudencia constitucional han desarrollado críticamente dicho tema espinoso (véase Caro, 2010, pp. 115-126; García Cavero, 2012a, pp. 195-198; Meini, 2007b, pp. 151-153; Prado, 2009, pp. 457; Páucar, 2012, pp. 135-150; Montero, 2012, pp. 53-54; Talavera, 2011, pp. 35-63)² en forma específica y en alusión a las medidas político-criminales contra la corrupción, hay quienes concluyen que quienes detentan el poder construyen enemigos y lo hacen para mantener un determinado modelo (Alcócer, 2009, p. 116). Bajo líneas similares, por ejemplo, se sostiene que el proceso de reforma judicial puede ser utilizado tanto para perseguir injustamente a ocasionales opositores políticos, como para dejar impunes casos de corrupción gubernamental (Cubas Villanueva, 2000, p. 121).

Para nosotros, los delitos en el ámbito de la corrupción sí evidencian descriptivamente un derecho penal del enemigo por las siguientes consideraciones concretas:

- a) El artículo 80° del CP establece la ‘duplicidad’ del plazo de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en los que se involucre el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. Incluso recientemente, la ley 30650, del 20 de agosto de 2017, ha modificado el artículo 40 de la Constitución Política, respecto a los delitos cometidos contra la administración pública o el patrimonio del Estado: «La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad».
- b) Mediante ley 30124, del 13 de diciembre de 2013, se ha incorporado un supuesto más en el inciso 6 del artículo 425° del CP que regula la condición de funcionario público, comprendiendo a los funcionarios

2 En la Jurisprudencia nacional, véase también las STC 003-2005-PI/TC y 0014-2006-PI/TC.

- públicos incluso desde que son designados, elegidos o proclamados, incluso antes de que juramenten y asuman el cargo.
- c) Mediante ley 30111, del 25 de noviembre de 2013, se han modificado nuevamente los delitos cometidos por funcionarios públicos a efectos de incorporar la pena de multa.
 - d) El tipo penal de colusión, previsto y sancionado en el artículo 384°, 1er p. del CP ha establecido un delito de peligro abstracto y de tendencia interna trascendente para la facilitación probatoria.
 - e) El delito de tráfico de influencias, regulado en el artículo 400° del CP hace alusión a influencias «reales o simuladas».
 - f) Mediante ley 30077, del 20 de agosto de 2013, se ha establecido en el inciso 19 del artículo 3°, que determinados delitos deberán ser comprendidos como delitos de crimen organizado, en los casos en que concurra la circunstancia agravante de integrar una organización criminal.
 - g) El artículo 2° del NCPP señala en los incisos b) y c) que entre las exclusiones para aplicar el «principio de oportunidad» está el supuesto en que se trate de funcionarios públicos.

Desearíamos mencionar otros supuestos, sin embargo, consideramos que los ya citados nos muestran palmariamente cómo el legislador, desde una visión acorde con los principales tratados internacionales sobre la materia, ha ido construyendo un derecho penal del enemigo aplicado a la corrupción.

5. EL TRATAMIENTO PENAL Y ADMINISTRATIVO DEL LOBBY

Ahora corresponde realizar una previa introducción al problema que se presenta en torno al desarrollo de la actividad de gestión de intereses o lobby, que muchas veces, a través de favores políticos irregulares (Paúcar Chappa, 2014, pp. 51-52), pueden acarrear la denominada corrupción política cuando no se tiene claro cuáles son los parámetros penales que la delimitan.

En ese sentido, es pertinente poner de manifiesto la existencia de una profunda preocupación por la falta de aplicación de sanciones penales frente a hechos de corrupción política, ya que la legislación debe revisarse para que las sanciones sean más efectivas, pero sobre todo que se apliquen. De nada servirán las mejores normas si no se van a aplicar (Ferrero Costa, 2001, pp. 754-755). Además, en la doctrina se ha establecido que, en el ámbito penal, al desarrollarse el bien jurídico «administración pública» —protegido ante actos de corrupción— estamos frente a un interés jurídico en cuanto a la realización de prestaciones públicas a la ciudadanía basadas en el buen gobierno, el apego a la legalidad y el deber irrenunciable de

prestar un servicio eficaz y eficiente a la comunidad (Peña Cabrera-Freyre, 2013, p. 226). Esto se condice con el enfoque actual sobre las nuevas tendencias político-criminales en el tratamiento de la corrupción a nivel mundial, adoptándose medidas de control e incluso preventivas. Finalmente, hay quienes han sostenido válidamente que muchas veces la corrupción termina contaminando la política y que en casos extremos la captura, y que desde la financiación de los partidos políticos con fondos de origen ilegal, pasando por el soborno a autoridades y el robo de quienes desempeñan cargos para los que fueron elegidos, son múltiples las formas que asume la corrupción en la política (Ugaz Sánchez-Moreno, 2013, p. 1003).

Luego de estas breves, pero profundas reflexiones, analizaremos algunos dispositivos normativos que específicamente regulan la actividad de gestión de intereses o lobby, y otras figuras como el financiamiento de partidos políticos en el escenario de la vida política y la administración pública, y la aparición en escena de los denominados «favores políticos».

5.1. La ley del lobby: una valoración crítica

No es menos cierto que la generalidad de los grandes agentes económicos que hoy se sientan en el banquillo de los acusados, antes de ocupar lugar tan incómodo frecuentaban habitualmente los lugares del poder político (Andrés Ibáñez, 2003, p. 192). Es aquí donde se muestra la estrecha cercanía entre el poder, la corrupción, la política, la economía, entre otros, y se ofrece una visión global y más integral del problema de la corrupción en el ámbito de la gestión de intereses o lobby.

Ahora bien, no dudamos en afirmar que esta es la más importante de todas las normas analizadas dentro de los alcances de este estudio, pues su regulación, construcción y aplicación obedece a dos necesidades políticas de peso: la transparencia y la legalidad³. La transparencia porque tiene la preeminencia de brindar un carácter de legitimidad a las gestiones de intereses que se desarrollan en el marco de la decisión pública. La transparencia permite un amplio margen de fiscalización a través de los mecanismos correspondientes, y facilita por lo tanto el control de los pormenores de cada una de las actuaciones realizadas. La legalidad porque le va a otorgar un escenario de compatibilidad con los principios jurídicos que rigen los procesos sobre contratación pública. La normativización de

3 Al respecto, cabe señalar que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, que es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, viene cumpliendo un proceso de modernización para ofrecer procesos de compra en forma más rápida y eficiente a través de un sistema electrónico de contrataciones del Estado (SEACE), el cual permitiría una gestión pública más participativa, democrática y, sobre todo, transparente.

las actuaciones sobre gestión de intereses posibilita un conocimiento previo de un marco regulador que es plasmado en un texto legal, el cual debe ser razonablemente claro. Ello, en claro alineamiento con el objetivo 2 del Plan nacional de lucha contra la corrupción del año 2008: «Institucionalizar en la administración pública las prácticas de buen gobierno, la ética, la transparencia y la lucha contra la corrupción».

Sobre este dominio, la ley 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, más conocida como ley del lobby, comprende las pautas que son precisas en la gestión de intereses, especialmente en el terreno de las contrataciones y adquisiciones públicas del Estado.

Previamente, debemos resaltar que el artículo 2, inciso 20° de la Constitución Política desarrolla el «derecho de petición». La petición es el derecho de recurrir ante las autoridades para solicitar algo que ellas podrían otorgarnos legalmente, pero a lo que no tenemos derecho cierto y actual porque, en este último caso, formularemos un pedido que no es sino la actualización de nuestro derecho (Rubio Correa, 1999, p. 404). No obstante ello, conviene aclarar que el propio artículo 4 del reglamento de la ley 28024 (DS 099-2003-PCM, del 20-12-2003) establece que los actos de gestión que realiza el gestor de intereses no constituyen en ningún caso ejercicio del derecho de petición, el mismo que se regula según lo establecido en su normativa específica. Por tanto, no debe pensarse que el fundamento de la gestión de intereses sea el derecho de petición.

Por otro lado, según el artículo 3° se entiende por gestión de intereses a la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas, señalándose además que la gestión de intereses se lleva a cabo mediante actos de gestión. Ahora bien, dichos actos de gestión se encuentran definidos en el artículo 3° del antes citado reglamento, el cual, en rigor, señala que un acto de gestión es la comunicación oral o escrita —dirigida a un funcionario público con capacidad de decisión pública— por la cual el gestor de intereses inicia la gestión de intereses con el propósito de influir, en forma transparente, en una decisión pública específica.

Teniendo presente lo anterior, conviene resaltar que ya el Tribunal Constitucional, en el FJ 46 de la Sentencia 0019-2009-PI/TC-Lima, ha señalado en torno a los grupos de gestión de intereses en la administración pública: «El concepto de “grupo de presión” debe ser entendido como relacionado a los lobbies o, como lo denomina la ley 28024 [Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública], a aquellos “grupos encargados de gestionar intereses” con el objeto de influenciar en la decisión de los asuntos que atañen a la res publica...». Nótese en este terreno la importancia de algunos conceptos que luego podrán

ser enfocados y analizados también en el ámbito penal, tales como «cualquier medio», «funcionario público con capacidad de decisión», «influir», entre otros. Por ejemplo, abordemos el concepto de «funcionario público con capacidad de decisión», que es desarrollado también en el artículo 3° del reglamento de la ley 28024, el cual define a estos funcionarios como aquellos que durante el ejercicio de sus funciones se encuentran en capacidad de influir en la toma de decisiones de la administración pública o tienen capacidad para adoptar una decisión pública.

Advertimos aquí, de la lectura integral del citado reglamento, que no existen los parámetros que delimiten las «capacidades de influir» que pueda tener el funcionario público. Una primera atinencia radica, entonces, en la necesidad de conocer si esas capacidades obedecen a la influencia que pueda ejercer en forma directa o indirecta, es decir, si esta puede ser realizada de manera indirecta mediante la conocida obediencia al superior jerárquico. De ser así, los pesos y contrapesos de los superiores desatarían siempre una pugna, ya que, en la mayoría de los casos, el que se encuentre jerárquicamente por encima del otro tendrá un mayor grado de influencia. La cuestión de fondo es definir, o cuanto menos comenzar a esbozar, cuál es el límite dentro de la administración pública para que el gestor de intereses se pueda dirigir a determinado funcionario público para que realice un acto de gestión.

Queda claro que cuando se trate de desarrollar la mejor gestión se recurrirá a las cabezas de los sectores donde se realiza el lobby, y así en escalón hasta las máximas instancias, lo cual no devendría en ilegítimo e irregular si se respetan las normas acuñadas en el cuerpo legal analizado. Ciertamente, ya se han hecho múltiples evaluaciones referidas a la norma, una que consideramos importante es la realizada por la Comisión de alto nivel anticorrupción, creada mediante decreto supremo 016-2010-PCM, de fecha 28 de enero de 2010, la cual detectó los siguientes problemas:

- a) Falta de difusión y conocimiento de la ley 28024;
- b) Falta de supervisión y registro;
- c) Registro en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP);
- d) Dificil acceso sobre información de gestores de intereses;
- e) Inaplicabilidad de sanciones;
- f) Disposiciones inválidas respecto al sistema nacional de control;
- g) Falta de representantes del tribunal administrativo especial;
- h) Falta de uniformidad de registro de gestores de intereses; y
- i) Diferencia en la emisión y registro de constancias de actos de gestión.

Es ese el panorama evaluado por dicha comisión de alto nivel, y aun cuando alberge algunas deficiencias, es claro que resulta necesario mantener la transparencia en el desarrollo del lobby. Es así que se dieron en el camino algunos intentos de cambios normativos, como el proyecto de ley 1269/2011.CR, de fecha 14 de junio de 2012. En otro ámbito, existen otros cuerpos normativos, como el literal f) del artículo 23° del reglamento del Congreso (párrafo modificado mediante resolución legislativa del Congreso 1-2011-CR, publicada el 7 de agosto de 2011) que ratifican que los deberes funcionales de los congresistas sobre atención al público no atañen en nada a posibles promociones de favoritismos. En este dominio, se ha afirmado que el objetivo de un lobby es actuar al lado de las fuentes generadoras de decisiones políticas y legislativas, con el fin de ayudar a organizar y defender una posición empresarial —e incluso de política de Estado— para favorecer el crecimiento o los objetivos de una institución, empresa o Estado, e igualmente busca ilustrar a un grupo de personas o instituciones sobre las conveniencias o limitaciones que una medida gubernamental puede suscitar en el país (Sierralta Ríos, 2005, p. 219)⁴.

También se ha sostenido con bastante acierto que el aspecto más complejo a la hora de tipificar estos comportamientos radica seguramente en concretar las características que ha de poseer «la influencia» para que la intervención del derecho penal quede legitimada y no se sancionen conductas socialmente adecuadas y perfectamente legítimas como el ejercicio del lobby de una forma transparente o el simple interesarse por la marcha de un asunto. El ejemplo más importante es el de la red de corrupción que se conforma en torno al financiamiento irregular de un partido político, en el que el «cajero» del partido domina las concesiones de obras públicas a partir del poder que tiene sobre determinados funcionarios que tienen un puesto en la administración gracias a su pertenencia o afiliación al partido (Nieto Martín, 2004, pp. 125-127).

No obstante ello, para complicar y oscurecer más el panorama, el artículo 11° del decreto legislativo 1017, que aprobó la Ley de contrataciones del Estado (modificado por ley 29873, publicado el 1 junio de 2012), respecto a la «prohibición de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación», señala que se encuentra prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia o competencia en los procesos de contratación.

4 El autor añade que busca suplir ese vacío de la estructura actual del sistema democrático en nuestros países, donde el elector decide elegir a sus representantes en los poderes del Estado por cierto periodo, pero luego no tiene mayor participación en la administración del país ni en su conducción, con la excepción del referéndum y de las elecciones municipales o regionales.

Asimismo, establece que esta afectación de la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. Además, fija que, en base a los supuestos señalados, el funcionario o servidor público que intervenga o favorezca estas prácticas será sancionado administrativa o penalmente de acuerdo a la normatividad correspondiente. Queda claro, entonces, que aquí también se desprenden algunos elementos que pueden asimismo aparecer en el ámbito penal, como la prohibición de concertación de precios, condiciones o ventajas entre proveedores o terceros y, para complicar aún más la cuestión, se añade como ingrediente a los funcionarios o servidores públicos que favorezcan estas prácticas.

Ahora bien, luego de analizar e investigar directamente sobre las fuentes normativas de varios países, podemos sostener que la regulación de los límites a la actividad política en planos donde pueden originarse actos de corrupción no está extendida, como sí lo está, por ejemplo, respecto a la gestión de intereses o lobby. Sin embargo, es de destacar que solo algunos sistemas jurídicos han promulgado normas de regulación sobre lobby, como los Estados Unidos desde el año 1946, Alemania a partir de 1951, Canadá desde inicios de 1989 y el Parlamento Europeo desde 1996. Ahondando en el tema podemos encontrar que las disposiciones normativas que regulan la materia en la mayoría de los casos inciden más en la persona del *lobista* que en la reglamentación de la conducta del político o el alto funcionario involucrado en una gestión de intereses, a pesar de que podemos afirmar que para hacer un lobby se necesitan dos partes, de modo que ambos serán los responsables de garantizar la publicidad y transparencia. A continuación, realizaremos una breve descripción comparativa de la normativa en algunos países de la región.

En primer lugar, la legislación estadounidense. En Estados Unidos, la primera norma establecida fue la denominada ley federal de regulación del *lobbying* o Federal Regulation of Lobbying Act, de 1946, que si bien tenía una regulación general y poco técnica, constituyó un primer intento por lograr transparencia en dichas actividades, sobre todo en el ámbito del lobby que se desarrollaba en el Congreso (Hrebentar & Morgan, 2009, p. 59). Más tarde, apareció la ley de transparencia del lobby o Lobbying Disclosure Act – LDA, que derogó la norma anterior. Su mayor logro fue buscar una aplicación que comprendiera incluso las responsabilidades penales que dieran a lugar de ser el caso. No obstante, la ley de ética gubernamental o Ethics in Government Act de 1978 restringe taxativamente el ejercicio del lobby a los altos funcionarios que dicha ley señala, hasta por un año con posterioridad a su separación del gobierno. Ha resultado significativa la promulgación de la ley de liderazgo honesto y de gobierno abierto o Honest Leadership and Open Government Act del año 2007, mediante la cual,

por ejemplo, se cambió la frecuencia de los reportes de registros de los lobistas (Straus, 2011, p. 5), se fortificaron los requisitos de transparencia en relación al lobby y se consolidaron las restricciones a las donaciones para los miembros del Congreso.

En segundo lugar, la legislación canadiense indica en la sección 9 del Lobbying Act —cuya última enmienda se realizó el año 2008 y tiene rango de ley federal— que es obligatorio el registro de las personas dedicadas a la actividad del lobby. Asimismo, conforme lo establece la sección 10.2 (1) también se requiere respetar un código de conducta, lo cual permite que sus actividades se lleven a cabo bajo los principios de legalidad, publicidad y transparencia.

En tercer lugar, y a pesar del desinterés de los países latinoamericanos por elaborar una regulación del lobby, existen países como Argentina que cuentan con una legislación sobre la materia. Se trata del decreto 1172/2003, del 3 de diciembre de 2003, que conforme a su artículo 2°, aprobó el Reglamento general para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, relacionado directamente con la actividad del lobby, de modo que, su artículo 2° señala que se entiende por gestión de intereses a los fines de la ley, toda actividad desarrollada —en modalidad de audiencia— por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros, con o sin fines de lucro, cuyo objeto consista en influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones o decisiones de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y de todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. Un factor más importante resulta lo dispuesto en su artículo 7° sobre la publicidad, toda vez que establece que la información contenida en los registros de audiencias de gestión de intereses tiene carácter público, debiéndose adoptar los recaudos necesarios a fin de garantizar su libre acceso, actualización diaria y difusión a través de la página de internet del área respectiva, disposición que resulta coherente con el principio de transparencia.

5.2. El delito de tráfico de influencias

Debemos empezar por señalar que el artículo 76° de la Carta Fundamental establece las pautas para la contratación pública que realiza el Estado. Ciertamente, la zona oscura entre la gestión de intereses en la administración pública y el derecho penal se manifiesta singularmente en los elementos que configuran el delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 400° del Código Penal (modificado por ley 29758, publicada el 21 julio de 2011), que sanciona a cualquiera que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con

el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, para cuyo efecto se impondrá pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La misma norma, para acercar más a la ambigüedad con el derecho administrativo sancionador (véase García Caverro, 2012a, pp. 76-77), señala que si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con una pena más grave, es decir, que dicha circunstancia comprendería, por ejemplo, algunas conductas en las que políticos o altos funcionarios puedan estar involucrados en actos de corrupción política. Aunado a ello, incluso podrían darse casos de colusión mediante intermediarios o en forma indirecta a favor de familiares de algunos políticos o altos funcionarios⁵.

Se ha establecido dicha relación en la doctrina, debido a la necesidad de crear mecanismos de control a la gestión de intereses o lobbies, siendo que dichos controles deben estar adecuados al ámbito administrativo y reforzados en el ámbito penal a través del delito de tráfico de influencias. No obstante, se advierte que la situación no es pacífica, pues se requiere de una ponderación de intereses: por un lado, la actividad del lobby se legitima con la garantía constitucional de la libertad del ejercicio de la profesión y la libertad de asociación, y, por otro lado, ello presupondría que el contenido de tal ejercicio profesional y actividad de asociaciones no deban tener naturaleza antijurídica (Abanto Vásquez, 2012, pp. 597-598).

También bajo la misma posición se ha llegado a sostener —acertadamente— que regular punitivamente conductas de tráfico de influencias, es decir, comportamientos de comercialización de las posiciones de poder basadas en las relaciones o favores con funcionarios públicos, siempre ha sido un tema espinoso en la historia del pensamiento jurídico penal, tanto por lo difícil de la delimitación del tema como por las dificultades de su traslado o concreción en términos de redacción legal, tanto más si la delimitación de la relevancia penal de la influencia tiene que ver con su contenido y con los límites de dicho contenido (Rojas Vargas, 2012, pp. 343-344).

5 Cfr. sobre el particular, Castillo Alva y García Caverro ofrecen el siguiente punto de vista: «En el caso de contratos a favor de allegados o de familiares de los funcionarios públicos la prueba del delito de colusión no puede partir del dato del parentesco, del contubernio familiar o del posible nepotismo —que de por sí es una figura independiente— sino que debe dirigirse puntualmente a acreditar el acto de concertación o el acuerdo criminal entre los funcionarios y los interesados (familiares) que genera un perjuicio para el Estado» (Castillo Alva & García Caverro, 2007, p. 203).

5.3. El delito de colusión

No podemos dejar de mencionar la última modificación del delito de colusión, tipificada en el artículo 384° del CP (modificado por ley 29758, publicada el 21 julio de 2011), que en su primer párrafo señala que el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente —por razón de su cargo— en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente este se haya logrado; esto es, el funcionario público y el tercero interesado deben haber concertado y haberse puesto de acuerdo para lograr la contratación defraudatoria en perjuicio del Estado (Reátegui Sánchez, 2012, p. 901).

No obstante ello, sin entrar a mayores detalles de análisis dogmáticos de dicho tipo penal, cabe preguntarse ¿el elemento de tendencia interna trascendente «para defraudar al Estado» debe siempre entenderse en su interpretación como un acto de lobby irregular? En nuestra opinión son dos cosas totalmente distintas: por un lado, el elemento subjetivo que acompaña al dolo debe cumplirse con la realización de la conducta «concertar», la cual tiene que ser subrepticia (Abanto Vásquez, 2003, p. 310), oculta o clandestina; en tanto que en el lobby el gestor de intereses no concierta con el funcionario, sino que realiza una serie de actos tendentes a «influir» en la toma de decisiones de la administración pública. Incluso, se debe tomar en cuenta que las concertaciones entre funcionarios estatales negociadores y los contratistas interesados realizadas con la finalidad de definir diversas líneas de acción para buscar soluciones a problemas suscitados en la ejecución de los contratos configuran un marco de interacciones regulares en toda operación contractual (Rojas Vargas, 2012, p. 210).

6. EL CONCEPTO DE ROL COMO PROPUESTA DE SOLUCIÓN

De todo lo expuesto, se desprende en forma natural la necesidad de proponer de *lege ferenda* un criterio jurídico válido para imputar responsabilidad penal a un político o alto funcionario. Por ello, desde nuestro punto de vista deberá analizarse dogmáticamente el rol del agente. Una de las razones a que arribamos a este criterio se sustenta en la casación 374-2015/Lima (Caso Petroaudios), cuyo fundamento jurídico 6.36 estableció que no había quedado probado que el representante de Discover Petroleum International hubiera excedido el rol de gestor de intereses

que desempeñaba a favor de la citada empresa noruega, puesto que no se habían desarrollado reglas sobre dichos límites.

Así, pues, el concepto de rol (Jakobs, 1997, p. 59; García Cavero, 2012a, p. 101; Caro John, 2010, pp. 30-31), específicamente del político y del alto funcionario, permitirá un margen claro y más aproximado a la distinción de responsabilidades —sobre todo políticas— frente a hechos que constituyan un manifiesto alejamiento a lo establecido por la norma penal. Ahora bien, Jakobs ha desarrollado los parámetros del rol bajo los siguientes fundamentos:

El contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva —dicho con mayor exactitud, de la teoría de la conducta no permitida—, que entre tanto han sido objeto de un desarrollo que ha quedado condensado del siguiente modo: quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas no participa criminalmente en la ejecución de esos planes: existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito viario, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza (Jakobs, 2003, pp. 45-46).

Tomando este concepto del rol pasamos a adaptarlo a las actividades propias del político o alto funcionario a fin de se desenvuelva apropiadamente dentro de su institución:

- a) En primer lugar, el rol va a delimitar los ámbitos de competencia del político o alto funcionario, estableciendo normativamente los espacios permitidos y no permitidos en donde puede o no desarrollar y ejercer sus actividades. Ello conlleva, asimismo, la necesidad de diferenciar los roles generales y los roles específicos en, por ejemplo, los códigos de ética.
- b) En segundo lugar, el concepto de rol va a facilitar que los contactos sociales anónimos del político o alto funcionario no restrinjan ni limiten su actividad política y social; sin embargo, cuando exista el propósito (tendencia interna) de obtener una ventaja o un favor político irregular su conducta sobrepasará el ámbito de su rol.
- c) En tercer lugar, garantizará al político o alto funcionario la no punibilidad por conocimientos especiales ante la presunta comisión de un acto de corrupción, es decir, el agente no responderá penalmente, siempre y cuando no haya hecho uso o abuso de dichos conocimientos para la realización del acto corrupto, esos conocimientos especiales pueden estar

comprendidos en la denominada «información privilegiada en razón del cargo o función».

En consecuencia, para analizar detenidamente estos puntos sensibles donde se aprecie una paridad entre el derecho penal y la política, resulta necesario examinar lo siguiente:

- a) Delimitar en forma objetiva el marco fáctico en el que habría tenido participación el político o alto funcionario.
- b) Verificar si frente a dichos hechos, está comprometida la aplicación de dos normas de diferente naturaleza, es decir, una norma penal y una norma administrativa sancionadora, que en el común de los casos podrán ser: ley 29024 (Ley de gestión de intereses en la administración pública), ley 26771 (establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco, o Ley de nepotismo), Código de ética del Congreso, ley 28094 (Ley de partidos políticos), entre otros.
- c) Determinar los roles específicos y genéricos del que está investido el político o alto funcionario en particular, para lo cual se tendrán que identificar todas las normas que componen el marco regulatorio del sector (rol específico), y de la administración pública en general (rol general). De esta forma se delimitarán los espacios de actuación concreta en que los funcionarios pueden desenvolverse.
- d) Frente a la colisión de disposiciones prohibitivas y autoritativas en diferentes escenarios, cabe hacer una profunda revisión de la «tendencia interna transcendente» existente al momento de la comisión de tipos penales que se encuentren estructurados con aquella, a través de la exploración y análisis de toda la «prueba indiciaria» recaba en las investigaciones que se hayan desarrollado en las diferentes instancias.

Finalmente, no se debe de perder de vista que, sea cual sea la decisión tomada en las instancias correspondientes, las responsabilidades penales y políticas obedecen a una naturaleza intrínsecamente distinta.

LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Ramiro Salinas Siccha

Sumario: 1. Cuestión previa. 2. La teoría de infracción de deber. 2.1. Los delitos especiales de garantes. 2.2. Los delitos de infracción de deber por competencia institucional. 3. Teoría de la unidad o ruptura del título de imputación. 4. El artículo 25° del CP modificado por el decreto legislativo 1351. 5. La teoría de infracción de deber no admite la coautoría. 6. Complicidad única.

1. CUESTIÓN PREVIA

Cuando participan más de dos personas en la comisión de los delitos especiales que constituyen la mayoría de los delitos contra la administración pública¹, siempre resulta problemático determinar quién es autor y quién es cómplice o instigador. Teniendo como punto de partida la consolidación de una política criminal estatal de hacer frente a las conductas de corrupción que en el caso más extremo

1 Se dice que se trata de la mayor parte, debido a que dentro de los delitos contra la administración pública existen delitos comunes como, por ejemplo, el delito de tráfico de influencias.

desintegran las sociedades, el objetivo de este trabajo es plantear algunas ideas razonables y coherentes para lograr una mejor interpretación y aplicación de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico.

2. LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales (cfr. Schünemann, 2006a, p. 286). De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (*typus*) de la teoría del dominio del hecho (p. 287)².

Si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del delito, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. Es lugar común sostener que la teoría del dominio del hecho sirve para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes o también denominados de dominio; sin embargo, no sirve para tal finalidad en los delitos especiales, pues en estos no necesariamente el que tiene las riendas del acontecimiento delictivo es el autor. Ello es así debido a que el principio de legalidad se opone, como luego veremos.

De modo que, para los delitos especiales, desde nuestra perspectiva dogmática, para saber quién es autor y quién es cómplice, sirve la teoría de infracción de deber introducida en el derecho penal por Claus Roxin en 1963 (Roxin, 2006, p. 26; Schünemann, 2006a, p. 287; Pariona, 2011, p. 69; Caro, 2010, p. 64, 2015, p. 24; Abanto Vásquez, 2014, p. 386; Suárez Gonzales, 2001, p. 152).

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la «infracción de deber». Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, en tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.

2 Aquí se sostiene, tal como enseña Roxin, que son los tipos penales de la parte especial de los códigos penales los que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción.

Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro código penal con el título de «delitos contra la administración pública», en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión: «Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado (Roxin, 1997, p. 338; 1998, pp. 383-385)³. «En estos delitos lo relevante no es —aunque lo haya— el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que solo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva» estatal (Sánchez-Vera, 2003, p. 275). De ahí que podemos definir los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social, y de ese modo, pone en peligro u ocasiona una lesión típica de determinados bienes jurídicos⁴. En concreto, son conductas en las cuales el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

En efecto, aquí es preciso dejar establecido que en los delitos especiales los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.) en tanto que en los delitos comunes o de dominio los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de

3 En el mismo sentido, Jakobs (1991: Libro II, n. Marg. 116) lo grafica con el siguiente ejemplo: «el autor que da a un tercero un consejo exitoso de cómo esta tercera persona puede sustraer el patrimonio que aquel tutela, es autor de administración desleal, aun cuando, en el momento de la sustracción, a él le faltara el dominio del hecho». De igual modo, Roxin (citado por Pariona Arana, 2011, p. 72).

4 Antes de expresar este concepto, el profesor Roxin insiste en «continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un modo que se renuncie a tomar como referencia reglas extrapenales como requisito necesario y que destaque su fundamento social, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría» (Roxin, 2016, p. 323).

lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, el derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, el derecho a un medio ambiente equilibrado en los delitos ambientales, etcétera).

Fundamenta la autoría en los delitos especiales un «deber especial de carácter penal» que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados por la propia fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos. Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos especiales solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige. Por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 CP) o colusión (art. 384 CP), solo pueden ser autores los sujetos que tienen la condición de funcionario o servidor público. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. Este delito no puede ser cometido por un servidor público, obviamente debido a que no tiene autoridad.

De modo que el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal —como, por ejemplo, el no dañar o lesionar el patrimonio del Estado—, sino deberes especiales impuestos por la ley penal. Por ejemplo, en los delitos contra la administración pública los sujetos calificados tienen el deber especial impuesto por la ley de mantener la lealtad, honestidad y veracidad; y de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En efecto, si el sujeto calificado afecta con su conducta alguno de estos deberes especiales es posible que se convierta en autor de un delito funcional, siempre, claro está, que tal conducta esté tipificada como delito en el código penal o en una ley penal especial de acuerdo al principio de legalidad, fundamento último del derecho penal.

En los delitos especiales, la figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal (Pariona Arana, 2011, p. 79). Autor será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial; y partícipe quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene. Por ejemplo, al no trabajar para la administración pública no tienen deber especial alguno. Aquí resulta necesario precisar que aquellos deberes especiales de carácter penal no surgen solo y directamente del tipo penal, que es el que desencadena la sanción penal prevista en la ley. Estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado.

Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. Recuérdese que administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. El Estado solo se puede organizar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. De ahí que, si no se protegen estos deberes y principios por medio del derecho penal, el Estado mismo es inviable. El Estado se desintegra. En consecuencia, estos deberes especiales no se extienden a todos los ciudadanos de un Estado, sino solo a aquellos que trabajan para él, de modo que si en la comisión de un delito funcional participan varias personas, solo serán autores, en general, quienes trabajan para el Estado debido a que tienen el deber especial de cautelar y fomentar el normal y recto funcionamiento de la administración pública. Los demás participantes en la comisión del mismo delito solo serán cómplices, debido a que no trabajan para el Estado y, por tanto, no tienen deber específico alguno que cautelar.

No obstante, en el caso de los delitos especialísimos⁵ (como colusión, peculado, malversación de fondos y negociación incompatible) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores aquellos agentes públicos que tengan una relación o competencia funcional específica con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices. Así, por ejemplo, en el hecho de sustracción de dinero de una municipalidad, realizado por dos funcionarios públicos, el alcalde y el regidor de limpieza pública, solo será autor el alcalde debido a que además de ser funcionario público tiene la competencia funcional específica de administrar los fondos públicos de la comuna en tanto titular de la entidad; en cambio, el regidor de limpieza pública solo responderá como cómplice del delito, debido a que si bien es también funcionario no tiene alguna relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (fondo público). En los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel,

5 Los delitos especialísimos son aquellos en los que para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal (funcionario o servidor público), sino que es necesario, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito (patrimonio del Estado). Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 CP) solo puede ser autor aquel funcionario o servidor público que tiene la facultad funcional de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos. En consecuencia, si en un hecho concreto de peculado participan también funcionarios o servidores que no tienen aquella relación funcional, responderán por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices.

según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito⁶.

El profesor Roxin enseña estos deberes no se extienden a cualquier partícipe delictivo, pero son indispensables para completar el tipo penal. Se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho vigente, como son los deberes y principios que sustentan la organización del Estado, los deberes del derecho público de los funcionarios y servidores públicos, los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones o las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad, que son solamente ejemplos de este tipo de deberes. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen entre todos los demás coparticipantes por tener una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, en aras de esta obligación, los considere como figuras centrales de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. Continúa Roxin afirmando que la razón de la sanción radica en que el agente público atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido al interior del Estado. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales (cfr. Roxin, 2016, p. 310)⁷.

En otro extremo, de acuerdo a esta postura de la teoría de los delitos de infracción de deber, si un funcionario público (tesorero) planifica con su compadre espiritual (extraño a la administración) llevarse los caudales existentes en la municipalidad donde trabaja, y dispone que este último ingrese a la tesorería y se lleve el dinero, mientras que aquel distrae a los trabajadores de la tesorería, el *intranseus* (funcionario) es el autor, mientras que el hombre de adelante es solo cómplice (no infringe deber alguno). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intranseus*

6 En este sentido, la sala penal de la Corte Suprema estableció como doctrina legal en el acuerdo plenario 4-2005/CJ-116, respecto del delito especialísimo de peculado, que «para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública». Véase el fundamento 6 del citado acuerdo plenario, dictado el 30 de setiembre de 2005.

7 Aquí es necesario precisar que el citado autor se está refiriendo a todo tipo de deberes especiales, no solamente a los deberes funcionariales.

(el obligado) puede fundamentar la autoría⁸. El *intranus* es aparentemente un autor mediato, puesto que lo que hace es realizar parte de la acción típica «a través de otro», infringiendo personalmente su deber especial⁹. Decimos ‘aparentemente’, debido a que el obligado especial responde siempre como autor con independencia de la diferenciación fenomenológica (autor directo, autor mediato o coautor). En cambio, aunque tenga el «dominio del hecho», el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial (no trabaja para el Estado) y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro (Pariona Arana, 2011, p. 71).

Una importante característica de los delitos de infracción de deber la constituye la circunstancia de que se puede ser autor sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. En contrapartida, el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho (cfr. Roxin, 2016, p. 306). La tesis central es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante —con o sin dominio del hecho— o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado (Sánchez-Vera, 2003, p. 282). Lo mismo sucede en los casos en los cuales participan solo funcionarios o servidores públicos en la comisión de los delitos especialísimos. Autor será aquel o aquellos sujetos públicos que tienen relación funcional con el objeto del delito, tal como exige el tipo penal, en tanto que serán solo cómplices aquellos agentes públicos que no tienen relación funcional. La relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito especial hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización del Estado.

Consideramos que esta teoría contribuye de manera decisiva a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos delitos donde más de dos personas participan en su comisión y

8 Es más, según el profesor Caro John, que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos los supuestos, «el *intranus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor» (Caro John, 2010, p. 87).

9 No hay inconveniente en hablar aquí, por motivos meramente didácticos, de autoría mediata; es decir, de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Solo para fines didácticos, toda vez que si un obligado especial (*intranus*) utiliza a un tercero, *extraneus*, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho. En otros términos, el obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante (cfr. Sánchez-Vera, 2003, p. 284).

presuponen deberes especiales de carácter penal¹⁰. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llega la teoría que se basa en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos (Pariona Arana, 2006, p. 770). Por su parte, Abanto Vásquez (2014, p. 408) concluye que la tesis de Roxin de la infracción de deber se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales.

2.1. Los delitos especiales de garante

El profesor Bernd Schünemann, ha planteado una vertiente parecida de los delitos de infracción de deber que aquí se defiende, la misma que en los resultados prácticos coincide en lo central con los planteamientos de Roxin (2016, p. 313)¹¹, no obstante, Schünemann se resiste a utilizar la denominación de «delitos de infracción del deber», y en cambio, prefiere la de «delitos especiales de garantes» (Schünemann, 2006a, p. 293).

En estos delitos la posición del autor consiste en una posición de garante penal. Según las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante. Así, por ejemplo, sostiene Schünemann, no se trata de quién es el dueño de un perro peligroso, sino de quién saca a pasear al perro y no interviene cuando este se lanza contra un transeúnte. Según el citado profesor, con el ejemplo se puede demostrar el parentesco entre los delitos impropios de omisión con los delitos comunes, por un lado, y con los delitos especiales por el otro. Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha recibido por parte del dueño la tarea de vigilar al animal y no lo detiene cuando ataca, comete lesiones corporales por omisión. Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de derecho público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, tiene el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia (p. 294). Así, es autor idóneo —sigue afirmando el profesor Shünemann— lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro.

10 Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los *extranei* solo pueden ser partícipes, como cooperadores necesarios, cómplices o inductores (Feijoo Sánchez, 2013, p. 29).

11 En este trabajo, Roxin precisa que se trata tan solo de variantes fundamentadoras —que por cierto no dejan de tener importancia práctica— y que necesitan mayor discusión (2016, p. 323).

Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Esto es evidente en los delitos funcionariales, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone (p. 295). De ahí que, para Shünemann, se encuentra libre el camino para lograr una unidad sistemática en la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales. Esta categoría se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión, y más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). El mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, pueden denominarse delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (por ejemplo, en caso de infidelidad del administrador del patrimonio), y por otro lado también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado (por ejemplo, el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones peligrosas o que dañan el medio ambiente). Aquí no es el deber del derecho público el criterio decisivo —ello solo representa una cuestión accesoria al dominio en el ámbito del derecho público—, sino la posesión del dominio mismo, que puede transmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. De este modo —sigue afirmando Shünemann—, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio unitario, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos improprios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso en el sentido del control sobre un ámbito social (p. 298). Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría.

Si bien podemos coincidir con Shünemann en que es plausible su razonamiento cuando se trata de conductas por omisión —como el propuesto ejemplo del perro peligroso—, cuando estamos frente a conductas de comisión aquel razonamiento no rinde, pues cuando, por ejemplo, el funcionario público sustrae los fondos estatales, acuerda o pacta con los interesados para defraudar al Estado, o da o

dispone para un destino diferente los caudales que administra, difícilmente podrá interpretarse que el agente público actuó con falta de vigilancia de una fuente de peligro que él dominaba, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. Se trata más bien de conductas de comisión en las cuales la autoría está limitada a personas vinculadas con deberes en su condición de sujetos públicos¹² y no necesariamente al dominio sobre el suceso como para equipararlo al dominio del hecho de los delitos de comisión. En este tipo de delitos no es suficiente el dominio sobre el suceso, sino —aparte de tener aquel dominio— se exige la vulneración o afectación de algún deber especial de carácter penal.

En efecto, por la estructura misma de los delitos especiales, en los casos donde determinada persona —como por ejemplo un sujeto público— no cumpla por completo con los requisitos de control de una fuente de peligro o de una relación de protección, responderá como autor de la conducta solo si se verifica que con su actuar lesionó un deber especial penal que surge precisamente del dominio del control. De ahí que el profesor Roxin concluya que el dominio sobre la causa del resultado no es por sí mismo el elemento que fundamenta la autoría, sino solo un presupuesto de la realización típica que, por su parte, consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control (Roxin, 2016, p. 320). El siguiente ejemplo, citado por Roxin, grafica lo expuesto: cuando en un taller un trabajador se lesiona por imprudencia, el propietario del taller solo responderá como autor de las lesiones si se llegara a verificar que como parte de tener el control del negocio infringió algún deber especial, como, por ejemplo, no dar el mantenimiento oportuno a la maquinaria, no entregar la ropa adecuada a su trabajador, etc. En cambio, si se verifica que el propietario del negocio cumplió con todos sus deberes al interior del negocio, es imposible en nuestro sistema jurídico que responda penalmente por las lesiones ocurridas como producto de la imprudencia del operario, así se verifique que tuvo el pleno control del dominio sobre la causa del resultado. El dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, por sí mismos no son suficientes para establecer autoría en los delitos especiales, es necesario algo más. Y ese plus no es otra cosa que verificar si, en el caso concreto, el agente infringió algún deber especial¹³.

En los delitos funcionariales, es cierto que —como sostiene Schünemann— los sujetos públicos tienen el poder estatal a su disposición, y por tanto ejercen control calificado sobre los sucesos en el marco de sus competencias. En consecuencia, ellos

12 Véase, con ejemplos diferentes, Roxin, 2016, p. 319.

13 De ese modo, el profesor Roxin concluye que el elemento del dominio del control no es superfluo, sino que es desplazado del centro de la fundamentación de la autoría (2016, p. 320).

mismos están sometidos a un control penal más estricto. No obstante, también es cierto que por el solo hecho de tener el poder estatal, tener el dominio o tener competencia funcional sobre el objeto del delito, no responden penalmente como autores si previamente no se verifica la infracción a algún deber especial de carácter penal. Si no se lesiona algún deber, por más que se verifique el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, no hay forma de fundamentar la autoría. En efecto, si en una institución pública existen dos administradores de los fondos públicos, solo será autor del delito de peculado, por ejemplo, aquel funcionario que aparte de tener dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, no cumplió su deber de no lesionar el patrimonio del Estado, apropiándose de parte o del total de los fondos públicos. En cambio, el otro funcionario, con igual dominio, no podrá responder en calidad de autor por delito alguno, debido a que no lesionó aquel deber al no participar en la apropiación de los fondos. En otros términos, se sabe que en las municipalidades normalmente existen dos administradores de sus caudales, el alcalde —que es el titular del pliego— y el jefe de economía o tesorero. En un caso concreto, luego de la investigación del delito se llega a la conclusión de que el titular del pliego se ha apropiado de parte del patrimonio de la municipalidad con total desconocimiento del tesorero. Aquí solo responderá como autor de peculado el titular del pliego. Y esto es así debido que si bien ambos —alcalde y tesorero— tenían o tienen el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, solo el alcalde realizó la conducta prohibida por el artículo 387 del código penal, lesionando de ese modo el deber impuesto por la ley penal, es decir el deber de no lesionar el patrimonio estatal.

Ocurre algo parecido con el delito de colusión. En efecto, por ejemplo, si tres funcionarios públicos conforman la comisión especial de licitación y luego de la investigación se determina que solo uno de ellos concertó o pactó con el tercero interesado para defraudar patrimonialmente al Estado, solo él responderá como autor del delito de colusión previsto en el artículo 384 del CP. Los otros dos no responderán por delito alguno, pese a que es evidente que en tanto miembros de la comisión de licitación tuvieron objetivamente el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o, en todo caso, el dominio sobre la causa esencial del resultado. Por supuesto, solo el que concertó con el tercero interesado será autor, debido a que, aparte de tener alguno de los dominios que alega el profesor Shünemann, lesionó sus deberes funcionales de carácter penal de imparcialidad, transparencia y dar trato justo a los proveedores.

Finalmente, debe precisarse que los deberes duran más o van más lejos que la relación de dominio sobre la causa del resultado. Dos ejemplos citados por el

profesor Roxin (2016, pp. 321-322) grafican lo expresado: cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llave, en caso de que el niño muriera de hambre ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenía el dominio del control sobre el niño. El otro caso es el de los padres que se van al cine mientras sus hijos se quedan solos en casa. ¿Qué sucede si necesitan ayuda? ¿Quién es responsable? Lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendría que ser el hecho de que todavía subsiste su deber de vigilancia y que ellos deben cumplir con este deber así estén lejos del dominio sobre una causa esencial del resultado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad a los padres, mientras su incumplimiento puede fundamentar su autoría del resultado dañoso producido.

Por nuestra parte, respecto de los delitos funcionariales, podemos citar el delito de peculado culposo: la cajera (percibidora) de una empresa pública, al recibir una llamada de su casa por medio de la cual le comunicaban una emergencia ocurrida a su hijo menor, salió corriendo de su oficina dejando todo lo recaudado durante el día en el cajón de su escritorio. Al día siguiente no encontró el dinero, pues había sido sustraído. Probados así los hechos, la cajera será autora del delito de peculado culposo previsto en la última parte del artículo 387 del CP, toda vez que si bien es cierto no tenía el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, lesionó su deber funcional de dejar en la caja fuerte o entregar al tesorero lo recaudado del día. Al incumplir su deber, dio ocasión a que terceros sustrajeran los caudales estatales.

En suma, ese plus al dominio puesto en evidencia, fundamenta la autoría y es lo característico de los delitos de infracción de deber desde la posición de Roxin.

2.2. Los delitos de infracción de deber por competencia institucional

Por otro lado, bien sabemos que aparte de Roxin y Schünemann, el profesor Jakobs¹⁴ también ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber, pero con contenido totalmente diferente. Para efectos del presente trabajo no se siguen los planteamientos de Jakobs, pese a que, como sostiene el profesor Caro John (2010, pp. 71, 2015, pp. 25), la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber.

14 Quien reconoce que el grupo delictivo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado por Roxin (cfr. Jakobs, 1991, n. 119).

En efecto, esta concepción difiere de los planteamientos efectuados por Roxin en cinco puntos importantes. Primero, Jakobs extiende la categoría de los delitos de infracción de deber a los delitos comunes cuando estos son realizados por garantes: «el matar al propio hijo menor de edad implica para los padres un delito de infracción del deber, de manera que siempre habrá autoría sin analizar la existencia o medida de intervención», o «el marido que entrega los medios para que se mate a su mujer, es autor». Segundo, Jakobs restringe el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que él denomina las competencias institucionales. Un ejemplo de competencia institucional que fundamenta la autoría por obligaciones estatales es la actividad policial: «La policía es [...] garante en la protección ante la delincuencia». «El policía que no impide la inducción a un delito [...] es autor del delito». Según su teoría, los deberes de la competencia organizacional (por ejemplo, los deberes de seguridad en el tráfico), en caso de ser infringidos, no llevan sin más a la autoría: «Quien solamente es garante de que objetos peligrosos no estén al alcance de otros o que se aseguren objetos en peligro [...] será por regla general únicamente un cómplice».

Tercero, la concepción normativista no reconoce como delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor «le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante», o porque otra persona «es la única [...] que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante». Aquí se encontrarían tipos penales como los de «frustración de una ejecución forzada» o «la huida del lugar del accidente». Cuarto, para Jakobs, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. La equiparación de delito con lesión de bienes jurídicos fracasaría, «principalmente en los delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional»¹⁵. En quinto lugar, finalmente, solo pueden ser atribuidos los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales; los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio, ya sea como autores o cómplices.

Para los objetivos puntuales impuestos a este trabajo, consideramos que, de todas las diferencias, cabe comentar tres de ellas.

No resulta razonable restringir el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que Jakobs denomina las competencias institucionales. En efecto, para graficar su posición, Jakobs afirma que tienen competencias organizacionales, por ejemplo, «el guía de montañas que acompaña por una ruta difícil, según lo acordado, a turistas inexpertos», o el cuidador de niños, el salvavidas en la playa o el guardaespaldas contratado para protección personal. Si estos, por omisión,

15 Respecto de estas diferencias, véase Roxin, 2016, pp. 315-316.

no actúan para evitar la comisión de un delito en agravio del turista inexperto, del niño, del bañista o del protegido, respectivamente, solo podrán ser sancionados penalmente como cómplices del delito por omisión. En cambio, según Jakobs, tienen competencia institucional, por ejemplo, la policía, que es la institución garante en la protección ante la delincuencia. De modo que si el policía no impide la realización de un delito, responderá como autor del mismo (cfr. Jakobs, 1991, n. 106).

Según nuestro criterio jurídico, siguiendo la lógica de Roxin, cuando un policía no interviene frente a un hecho violento que se produce ante sus ojos, pese a que no hay dudas sobre la posición de garante del policía, es razonable y correcto que se le castigue como autor de un delito por omisión. Sin embargo, no encuentro explicación razonable según nuestro sistema jurídico de por qué el guardaespaldas o el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas que uno ha contratado, en caso de inacción, tan solo deban ser sancionados por complicidad. No se entiende esta conclusión, debido a que la relación del guardaespaldas, el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas con la persona que deben proteger, guiar, cuidar o rescatar es más cercana y estrecha que la del policía¹⁶. En nuestro sistema jurídico, en estos casos, el agente responde y será sancionado como autor del delito por omisión en aplicación del artículo 13 del CP.

En otro extremo, según la concepción normativa pura del derecho penal, la infracción del deber fundamenta el injusto; esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento delictivo (cfr. Jakobs, 1991, n. 16). La razón de la imputación es la infracción del deber que trae el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radica el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción de deber siempre fundamenta la punibilidad (Villavicencio Terreros, 2006, p. 307). El profesor Sánchez-Vera (2003, p. 282) sostiene que una de las características de los delitos de infracción de deber es que la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, al punto que existe ya un delito de infracción de deber completo —por tanto, punible— cuando, por ejemplo, «la madre facilita un arma al asesino para que mate a su hijo (de la madre), con independencia de que el asesino llegue a la consumación del hecho o al menos lo haya intentado». Según esta forma especial de concebir y explicar los delitos de infracción de deber, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387° del CP cuando el sujeto público —infringiendo o incumpliendo su deber funcional de administrador— decide y planifica apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para efectos de la

16 En parecido sentido, véase Roxin, 2016, p. 332.

consumación y, por tanto, para la correspondiente sanción penal, es irrelevante si el sujeto público inició los actos de apropiación del bien público, objeto del delito. Esta situación, al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues la misma construcción de la fórmula legislativa del artículo 387º, que regula el delito de peculado, exige, en primer término, que cuando menos se dé inicio a los actos de apropiación y luego se exija la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos —la calidad del sujeto activo, la relación funcional del agente con el bien objeto del delito, la sustracción o apropiación del bien jurídico protegido, el dolo, etc.— para poder sancionar el delito de peculado. La sola infracción del deber no es suficiente para configurar el peculado y, por tanto, no es suficiente para sancionar al funcionario ni siquiera en grado de tentativa. La razón de la punición de los delitos de infracción de deber tal como ocurre con los delitos de dominio o comunes es la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos (Roxin, 2016, p. 335). La infracción de deber por parte del agente constituye solo un elemento objetivo más del delito de peculado, elemento que para tener trascendencia penal debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito funcional de que se trate, de modo que la simple infracción de deber no tiene contenido penal.

Parecida postura sostiene Pariona Arana (2011, p. 73) cuando argumenta que por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro CP en su parte especial, no es posible sostener que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de la mayoría de los delitos contra la administración pública, por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. La sola infracción de un deber especial no es suficiente; se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro CP.

En los delitos de infracción del deber, así como en los delitos de dominio, la razón de su sanción o punición es al menos el inicio de la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico. Las instituciones fundamentan la obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor, porque se sitúa más cerca de los bienes jurídicos —a diferencia de lo que ocurre con personas que están fuera de la vinculación de deberes—. Debido a su especial posición social, el que —pertenece a la institución tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera

sencilla y considerable mayor que los que están situados fuera de la institución (Roxin, 2016, p. 336).

En este extremo, siguiendo lo expuesto por el profesor Caro John (2015, pp. 31-33), la postura de Sánchez-Vera tiene que ser cuestionada, debido a que ubica la lesión del deber únicamente en el nivel de lo abstracto —si se quiere, de lo formal—, mas no en el nivel de lo material, como corresponde identificar a toda conducta que reúne un significado de relevancia penal. Los delitos de infracción de deber necesitan una objetivización de la lesión acorde a la semántica del tipo penal, a la que se llega cuando se da comienzo a la realización típica. Es imposible —mantiene el citado profesor— que pueda ya hablarse de una realización típica del delito de peculado en el momento en que el tesorero dejó abierta la caja municipal para que terceros, con quienes lo ha planificado todo, se apropien de los caudales públicos a pesar de que estos todavía no han dado inicio a la tentativa. Puede darse el caso de que el funcionario agotara todo lo que le tocaba realizar dentro del plan conjunto de hurtar la caja del municipio; sin embargo, mientras no se inicie la realización típica de sustracción, la lesión no se produce en toda su plenitud penal. En concreto, el infringir o incumplir un deber especial solo tiene sentido jurídico penal cuando se traduce en una realización típica, como mínimo en el grado de una tentativa. La lesión del deber expresa su sentido únicamente en su vinculación con la realización de un tipo penal. La infracción de deber no tiene trascendencia penal si no va acompañada cuando menos con el inicio de la acción típica que describe el tipo penal de que se trate.

En suma, para tener trascendencia penal el elemento de infracción de deber debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito especial de que se trate, como realizar actos de inicio de la acción delictiva. Solo dando inicio a la acción criminal se pone en peligro real o potencial el bien jurídico protegido representado en deberes o principios. La simple infracción de deber no tiene contenido penal. De ahí que en el caso que propone Sánchez Vera, la madre que quiere deshacerse de su hijo y facilita el arma al asesino para que lo mate no podrá ser sancionada ni siquiera por tentativa de parricidio si el asesino no empezó realmente su compromiso criminal.

3. TEORÍA DE LA UNIDAD O RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Tampoco se sigue aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que, según esta concepción, si un *intraneus* participa en un hecho concreto con un *extraneus* (un obligado con un no obligado), este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción

de los caudales públicos participan un sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, mientras el particular o extraño a la administración responderá por el delito de hurto, que viene a constituir un delito de dominio (García Caveró, 2014b, p. 637). Se propicia que a un solo hecho se le realice doble calificación jurídica. Esta posición tiene su fundamento jurídico en la teoría de la ruptura del título de imputación¹⁷, según la cual solo son autores del delito especial quienes tienen competencia institucional, mientras los que no la tienen responden por otro delito de dominio o común¹⁸. Según esta postura doctrinaria, en el caso de los delitos especiales de infracción de deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas. La razón radica en la circunstancia que la competencia institucional —sobre la que se fundamenta el delito de infracción de deber— solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse sobre la base del delito de infracción de deber. En consecuencia, los partícipes no podrán ser sancionados con el marco penal establecido para los delitos de infracción de un deber (García Caveró, 2014b, p. 634).

Para graficar este aspecto, el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos:

Una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones como la parte del proceso que redacta la sentencia contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laedere* (pues solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los

17 Para saber más sobre las diferencias entre esta teoría y la de unidad del título de imputación, así como sus consecuencias prácticas, véase Pariona Arana, 2006, pp. 760-761.

18 La teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que plantea que solo el funcionario o servidor público responde como autor del delito especial cometido, en tanto que los *extraneus* que participan en la comisión del mismo delito especial responden penalmente por un delito común (cfr. García Caveró, 2008b, p. 600; 2014b, p. 639).

extranei en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales) (Caro John, 2010, pp. 82).

Consideramos que seguir la teoría de infracción de deber desde la óptica del profesor Jakobs y, en consecuencia, aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación en el análisis e interpretación de los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico general denominado «correcto funcionamiento de la administración pública» no es la forma más adecuada y eficaz, pues es cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales. No es razonable que algunos participantes en la comisión de un delito de peculado o colusión, por ejemplo, respondan por el delito realmente realizado —esto es, peculado o colusión— y otros por un delito diferente pero paralelo al anterior —esto es, apropiación ilícita, hurto o estafa—. Asimismo, no resulta razonable para nuestro sistema jurídico que un solo hecho delictivo tenga doble calificación jurídica por la calidad del agente. Igual no resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito especial propio, unos respondan por la comisión del delito especial, y otros no respondan por delito alguno, debido a que no existe ilícito penal subyacente o paralelo.

En efecto, en los delitos especiales improprios donde existe una figura delictiva paralela común o subyacente, podría explicarse esta posición aun cuando luego del debido proceso se originen sentencias contradictorias, como, por ejemplo, condenando al sujeto público y absolviendo al particular en proceso penal diferente, debido a que normativamente el bien jurídico solo existe en una estructura social de los delitos contra la administración pública (Rueda Martín, 2013, p. 149). Esto genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público¹⁹, lo que es más evidente en los delitos especiales propios²⁰ sobre los que no existe delito subyacente o paralelo en nuestro catálogo penal, como por ejemplo en el prevaricato, el enriquecimiento

19 Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición, como por ejemplo el profesor García Cavero (2008b, p. 601).

20 Vale tener presente que es harto conocida la diferencia entre los delitos especiales improprios y propios. En los primeros, según la definición tradicional, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común. En cambio, en los especiales propios, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial (abuso de autoridad, prevaricado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos) (cfr. Abanto Vásquez, 2014, p. 379).

ilícito, la malversación de fondos, el abuso de autoridad, etcétera. Aquí, para graficar, cabe citar como ejemplo el delito de prevaricato. Si un particular coopera o ayuda a un juez a redactar una sentencia evidentemente prevaricadora, su conducta quedará sin sanción, toda vez que en nuestro código penal no existe un delito común subyacente o paralelo al prevaricato que se le pueda atribuir. Su conducta sería impune²¹. Como justificación de esta situación se podría alegar que es problema del sistema jurídico el no haber previsto delito paralelo; sin embargo, no es razonable sostener tal postura, debido a que en nuestro sistema jurídico existen y se reconocen los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios, en los cuales, por su propia naturaleza jurídica, unos no tienen delito paralelo o subyacente y otros sí lo tienen. Lo importante de la dogmática es hacer una interpretación razonable y aplicar teorías que rindan y den conclusiones razonables. Deben aplicarse teorías que expliquen y justifiquen por qué todos los participantes con capacidad de culpabilidad en la comisión de un delito especial, propio o impropio, deben merecer sanción penal.

En los inicios del sistema anticorrupción en el Perú, la teoría de la ruptura del título de imputación tuvo cabida a nivel jurisprudencial²². No obstante, tomando en cuenta el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad, en nuestra patria se venía imponiendo jurisprudencialmente la posición de considerar a los particulares o *extraneus* como cómplices de los sujetos públicos que cometen en calidad de autores algún delito especial²³. Todos los que participan en la comisión de un delito especial propio o impropio responden por el mismo

21 Igual planteamiento formula el profesor Alcocer Povich (2014, p. 152).

22 Al inicio de la lucha contra la corrupción en el Perú, la posición de Jakobs, desde su enfoque institucional, tal como precisa el profesor Caro John, logró una amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia penal nacional, especialmente en el campo de los delitos funcionariales (cfr. Caro Jhon, 2015, p. 26). Esta posición es asumida todavía en algunos pronunciamientos de las salas penales de la Corte Suprema, en cuanto a su terminología. En efecto, como ejemplo, cabe citar las ejecutorias supremas RN 636-2008-Lima del 1 de julio de 2008 y RN 954-2007-Amazonas, del 7 de marzo de 2008, donde se sostiene que el delito de colusión «no es de dominio [...] sino un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público». En parecido sentido, tenemos la sentencia casatoria del 6 de julio de 2016. Allí se sostiene que «así las cosas, el artículo 25° del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; y no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales» (casación 782-2015-Santa, Sala Penal Permanente).

23 Parecida impresión tiene Alcocer Povich (2014, p. 151).

delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores y otros en calidad de cómplices. Incluso, así se dejó establecido como doctrina legal vinculante en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116²⁴, donde entre otros aspectos se precisó que «los *extraneus* se registrarán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores». Y como *obiter dicta* de la citada doctrina legal establecida en el citado acuerdo plenario, en los considerandos 11 y 12 se precisó que

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición sostiene lo siguiente: a) Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. b) El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia, a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, pues el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

Así, por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción se realizaron diversos procesos penales en los cuales el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que a los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos

24 De fecha 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción). Firmado por los jueces supremos Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santamaría Murillo.

de hurto o apropiación ilícita²⁵. Estos al final eran absueltos debido al argumento de que es imposible que existan cómplices de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos judicializados pasaran a formar parte de la cifra negra de la criminalidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando las salas penales de nuestra Corte Suprema comenzaron a interpretar adecuadamente los delitos funcionariales y se dio inicio a la emisión de ejecutorias supremas tomando en cuenta los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad²⁶. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que

La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26º del Código Penal²⁷.

De igual modo, en la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema precisó que

En cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado²⁸.

En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

25 Claro está, siguiendo la posición de Jakobs, que aquí no se sigue.

26 Acerca del fundamento penal de la participación, véase Roxin, 2007, p. 483. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig, 1966, p. 2015.

27 Exp. 3203-2002-Lima.

28 RN 1813-2003-Lima.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Allí se afirmó, de modo razonable, que:

El Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la «accesoriedad de la participación», es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas *extraneus* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo [...] En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder «en segundo término» y por tanto solo limitadamente²⁹.

Otro ejemplo del cambio jurisprudencial que se realizó para sancionar actos de corrupción es la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004³⁰. Aquí se consideró que

Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial —propio, en este caso— es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe.

Un pronunciamiento más reciente donde se asume con contundencia la teoría de la unidad del título de imputación es la ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012³¹. En esta ejecutoria se sostiene:

29 RN 375-2004-Ucayali. En el mismo sentido, se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, RN 2976-2004-Lima.

30 RN 2976-2004-Lima (San Martín Castro, 2006, p. 652).

31 Cfr. RN 2659-2011-Arequipa, Sala Penal Transitoria.

El delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En ese espacio, de ser el caso, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra, lo que no sucedió en el caso concreto [...] En esta connotación subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación, llega a soluciones jurídicas más razonables y satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido (cfr. Pariona Arana, 2006, p. 762). Esta postura es más convincente debido a que, en primer término, la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la administración pública es la infracción penal de un deber de carácter penal; y, en segundo término, el partícipe *extraneus* en un delito contra la administración pública, generalmente conoce que al sujeto público le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social (Rueda Martín, 2013, p. 148).

En resumen, tal como se pone en evidencia, la fundamentación de Jakobs de los delitos de infracción del deber es completamente diferente a la de Roxin. La lesión del deber positivo de corte institucional fundamenta, para Jakobs, la imputación jurídico-penal, y por supuesto, sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación, mientras que para Roxin el delito de infracción de deber solo es posible en los tipos penales que tienen el elemento de cualificación personal de la autoría; por ello, el único papel que desempeña dicha teoría es el de determinar la autoría del hecho delictivo —cuestión imposible de lograr con la teoría del dominio del hecho (cfr. Caro John, 2015, p. 28)—, y por supuesto, sustentar la teoría de la unidad del título de imputación.

Ante las críticas efectuadas a la teoría de infracción de deber desde la postura del funcionalismo radical, Sánchez-Vera (2003, p. 286) ha ensayado una posición interesante pero no necesaria. Sostiene que, dentro de esta categoría, no hay sitio para una diferenciación entre delitos de infracción de deberes propios e impropios (delitos especiales propios y delitos especiales impropios, en la terminología tradicional). La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si,

además, el autor tiene el dominio del hecho sobre el suceso, ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, ni siquiera la afirmación de que hay un delito común subyacente en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción. La suposición de que el injusto —continúa el citado autor— de un delito de infracción de deber impropio sería distinto —«más débil»— que el de un delito de infracción de deber propio no calza con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva.

Consideramos que el planteamiento de Sánchez-Vera no es necesario, pues por la misma construcción de las fórmulas legislativas, no podemos desconocer la existencia de los delitos especiales propios e impropios para sostener razonablemente —siguiendo a Roxin— que será autor del delito especial aquel que participó en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, en tanto que responderá como cómplice aquel que también participó en la comisión del mismo delito pero sin infringir o incumplir un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, toda vez que no tiene ese deber. La regla se aplica tanto para delitos especiales propios como impropios. En los delitos contra la administración pública, el tercero, extraño o *extraneus* que participa junto a un *intrañeus* en la comisión de un peculado, por ejemplo, no tiene el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado, debido a que no tiene la condición especial de funcionario o servidor público que exige el tipo penal 387 del Código Penal.

En otro extremo, debemos precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26º del CP³² que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública —infringir un deber especial de carácter penal— de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los *extraneus* que ayudan o auxilian

32 Como sugiere García Caveró, no se puede admitir —tal como lo proscribió el artículo 26 del CP— que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente, en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una comunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico (García Caveró, 2008b, p. 601; 2014, p. 637). En el mismo sentido, Villa Stein, 2014, p. 394.

en la comisión de un delito especial. De ahí que se afirme en forma tajante que un particular o extraño jamás puede ser autor de un delito funcional, debido a que la condición de funcionario o servidor público no se le puede traspasar ni transferir. La circunstancia o cualidad de sujeto público que afecta la responsabilidad del autor no modifica la responsabilidad del partícipe del hecho punible. Solo es autor aquel que tiene las condiciones o circunstancias especiales (sujeto público) que exige el tipo penal. Aquellos que también participan en la comisión del delito, pero sin reunir aquellas condiciones o circunstancias especiales, no pueden ser autores sino simplemente responderán como cómplices del delito. La teoría de la unidad del título de imputación es coherente con tal principio, y esta es la plausible interpretación efectuada por las dos salas penales de la Corte Suprema en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116 ya citado.

De ahí que no es de recibo la posición asumida en la sentencia casatoria del 6 de julio de 2016³³. Allí se argumentó, dejando de lado, sin explicación alguna, la interpretación efectuada en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116 citado³⁴, que

[...] el artículo 26 del Código penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad³⁵.

Desde nuestra perspectiva, en los delitos especiales se criminalizan conductas que solo ciertos sujetos pueden desplegar como autores. Si lo que permite sancionar es la condición particular del agente como sujeto público, todo aquel que no tenga tal condición escapa al radio punitivo de la norma en su calidad de autor, y solo podrá constituirse en cómplice si se llega a acreditar que también participó en la comisión del delito especial de que se trate. Este razonamiento de modo alguno

33 Casación 782-2015-Santa, Sala Penal Permanente.

34 Y se necesitaba la explicación del cambio de postura, toda vez que esta última casación fue firmada por los jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Neyra Flores, firmantes del acuerdo plenario 2-2011/CJ-116.

35 Parecida posición adoptó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016. RN 615-2015-Lima (caso «Diarios Chicha»).

lesiona el principio de legalidad, por el contrario, lo consolida y lo que es más importante, se evita dejar en la impunidad conductas delictivas graves³⁶.

4. EL ARTÍCULO 25 DEL CP MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1351

Haciendo uso del otorgamiento de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo, se promulgó el decreto legislativo 1351³⁷, que, según entiendo, supera la discusión dogmática y jurisprudencial que se generó en nuestra patria por la ausencia de una norma expresa que recogiera algún planteamiento de la teoría de infracción de deber en nuestro código penal. En efecto, luego de la modificatoria, el artículo 25 del código penal tiene el siguiente texto:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

36 Como aparentemente sucedió en el caso judicial objeto de la sentencia casatoria de fecha 6 de julio de 2016. En efecto, allí los hechos se resumen en lo siguiente: «Se imputa a la señora Amelia Victoria, que, en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1'028,703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito [...] para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa». Utilizando la teoría de la ruptura del título de la imputación, la Sala Permanente casó la sentencia condenatoria y, actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo, revocaron la sentencia condenatoria, y reformándola absolviéron a los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito (cfr. casación 782-2015-Santa, Sala Penal Permanente). También sucedió en el caso denominado «Diarios chicha», en el cual los hechos se resumen en lo siguiente: «Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de Presidente de la República, ordenó entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/. 122'000,000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de “gastos reservados”, que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados “diarios chicha”, para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con lo que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos». Invocando la teoría de infracción de deber del funcionalismo radical, la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte declaró nula la sentencia condenatoria y, reformándola, absolvió al acusado de los graves hechos imputados.

37 Publicado en *El Peruano* el 7 de enero de 2017.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

De la fórmula legislativa modificada se ponen en evidencia dos cuestiones fundamentales. Primero, que los dos primeros párrafos del artículo 25 tienen sustento en la teoría del dominio del hecho que diferencia entre complicidad primaria y complicidad secundaria, dependiendo de la magnitud de la cooperación, asistencia o auxilio doloso del cómplice en la realización del hecho punible. Si la cooperación dolosa es indispensable para la comisión del hecho punible, estaremos ante una complicidad primaria; en tanto, si la cooperación dolosa no es importante o es dispensable, estaremos ante una complicidad secundaria. En el primer supuesto se mantiene la arbitrariedad de establecer que el cómplice será sancionado con la misma pena prevista para el autor; en cambio, en el segundo, el juez disminuirá prudencialmente la pena del cómplice. Sostenemos que es arbitrario que a un cómplice primario se le reprima con la misma pena prevista para el autor, toda vez que la conducta del autor, quien domina el hecho delictivo, es más reprochable penalmente puesto que el cómplice solo se limitó a auxiliar o prestar una cooperación temporal en la realización del hecho punible. En suma, en estos aspectos no ha habido cambio legislativo alguno.

Segundo, la cuestión significativa que se ha producido es la introducción del último párrafo del artículo 25 del CP. Se ha previsto que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él³⁸. Al establecerse que el cómplice siempre responderá penalmente por el delito efectuado por el autor, el legislador ha optado por la teoría de la unidad del título de imputación. De modo que si en un hecho punible participan más de dos personas —unos como autores, otros como cómplices—, todos responderán penalmente por ese mismo delito y en un solo proceso penal. Legislativamente, luego de la entrada en vigencia del decreto legislativo 1351, se ha descartado la teoría de la ruptura del título de imputación en nuestro sistema jurídico.

Asimismo, al preverse que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él, significa que así en el cómplice

38 El antecedente legislativo de la modificación, al parecer, fue el proyecto de código penal ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015. En este documento legislativo encontramos el artículo 31.2º, que establece: «Es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor».

no concurren los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor, igual responderá por el delito cometido³⁹. Se entiende que en la mayoría de los delitos contra la administración pública los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor son que este debe tener la calidad de funcionario o servidor público y, además, un deber funcional de carácter penal respecto del bien jurídico que se pretende proteger. Elementos especiales que, por ejemplo, no tiene un extraño o ajeno a la administración pública o, en su caso, un funcionario o servidor público que no tiene un deber funcional específico, no obstante —según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin—, si se verifica que también participaron en la comisión del delito junto al autor, responderán penalmente por ese delito pero en calidad de cómplices. Sin duda, en este aspecto la teoría de infracción de deber de Roxin resulta el sustento de la modificatoria producida al artículo 25 del Código Penal.

Sin embargo, el legislador nada ha indicado respecto a la pena que se impondrá al cómplice, de modo que, siendo coherentes con la teoría recogida en la modificatoria, debe concluirse que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez le atenuará prudencialmente la pena. De ahí que en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor, pues la conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice, pues este participa en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, aunque el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, no infringe deber especial alguno, debido a que no lo tiene. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice⁴⁰ que no infringió deber especial de carácter penal alguno. Esta solución jurídica no es nada nueva, pues en el derecho comparado encontramos que en el derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente (cfr. García Cavero, 2008b, p. 603; Abanto Vázquez, 2014, p. 405)⁴¹.

Además, siempre se ha sostenido, y ahora se consolida, que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del

39 Igual enseña Prado Saldarriaga, 2017b, p. 188.

40 Esta tendencia incluso es la predominante en España. Al respecto, véase Rueda Martín, 2013, p. 152.

41 Incluso el profesor Abanto Vázquez propone en forma coherente la fórmula siguiente: «Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme [...] (regulación específica de las atenuaciones legales)».

código penal solo alcanza a los autores o *intraanei* y no a los partícipes o *extranei*. Resulta claro que al *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal —como sí lo hace el autor—, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del código penal que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41° de la constitución política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP⁴² establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Por lo tanto, solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos acuerdos plenarios. Así tenemos el acuerdo plenario 01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere que:

42 Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30077, del 20 agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente: «En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica».

1. Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo del sujeto público y el patrimonio implique que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado; y
3. Una orden administrativa sirva como fuente de atribución, y por lo tanto sea posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser:

1. Íntegramente del Estado.
2. Bienes de sociedades de economía mixta.
3. Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la duración de la prescripción varía según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, el código penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De tal modo, la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la administración pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extranei* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

5. LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER NO ADMITE LA COAUTORÍA

Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción de deber es el hecho de que no admite la coautoría⁴³ definida en el artículo 24° de nuestro código penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho (cfr. García Cavero, 2008b, p. 574), que explica la autoría y participación en los delitos comunes. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles para la lesión al bien jurídico protegido, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención⁴⁴. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin al derecho a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos se representan en derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos están constituidos por deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etcétera, son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública y no pueden dividirse ni compartirse (cfr. Salinas Siccha, 2013, p. 368; 2016a, pp. 275-318), pues son deberes personalísimos. El término de coautoría presupone una relación de dominio que en realidad no existe, pues el deber tiene un carácter personalísimo cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado, y cuando el obligado infringe su deber (por omisión o comisión) siempre lo habrá ejecutado él mismo y directamente (Sánchez-Vera, 2003; Abanto Vásquez, 2014, p. 389).

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre la cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios

43 Sin embargo, en los orígenes de la teoría Roxin sí lo admitía (véase Roxin, 2000, p. 388).

44 Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, RN 3429-99-Callao.

afecta su deber personal de no lesionar el patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario «A» lesiona una parte de un deber especial, el funcionario «B» la otra parte del mismo deber, y el funcionario «C» la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley materialmente no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría (cfr. Salinas Siccha, 2016b).

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial expresado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010⁴⁵ y vuelto a repetir en la ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010⁴⁶, cuando se sostiene que «en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones; y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello». Aquí, erróneamente, se utilizan los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría para identificar la autoría y participación en un delito especial como el peculado, el mismo que, como ya se expresó, se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como, incluso se ha precisado de modo razonable como doctrina legal vinculante en el acuerdo plenario 4-2005/CJ-116⁴⁷.

6. COMPLICIDAD ÚNICA

Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber, la complicidad también es única.

45 Véase RN 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente.

46 Véase RN 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.

47 Incluso la misma Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 2 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto. Véase RN 1594-2009-Puno.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales de infracción del deber no es de aplicación lo dispuesto en los dos primeros párrafos del modificado artículo 25° del CP, que establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que estos supuestos tienen como fundamento la teoría del dominio del hecho.

Aplicando el texto original del artículo 25 del CP, la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte no tenía claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción de deber invocaba y aplicaba la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice⁴⁸. En efecto, en la ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013⁴⁹ argumentó que «su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial. De ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por lo tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria».

No obstante, luego de la modificación producida en el artículo 25 del CP, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, al pronunciarse sobre el delito especial de negociación incompatible, invocando una sentencia de 2005 del TC⁵⁰ insiste en sostener que nuestro sistema jurídico penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo y que para ello sirve la teoría del dominio del hecho⁵¹.

En suma, la teoría del dominio del hecho, que ya hemos señalado, sirve para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de dominio o

48 Pero la razón de tal forma de proceder tiene su origen en el hecho de que, según da cuenta el profesor Abanto Vásquez, «la mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del dominio del hecho también en los delitos especiales» (Vásquez, 2014, p. 380).

49 RN 546-2012-Lima.

50 STC1805-2005-HC/TC- Lima, Caso Cáceda Pedemonte. Se precisa que la invocación al precedente del TC es inadecuada. En efecto, el TC emitió la citada sentencia en un proceso constitucional planteado por el beneficiario Cáceda Pedemonte, a quien se le seguía un proceso por el delito de asociación ilícita para delinquir, un delito común o de dominio. En consecuencia, es coherente que el TC haya declarado que para saber quién es autor y quién es cómplice en el delito de dominio (asociación ilícita para delinquir) sirve la teoría de dominio del hecho. Diferente naturaleza tiene el delito objeto de pronunciamiento de la Sala Penal Suprema, como es el delito especial de negociación incompatible.

51 Cfr. fundamento 4.57 de la casación 23-2016-Ica, de fecha 16 de mayo de 2017. Incluso en el fundamento 4.58 se hace un resumen de lo que sostiene la teoría del dominio del hecho.

comunes, así como en el delito especial de negociación incompatible. Se obvió sin miramientos la teoría de infracción de deber, que ya nadie cuestiona en lo central, así como la modificación del contenido del artículo 25 del CP, producida en enero de 2017.

Consideramos que con la modificatoria producida en el artículo 25 del CP por el decreto legislativo 1351 se ha impuesto la teoría de infracción del deber desde la óptica de Roxin, y, por tanto, debemos hablar de complicidad única. Solo queda esperar que se vaya imponiendo a nivel jurisprudencial.

El Ministerio Público, tal como actualmente es conocido en el derecho continental europeo y en América Latina, es resultado de una larga evolución, en estrecha relación con la consolidación de la defensa pública de la legalidad y el tránsito de la acción popular, relacionada con el modelo acusatorio puro o clásico, al procedimiento de oficio.

MIEDO AL DELITO, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL

Caty Vidales Rodríguez

Sumario: 1. Introducción. 2. La seguridad y el miedo al delito. 3. El papel de los medios de comunicación. 4. Paradojas de la política criminal «mediática».

1. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2017 se cumplieron veinte años de la entrada en vigor del llamado «código penal de la democracia»¹. Pese a tratarse de un código relativamente reciente, son muchas y de calado, las variaciones que ha experimentado. En total, son 27 las ocasiones en las que el texto punitivo ha sido reformado² y,

1 Ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, BOE, núm. 281, del 24 de noviembre de 1995.

2 No se tienen en cuenta en este cómputo ni la ley orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000) que, en la disposición final quinta deroga la disposición transitoria duodécima de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del código penal, ni la ley orgánica 3/2003, del 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España que, en su artículo único, extiende a estos sujetos

salvo honrosas excepciones —como las leyes orgánicas 7/1998 y 3/2002, que, respectivamente, atenúan las consecuencias penales o descriminalizan las conductas relacionadas con el incumplimiento del servicio militar y de la prestación social sustitutoria—, invariablemente los cambios introducidos han servido para agravar las consecuencias jurídicas de las conductas tipificadas o para incorporar nuevas infracciones.

Atendiendo al contenido de las reformas, pocos son los ámbitos que han podido escapar a un, sin duda, desmedido afán reformista. A las tres modificaciones de alcance general —operadas en 2003³, 2010⁴ y 2015⁵— se le suman los cambios efectuados en numerosas materias (violencia callejera⁶, libertad sexual⁷, violencia de género⁸, armas químicas⁹, corrupción de agentes públicos extranjeros¹⁰,

el régimen de responsabilidad penal al que están sometidos las autoridades y sus agentes y los funcionarios públicos españoles y que, asimismo, les otorga idéntica protección penal.

- 3 Ley orgánica 7/2003, del 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE, núm. 156, del 1 de julio de 2003) y ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 283, del 26 de noviembre de 2003).
- 4 Ley orgánica 5/2010, del 22 de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 152, del 23 de junio de 2010).
- 5 Ley orgánica 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 77, del 31 de marzo de 2015).
- 6 Ley orgánica 2/1998, del 15 de junio.
- 7 Ley orgánica 11/1999, del 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, aprobado por ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre (BOE, núm. 104, del 1º de mayo de 1999).
- 8 Ley orgánica 14/1999, del 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la ley de enjuiciamiento criminal (BOE, núm. 138, del 19 de junio de 1999), ley orgánica 11/2003, del 29 de setiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, núm. 234, del 30 de setiembre de 2003) y ley orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE, núm. 313, del 29 de diciembre de 2004).
- 9 Ley orgánica 2/2000, del 7 de enero, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas (BOE, núm. 8, del 10 de enero de 2000).
- 10 Ley orgánica 3/2000, del 11 de enero, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (BOE, núm. 10, del 12 de enero de 2000).

extranjería¹¹, terrorismo¹², sustracción de menores¹³, funcionamiento de la Democracia¹⁴, cumplimiento de la penas¹⁵, seguridad ciudadana¹⁶, explosivos¹⁷, salud pública en relación con el dopaje en el deporte¹⁸, seguridad vial¹⁹, aborto²⁰, delitos electorales²¹ y delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social²²) que hacen que, en el texto actual, sean muy difíciles de identificar alguna de las previsiones originales. Como es fácil imaginar, esta descomunal actividad legislativa en un texto que, por definición, debe aspirar a cierta estabilidad y permanencia,

- 11 Ley orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, núm. 10, del 12 de enero de 2000), ley orgánica 8/2000, del 22 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (BOE, núm. 307, del 23 de diciembre de 2000) y ley orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, núm. 234, del 30 de setiembre de 2003).
- 12 Ley orgánica 7/2000, del 22 de diciembre, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y de la ley orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE, núm. 307, del 23 de diciembre de 2000) y ley orgánica 2/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE, núm. 77, del 31 de marzo de 2015).
- 13 Ley orgánica 9/2002, del 10 de diciembre, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE, núm. 296, del 11 de diciembre de 2002).
- 14 Ley orgánica 1/2003, del 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales (BOE, núm. 60, del 11 de marzo de 2003).
- 15 Ley orgánica 7/2003, del 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE, núm. 156, del 1 de julio de 2003).
- 16 Ley orgánica 11/2003, del 29 de setiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, núm. 234, del 30 de setiembre de 2003).
- 17 Ley orgánica 4/2005, del 10 de octubre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos (BOE, núm. 243, del 11 de octubre de 2005).
- 18 Ley orgánica 7/2006, del 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (BOE, núm. 279, del 22 de noviembre de 2006).
- 19 Ley orgánica 15/2007, del 30 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial (BOE, núm. 288, del 1 de diciembre de 2007).
- 20 Ley orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, núm. 55, del 4 de marzo de 2010).
- 21 Ley orgánica 3/2011, del 28 de enero, por la que se modifica la ley orgánica 5/1985, del 19 de junio, del régimen electoral general (BOE, núm. 25, del 29 de enero de 2011).
- 22 Ley orgánica 7/2012, del 27 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social (BOE, núm. 312, del 28 de diciembre de 2012).

puede ocasionar importantes problemas de determinación de la ley penal aplicable y, lógicamente, merma la seguridad jurídica que el principio de legalidad está llamado a garantizar. No es esta, sin embargo, la seguridad que parece importar.

En efecto, un rápido repaso de las explicaciones que se ofrecen para justificar las modificaciones que se han introducido permite constatar que, en ocasiones, han venido impuestas por compromisos internacionales que obligan a la incorporación de determinadas medidas; sin embargo, es frecuente que, bajo este pretexto, se incorporen medidas que desbordan tales exigencias. Otras veces, en cambio, según se nos dice, las reformas resultan necesarias para acompañar las normas a la nueva realidad social, aunque, realmente, y sin desconocer los cambios sufridos por la sociedad española en los últimos tiempos, cuesta creer que sirvan para justificar, a mi juicio, este exagerado número de variaciones. Este escepticismo se acrecienta si se toma en consideración que no faltan supuestos en los que la reforma se ha limitado a enmendar una decisión a la mantenida poco antes, eso sí, por los adversarios políticos. Un buen ejemplo de esta práctica lo constituye la tipificación de las conductas relacionadas con la convocatoria de referéndum²³. Tampoco faltan las reformas que obedecen a la necesidad de introducir mejoras técnicas o corregir desajustes, ni qué decir tiene que buena parte de los errores o las disfunciones ocasionadas podrían haberse evitado si los cambios adoptados, lejos de ser fruto de la celeridad y la improvisación, fueran el resultado de una decisión meditada tras un proceso de evaluación de las necesidades reales de intervención penal y de las distintas alternativas político-criminales existentes. Lamentablemente, parece prioritario dar una respuesta rápida, aunque ello suponga obviar el análisis detenido del impacto que supondrá la modificación y se desdeñen, asimismo, las consecuencias que pueden derivar de la adopción precipitada de medidas penales.

A mi modo de ver, es la situación aquí meramente apuntada la que debería generar inquietud. Sin embargo, parecen ser otros los motivos de preocupación. Al respecto piénsese que, en no pocos casos, como permite concluir la lectura de las exposiciones de motivos que, de existir²⁴, preceden a las disposiciones normativas, el legislador se escuda en una demanda social que, al parecer, solicita una mayor intervención penal como mecanismo eficaz para garantizar una mayor seguridad.

23 Ley orgánica 20/2003, del 23 de diciembre, de modificación de la ley orgánica del Poder Judicial y del Código Penal (BOE, núm. 309, del 26 de diciembre de 2003), que poco tiempo después fue derogada por la ley orgánica 2/2005, del 22 de junio, de modificación del Código Penal (BOE, núm. 149, del 23 de junio de 2005).

24 En dos ocasiones los cambios introducidos han estado ayunos de toda justificación. Son la ley orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y la ley orgánica 20/2003, del 23 de diciembre, de modificación de la ley orgánica del Poder Judicial y del Código Penal.

Así, puede leerse que la intensificación de la respuesta penal en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales obedece a «requerimientos de la sociedad, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido» en alusión a la reforma que en este ámbito se introdujo en el Código Penal de 1995²⁵. También se encuentran alusiones a la «perplejidad e indignación social»²⁶ y a la «evidente alarma social»²⁷ cuando se trata de fundamentar el reproche penal o su endurecimiento. Es precisamente esta invocación de las reivindicaciones sociales la que obliga a detenernos en la génesis de esa intranquilidad y, más concretamente, en la influencia que pudiera ejercer el tratamiento de las noticias relacionadas con la delincuencia en los medios de comunicación. Cuestiones estas de las que paso a ocuparme a continuación.

2. LA SEGURIDAD Y EL MIEDO AL DELITO

Rechea Alberola, Fernández Molina y Benítez Jiménez (2004, p. 65)²⁸ sitúan la inauguración de la política criminal complaciente con las presuntas ansias punitivistas en 2001, cuando el Partido Socialista Obrero Español utilizó el incremento de las tasas de delincuencia y la inseguridad ciudadana como ejemplo de la ineficacia de la gestión del Partido Popular, entonces en el gobierno. La reacción no se hizo esperar y, en una vorágine sin precedentes, aprobó cinco reformas del código penal, tres de ellas con la declarada aspiración de dar respuesta a las demandas sociales de mayor rigor penal. En la primera, ley orgánica 7/2003, del 30 de junio, se afirma que «la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves». La segunda, la ley orgánica 11/2003, del 29 de setiembre, nace con la vocación, confesada en la exposición de motivos, de fortalecer la seguridad ciudadana, aunque para ello la única medida que se adopta es conferir de una eficacia extraordinaria a la agravante de multirreincidencia. Por último, la ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, explica el incremento punitivo que se produce en «las acuciantes preocupaciones sociales con el fin

25 Exposición de motivos, ley orgánica 1/1999, del 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal.

26 Exposición de motivos de la ley orgánica 7/2000, del 22 de diciembre de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal y de la ley orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.

27 Exposición de motivos de la ley orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

28 Refleja, asimismo, esta polémica y el seguimiento que se hizo en prensa (Soto Navarro, 2005, p. 16).

de conseguir que el ordenamiento penal de una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual».

Desde entonces son numerosas las ocasiones en las que la seguridad ha centrado el debate político. La adopción de medidas que pretenden mantener bajo control las tasas de delincuencia proporciona un claro rédito político y, además de tener una repercusión mediática significativa, resulta mucho más económica que la implementación de campañas de prevención de la delincuencia que, al abordar las causas, y no solo sus síntomas, pudieran ser más eficaces; aunque, eso sí, la obtención de resultados no es tan inmediata. Como es lógico, admitir que pueda existir un uso pervertido del derecho penal, no impide reconocer el interés, absolutamente legítimo, que el tema suscita. Al respecto, piénsese que la seguridad se ha erigido en uno de los principales criterios para asegurar la calidad de vida. Esta innegable trascendencia explica que, invariablemente, en los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas, la seguridad, o por mejor decir, su falta, sea una de las principales preocupaciones de los ciudadanos españoles, tan solo superada por el desempleo y los problemas relacionados con la grave crisis económica cuyos efectos aún se dejan sentir en nuestro país.

Reconociendo, por tanto, que la inseguridad ciudadana es un grave problema social, no deja de ser sorprendente que algo que genera tanta inquietud resulte tan difícil de definir y aún más complejo de delimitar de expresiones de análogo significado como «seguridad pública», «orden público», «paz pública», «seguridad personal» o «seguridad de los habitantes». Tanto es así que ni la propia ley dirigida a su protección²⁹ contenía una definición. Esta deficiencia ha sido subsanada por la ley orgánica 4/2015, del 30 de marzo, que establece en su preámbulo que la seguridad ciudadana «es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica». Y, por esa razón, la seguridad ciudadana «se configura como uno de los elementos esenciales del estado de derecho». Aboga esta ley, además, por un concepto material de seguridad ciudadana que, por otra parte, es el que viene siendo manejado por el Tribunal Constitucional desde la temprana sentencia 33/82 del 8 de junio. Según esta concepción, la seguridad ciudadana es la «actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos». Interesa destacar la alusión —no tan inofensiva como en principio pudiera parecer— al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos, por cuanto una de las acepciones de la tranquilidad es la ausencia de miedo.

29 Ley orgánica 1/1992, del 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

Como es sabido, viene siendo habitual distinguir entre inseguridad *objetiva* —tasas de delincuencia— e inseguridad *subjetiva*, que engloba tanto la preocupación por el delito como problema social como el miedo al delito, esto es, el temor personal a ser victimizado³⁰. Como bien se conoce, ambas perspectivas funcionan de manera independiente respecto de la seguridad ciudadana objetiva, razón por la que se ha llegado a afirmar que carece de un sustrato real³¹. En otros términos, y con las cautelas que derivan de la dificultad de medir ambas magnitudes, los estudios permiten concluir que no existe una correlación directa entre las variaciones que experimentan las tasas reales (conocidas) de delincuencia y las fluctuaciones que se producen en la percepción que se tiene del fenómeno criminal (Serrano Gómez & Vázquez González, 2007, p. 23). Ello obedece, como han puesto de manifiesto Vozmediano, San Juan y Vergara (2008), a que tanto la preocupación por el delito como el miedo al delito, al tratarse de experiencias emocionales, dependen de la manera en que se procese la información y se interprete la realidad a partir de los elementos que proporciona el entorno (Vozmediano, San Juan & Vergara, 2008).

De ahí que no debe extrañar que, junto a factores sociales, ambientales o personales —edad, sexo, pertenencia étnica, lugar de residencia, situación socioeconómica, victimización previa, etcétera— (Berenguer, 1989; Garófalo, 1973, p. 839; Killias & Clerici, 2000) haya un alto grado de consenso en señalar la importante influencia que ejercen los medios de comunicación en la génesis de la sensación de intranquilidad. En efecto, el constante relato —en ocasiones, sesgado, parcial y distorsionado— de hechos constitutivos de delito contribuye de manera decisiva a la creencia de que la inseguridad es mayor ahora que cuando la información sobre los delitos no gozaba del innegable protagonismo que ostenta en la actualidad (Eschholz, 1997; Fuentes Osorio, 2005; García Arán, 2008; Heath, 1984; Romer, Jamieson & Aday, 2003; Rico & Salas, 1988; Ruizdías, 1997; Soto Navarro, 2005; Varona Gómez, 2011).

Del mismo modo, quienes se han ocupado del tema coinciden en señalar que tanto la preocupación por el delito como el miedo a este —fundado o no— constituyen un problema social real. Incluso, se ha llegado a evidenciar que puede ser más grave que el propio riesgo de victimización (Rico & Salas, 1988, p. 15; Ruizdías, 1997, p. 65; Warr, 1994), atendidas las trascendentes

30 Aunque se trata de dos conceptos estrechamente relacionados que, en ocasiones, se utilizan como sinónimos, no son totalmente coincidentes. Sobre tal cuestión, puede verse Serrano Gómez y Vázquez González, 2007, p. 25; Ruidías García, 1997, p. 65.

31 Como ha puesto de manifiesto García-Pablos De Molina (1988), de las encuestas de victimización se desprende que quienes más temen al delito son los menos victimizados. Que los delitos que más miedo desencadenan son los que menos se producen. Y que no siempre delinquen más las personas que más temor inspiran (p. 97).

consecuencias personales y sociales que pueden derivar de este temor. Para dar una idea de la magnitud del problema, basta con destacar que, según se extrae de la amplia bibliografía existente al respecto (García-Pablos De Molina, 1989, p. 49; Goldstein, 1987; Skogan, 1986), supone un aislamiento de las personas, el abandono y progresiva degradación de espacios públicos, un mayor riesgo de conductas violentas, la modificación sustancial de estilos de vida, la estigmatización de grupos considerados peligrosos (jóvenes con escasos recursos económicos, extranjeros, vagabundos, etcétera), la adopción de medidas de protección personal y, lo que más interesa destacar, provoca la demanda social por mayor seguridad, que puede verse plasmada, como sucede, en decisiones político-criminales desacertadas o, cuanto menos, cuestionables.

3. EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El determinante papel que juegan los medios de comunicación en el origen del sentimiento de inseguridad no parece pueda cuestionarse a la vista de los diversos estudios que se han realizado y que permiten concluir que, con independencia de las variaciones en las tasas oficiales de la delincuencia, la seguridad ciudadana aumenta en proporción a la atención mediática que se le dispense al fenómeno criminal (Rechea, Fernández & Jiménez, 2004, p. 63; Rechea & Fernández, 2006; Soto Navarro, 2005, p. 36; García Arán & Peres-Neto, 2009, p. 271; Varona Gómez, 2009, pp. 16-17). Así parece confirmarlo el hecho de que cuando se aprobó el código penal, en noviembre de 1995, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de ese mismo mes reflejaba que el problema más preocupante para los españoles era la corrupción política, seguido del asunto de De la Rosa y Conde sobre la Casa Real y el terrorismo de ETA. Entre las noticias que menos preocupaban a la ciudadanía estaban, curiosamente, la aprobación del nuevo código penal y la delincuencia e inseguridad; en concreto, la inseguridad ciudadana ocupaba el octavo puesto de una lista de trece problemas. Unos años más tarde, en el barómetro de diciembre de 2002 cuando, como se recordará, el discurso de la seguridad ya se había instalado en la discusión política y se había incrementado considerablemente el número de noticias relacionadas con hechos delictivos en los medios de comunicación, la inseguridad ciudadana ya aparece en tercer lugar, por detrás del paro y del terrorismo de ETA, y el 45% de los entrevistados mostró su convencimiento de que la situación en 2003 iba a empeorar.

Vemos, por tanto, que los *mass media* tienen la capacidad de decidir qué temas merecen relevancia social y es ahí, como apunta Cuerda Riezu, donde radica su verdadero poder (2001, p. 191). En la sociedad actual, lo no divulgado

simplemente no existe. Esta facultad de condicionar y determinar las prioridades sociales, conocida como agenda *setting*, no ha pasado inadvertida para el legislador que, en la primera reforma que experimentó el código penal para incriminar la llamada violencia callejera, tras afirmar que el problema «se ha constituido en uno de los fenómenos más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años», reconoce que, entre otros foros de reflexión y debate político y social, han sido, precisamente, los medios de comunicación los que «han dejado constancia de la gravedad de esta nueva forma de terrorismo, dada su extraordinaria capacidad para alterar la paz social»³².

A la capacidad de determinar lo socialmente relevante —y, en consecuencia, de obviar asuntos que pudieran suscitar el interés general— se une la posibilidad de ofrecer una determinada —y frecuentemente interesada— interpretación del tema de que se trate. Como es fácil deducir, el *framing* o encuadre que se le dé a las noticias va a condicionar la formación de la opinión pública. En cuanto a la delincuencia, la exposición mediática de determinados hechos ha contribuido a crear una imagen distorsionada de ella. En este sentido afirma Fuentes Osorio que el protagonismo otorgado, dirigido a garantizar la atención de la audiencia, «se plasma en una información que, tanto respecto al fenómeno criminal como sobre las propuestas de solución, es inexacta, poco plural y adulterada por los intereses particulares de los medios y de aquellos que los controlan» (Fuentes Osorio, 2005, p. 3)³³. Además, este tratamiento ha servido, como ha puesto de manifiesto Varona Gómez, para consolidar ciertas creencias. En concreto, que la delincuencia está en constante aumento, que es violenta y que el sistema es excesivamente benévolo (Varona Gómez, 2011, pp. 6-7). En este contexto, no es difícil de entender lo que se ha dado en llamar «populismo punitivo». La dificultad, por el contrario, estriba en el poder —y la voluntad— de desmontar estos mitos.

Lamentablemente, de poco parecen servir los datos que pueden facilitarse al respecto y que, por un lado, sitúan a España como el tercer país más seguro de la Unión Europea, con una tasa de criminalidad de 44,8 delitos y faltas por cada 1000 habitantes; y, por otro, desmiente la supuesta benignidad de nuestro sistema de justicia penal. Al respecto cabe señalar que, según refleja el III Barómetro de la actividad judicial, un porcentaje elevado de la población considera que los delincuentes no son tratados con la severidad que merecen³⁴. Ese convencimiento, sin duda, contrasta con el Informe SPACE 2012, presentado por el Consejo de

32 Exposición de motivos de la ley orgánica 2/1988, del 15 de junio.

33 Denuncia asimismo la deformación que se produce (Soto Navarro, 2005, p. 36).

34 Puede consultarse en www.fundacionwolterskluwer.es/html/IIIBarometro.pdf (pp. 6-7).

Europa³⁵, en el que figura que la media de condena de los presos españoles es de 19,1 meses, lo que supone el doble de la media europea, que se sitúa en 10,4 meses. Es más, el 20% de los encarcelados se enfrenta a penas superiores a diez años. Casi el 50 % (exactamente el 47,8) cumple condenas superiores a cinco años, cuando la media en Europa es entre uno y tres años. Por eso, a pesar de la creencia popular, ostentamos el dudoso honor de ser el tercer país de la UE con las condenas más extensas.

En definitiva, así las cosas, parece obligado concluir que no existe más realidad que la percibida.

4. PARADOJAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL «MEDIÁTICA»

Evidentemente, la situación brevemente descrita no es responsabilidad —o, al menos, no lo es en exclusiva— de los medios de comunicación. Más parece, como apuntan Rechea Alberola, Fernández Molina y Benítez Jiménez, que se ha generado una relación compleja en la que los partidos políticos también se ven influidos por lo que los medios difunden acerca del sentir popular (Rechea, Fernández & Benítez, 2004, p. 67). Y, no puede desconocerse que, en otras ocasiones, son estos quienes filtran la información que les interesa difundir, silenciado aquellos aspectos que podrían provocar una reacción adversa. Un ejemplo reciente lo encontramos con la reforma operada por medio de la ley orgánica 7/2012, del 27 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social. Cuando se aprobó el anteproyecto de ley, las modificaciones que entonces se pretendía introducir fueron presentadas como un endurecimiento de las consecuencias de este tipo de fraudes, elevando la pena y ampliando el plazo de prescripción³⁶, cuando lo cierto es que estas medidas están previstas únicamente para los supuestos más graves. Por el contrario, nada se dijo respecto del cambio de naturaleza jurídica de la regularización tributaria y las consecuencias que del mismo

35 http://wp.unil.ch/space/files/2011/02/Council-of-Europe_SPACE-II-2012_Final-report_140417.pdf.

36 Esto explica la coincidencia en el tratamiento mediático de la noticia. Ver, por ejemplo, *El País* («El gobierno endurece las penas de cárcel para defraudadores»), *El Mundo* («La pena por delito fiscal se eleva a seis años de cárcel y la prescripción a diez») y el *ABC* («La prescripción por delitos fiscales aumenta a diez años») del 11 de mayo de 2012; y *La Razón* del 14 de mayo («Seis años de cárcel por delito fiscal»). Artículos disponibles, respectivamente, en: http://economia.elpais.com/economia/2012/05/11/actualidad/1336735359_282313.html?rel=mas; www.elmundo.es/elmundo/2012/05/14/1336728822.html; www.abc.es/.../rc-prescripcion-delitos-fiscales-aumenta-20120; www.larazon.es/.../6269-seis-anos-de-carcel-por-delito-fiscal.

derivan. Y muy parca fue, asimismo, la información sobre los extraordinarios efectos atenuantes que se le reconocen a quien normalice su situación tributaria. Tan solo un diario digital, una vez aprobada la reforma, y contrastando la nueva regulación de estas infracciones con la incriminación del cobro indebido de cualquier prestación, con independencia de su cuantía, advirtió de la situación creada, titulando gráficamente la noticia «Doble rasero en la persecución del fraude»³⁷.

Este caso constituye una muestra de los vínculos entre poder político y medios de comunicación, a lo que debe unírsele el público al que uno y otros se dirigen. Esta relación triangular, que se retroalimenta, lleva a Varona Gómez a plantear si son los medios los que, en defensa de sus propios intereses o dinámicas, elevan la atención sobre la delincuencia sensibilizando a la opinión pública y provocando la reacción de los representantes políticos o, si por el contrario, son los políticos quienes se sirven de los medios y a través de estos crean un clima proclive a sus propuestas o, finalmente, si los medios únicamente se limitan a recoger aquellos temas que de verdad preocupan a la ciudadanía (Varona Gómez, 2011, p. 8). Ciertamente, no es fácil decantarse por alguna de las tres alternativas. Da idea de la complejidad del tema las distintas opiniones que se han mantenido al respecto (Castaño Tierno, 2014). Así, mientras para Fuentes Osorio la realidad criminal que ofrecen los medios «influye en la política legislativa, ya que son factores de presión sobre los agentes políticos, que se ven obligados a reaccionar de forma inmediata y contundente con una ley penal» (Fuentes Osorio, 2005, p. 4), para Rechea Alberola y Fernández Molina, «es imposible mantener que los medios se hayan convertido en los principales factores del rumbo de la política criminal, ya que en realidad son los partidos políticos los que se sirven de ellos para centrar el debate público» (2006, p. 34). No puede descartarse tampoco que concurren en esta problemática todos y cada uno de estos factores.

En cualquier caso, interesa destacar que la evanescente alarma social —real o inducida— ha servido de excusa para introducir algunas reformas que ponen en serio compromiso determinados postulados garantistas y no con el fin, como ha denunciado González Cussac, de reducir el delito, sino de calmar a la población y conformar la creencia social de que el Estado actúa y resuelve (González Cussac, 2006, p. 65). En parecidos términos se pronuncia Díez Ripollés, para quien únicamente se persigue «disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia» (Díez Ripollés, 2004, 2002). Me temo, sin embargo, que a las críticas que, sin duda, merece una política de marcado sesgo securitario (Díaz & Faraldo,

37 Puede verse el artículo en *eldiario.es* del 4 de febrero de 2013. Disponible en www.eldiario.es/.../Doble-rasero-persecucion-fraude_0_97640514).

2002; Díez Ripollés, 2004, 2002, p. 80; González Cussac, 2004; Maqueda, 2003, 2004), debe sumársele ahora la de la incompetencia.

En efecto, en 2005 se realizó la Encuesta Europea de Delito y Seguridad y reveló que, aunque España es un país con un bajo riesgo de victimización, el miedo al delito es alto. Ocupamos el puesto sexto de diecinueve países. Es más, en 2006, cuando ya habían cuajado las reformas supuestamente tendentes a calmar las demandas sociales de mayor intervención penal aprobadas en 2003, el 23,2% de los encuestados señaló la inseguridad ciudadana como principal problema de nuestro país y eso a pesar de que las tasas de delincuencia llevan 25 años en constante descenso. No parece, pues, que se haya alcanzado el objetivo propuesto. Pero es que, además, resulta obligado traer a colación las declaraciones del ministro del Interior quien, en febrero de 2015, en una intervención en el Congreso, afirmó que la criminalidad bajó en 2014, y que ya en 2013 había supuesto un hito puesto que retrotraía la actividad de los delincuentes diez años y los colocaba en los niveles, precisamente, de 2003³⁸. Ante estas palabras, al menos son dos —e igual de inquietantes— las reflexiones que cabe hacer. La primera es que si ahora se alardea de las tasas de delincuencia de 2003 parece razonable inferir que la realidad delictiva de aquel momento en modo alguno justificaba la hiperactividad legislativa de la que ha quedado constancia. En segundo lugar, tampoco resulta fácil de explicar que, en paralelo a la exhibición de esas cifras como muestra de una gestión eficaz, se estuviera tramitando una reforma del Código Penal que, como es de sobra conocido, incide en esa línea represiva en la que la introducción de la prisión permanente revisable es el ejemplo más visible, pero, por desgracia, no el único. En ambos casos la conclusión es única: el recurso al derecho penal con fines espurios.

Tal vez esa sea esa perversión y, como ha apuntado Tamarit Sumalla, la adopción de una política criminal caracterizada por «la inestabilidad normativa y la dificultad de detectar tendencias de fondo que vayan más allá de los impulsos coyunturales y de las dinámicas propias de la política partidaria» (Tamarit Sumalla, 2007a, p. 3) sea lo que explique que, teniendo unas tasas de criminalidad relativamente bajas —el tercer país más seguro de la Unión Europea, recordemos—, seamos el cuarto país con mayor número de población penitenciaria de Europa y que tengamos un total de 147,3 presos por cada 100 000 habitantes, cuando la media europea se sitúa en 62,8. Por otro lado, preciso es advertirlo, no deja de ser contradictoria esta permanente reivindicación de un mayor intervencionismo punitivo y de una mayor severidad en la respuesta penal cuando, simultáneamente, la administración

38 Puede consultarse el texto completo de la noticia en <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mir/Paginas/2015/040215balancecriminalidad.aspx>.

de justicia sufre un considerable descrédito³⁹. Los datos que arroja el III Barómetro de la actividad judicial no pueden ser más elocuentes. En efecto, en atención a lo que allí se refleja, España es uno de los países europeos en los que los ciudadanos tienen una peor imagen sobre el funcionamiento de la administración de justicia. En 2012 llegó a su máximo histórico y para el 65% de los ciudadanos funciona mal o muy mal. En 2014, aunque la opinión ha mejorado, el 50% sigue teniendo esa creencia (Rechea, Fernández & Benítez, 2004).

A ello se une, para ensombrecer más, si cabe, este panorama, que ha ido calando en la sociedad el discurso de que la pena privativa de libertad no cumple su cometido de resocialización, esgrimiendo como principal argumento para ello las altas tasas de reincidencia cuando, una vez más, la realidad es distinta. En efecto, un estudio publicado en 2015 demuestra que, aunque en 2008 el número de reincidentes se situó en 40,3% de las personas excarceladas, en 2010 se ha producido una mejora y ha reincidido el 30,2%⁴⁰. Con independencia de estos datos, esa asentada creencia contrasta con la incapacidad de buscar alternativas y el permanente reclamo de más y mayores penas, peticiones que, de ser atendidas, en nada contribuyen a paliar uno de nuestros males endémicos: la saturación, por no decir, auténtico colapso de nuestro sistema de justicia penal, reconocido implícitamente en 2010 por el propio legislador, que, recogiendo una práctica judicial asentada, otorgó efectos atenuantes de la responsabilidad criminal a las dilaciones indebidas en el proceso.

De este modo, la desconfianza en la Administración de Justicia y su atribuida incapacidad de dar una respuesta rápida y eficaz al problema de la delincuencia constituye, a su vez, un importante factor generador de miedo al delito (Rico & Salas, 1988, p. 43; Thomé, 2004, p. 57). Se establece así un peligroso círculo vicioso perfectamente definido, pero muy difícil de romper o, en el peor de los casos, interesadamente mantenido por quienes persiguen la obtención de rendimientos políticos, e incluso económicos, a corto plazo (Curbert, 2005). Ahora bien, mucho me temo que esta situación no va a cambiar mientras confluyan el interés público en estos temas —mayor cuanto más morbo despierte el tratamiento de las noticias—, unos medios de comunicación que, como empresas que son, están sometidos a las leyes que disciplinan el mercado y a los que se les impele no ya solo a informar, sino a hacerlo, además, de forma entretenida y, finalmente, unos

39 La opinión de la población sobre la administración de justicia puede verse en el *X Barómetro del Consejo General del Poder Judicial*, de 25 de septiembre de 2008, último disponible.

40 Tasa de reincidencia penitenciaria 2014. Informe elaborado por el área de Investigación y Formación Social y Criminológica del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya. Puede consultarse en www.ub.edu/geav/...6/.../tasa_reincidencia_2014_cast.pdf.

representantes políticos que no dudan en poner en jaque los principios sobre los que se asienta todo Estado democrático y de derecho con tal de obtener los votos de un sector de la población que —ya sea por convencimiento propio, ya sea por factores exógenos— sigue creyendo, con inusitada contumacia, que a mayor pena, menor número de delitos.

En este contexto, y puesto que de señalar paradojas se trata, no puede dejar de denunciarse la ironía que supone que se adopten medidas que cercenan derechos y garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado y que se haga invocando la demanda social. Ilustrativas me parecen las palabras que el preámbulo de la ley orgánica 1/2015, del 30 de marzo, dedicado a justificar la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro catálogo de penas. Según lo que allí se nos dice, «la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». Se viene así a complacer la reivindicación de las víctimas, cuyo discurso —como han puesto de manifiesto García Arán y Peres-Neto— atendido por los medios de comunicación, condiciona el debate puesto que, por definición, mantienen «una posición parcial y poco favorable a la racionalidad» (García Arán & Peres-Neto, 2009, p. 288)⁴¹. Innecesario debería ser tener que recordar, como ha afirmado Vives Antón, que «el fin de la pena no es curar las heridas que el delito produjo» (Vives Antón, 2008, p. 267). Pero, si ya es grave este patente olvido, y aun reconociendo que la frase reproducida es merecedora de más comentarios de los que aquí se está en condiciones de efectuar, vincular la necesidad de esta pena a la previsibilidad de las resoluciones judiciales y a la percepción social de justicia —más difusa aún, si cabe, que la de seguridad— no deja de ser grotesco. De no ser por la gravedad del tema, podría pensarse que se trata de una burla que, en el mejor de los casos, esconde la incapacidad para resolver el binomio seguridad-libertad desde una perspectiva integradora, abandonando, así, el tradicional enfoque antagónico que se le ha dado. Claro que transitar por esta vía es una tarea mucho más compleja. Parece, pues, que el código penal convertido ya, como con acierto señala González Cussac, en una «compilación de leyes penales» (González Cussac, 2015, pp. 18, 26), esté abocado a seguir soportando reformas. Se trata, en conclusión, de cambiar todo para que, en el fondo, todo siga igual.

41 Sobre la influencia de las víctimas en la política criminal, puede verse Cerezo Domínguez, 2010.

EL ABUSO DEL SISTEMA PENAL¹

José Luis Díez Ripollés

Sumario: 1. Un enfoque analítico. 1.1. El objetivo de la moderación punitiva. 1.2. El objetivo de la inclusión social. 2. Panorama de reglas y prácticas punitivas. 2.1. La criminalización de conductas. 2.1.1. La selección de conductas punibles. 2.1.2. Penas máximas. 2.1.3. Sistema de sanciones. 2.2. Persecución de conductas. 2.2.1. Control de espacios públicos. 2.2.2. Garantías penales. 2.2.3. Derecho penal juvenil. 2.2.4. Sistema de determinación de la penal. 2.2.5. Internamientos de seguridad. 2.3. Ejecución de sanciones. 2.3.1. Régimen penitenciario. 2.3.2. Estatus legal y social de delincuentes y exdelincuentes. 2.3.3. Registros policiales y penales. 3. Conclusiones.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2015-64846-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. UN ENFOQUE ANALÍTICO

Resulta difícil valorar en qué medida un determinado sistema nacional de control penal está abusando de los medios punitivos puestos a su disposición si no se determina previamente cuáles son los legítimos objetivos que se persiguen con esos medios. Es preciso, por tanto, adoptar una determinada perspectiva analítica para poder juzgar los excesos en los que los agentes de control penal pueden estar incurriendo. De eso nos ocupamos en las próximas dos secciones.

1.1. El objetivo de la moderación punitiva

La actual política criminal tiene una fuerte tendencia a comprender y comparar los diferentes sistemas nacionales de control penal desde una única perspectiva, la de su mayor o menor rigor punitivo. La dimensión rigor/moderación penal se ha convertido así en el hilo conductor de la mayoría de las interpretaciones de la realidad político-criminal en los diferentes países. Es más, esta hipótesis interpretativa ha mudado paulatinamente de significación hasta convertirse en un criterio de evaluación de las diferentes políticas criminales nacionales.

Esta pauta evaluativa asume que todo sistema de control penal nacional, al mismo tiempo que lleva a cabo las intervenciones sociales exigibles para obtener sus fines preventivos, debe asegurarse de que el control penal no cause más sufrimiento del estrictamente necesario. Esto implica que las conductas amenazadas con pena sean las imprescindibles para proteger los intereses relevantes de la sociedad, y que quienes por su conducta sospechosa o delictiva entren en contacto con los órganos de prevención y persecución de delitos o de ejecución de penas padezcan molestias y aflicciones moderadas como consecuencia de su comportamiento². Este objetivo resultaría tan trascendente que justificaría valorar los diferentes sistemas penales nacionales de acuerdo al grado en que se acercan a una óptima moderación punitiva, sin merma de sus objetivos preventivos.

Cabe preguntarse por qué, pese a la fuerte dependencia valorativa y cultural a la que están sometidos los conceptos de rigor o moderación penal, este enfoque ha conseguido tan amplio predicamento (Hinds, 2005; Cavadino & Dignan, 2006, pp. 3-49; Downes & Hansen, 2006; Tonry, 2007, pp. 7-13; Lappi-Seppälä, 2008; Larrauri Pijoan, 2009). Pueden mencionarse algunas razones: la hipótesis de que la mayoría de los países occidentales camina hacia un progresivo endurecimiento

2 Sobre el concepto de rigorismo penal véanse, entre otros, Nelken, 2005, pp. 219-222; Cavadino & Dignan, 2006, p. xii; Roché, 2007, pp. 474-476, 494; Lappi-Seppälä, 2008, pp. 320-321; Del Rosal Blasco, 2009, pp. 14-19.

penal ha resultado muy sugestiva, y ha calado en el debate político-criminal³. A su vez, un programa dirigido a disminuir la presión punitiva recoge fácilmente adhesiones en el mundo de la reflexión político-criminal. También ha podido influir la claridad y contundencia conceptuales de esta perspectiva, que sugieren que podrá ser explicitada a partir de unos pocos indicadores reveladores. Y, en efecto, no se puede olvidar que desde un primer momento ha usado unos indicadores de rigor punitivo fácilmente accesibles, lo que sin duda aumenta su atractivo.

Sin embargo, analizar y evaluar las diversas políticas criminales nacionales en torno al mayor rigor o moderación punitivo que exhiben conlleva inconvenientes teóricos y metodológicos significativos.

Desde una visión teórica, el objetivo de la moderación punitiva se inserta en un contexto ideológico excesivamente pobre. En realidad, podríamos considerarlo una aproximación «buenista» o humanitaria a la política criminal, que se conforma con garantizar que todo sistema de control penal —al margen del modelo seguido o de los objetivos pretendidos— alcance un rigor que se considere aceptable. De ahí que se haya dicho que es una propuesta evaluativa que solo tiene capacidad crítica respecto a políticas que originan un incremento de la intervención penal, pero no frente a las que mantienen o hacen descender esa intervención (Brodeur, 2007, p. 67; Webster & Doob, 2007, pp. 300-301). Ello no quiere decir que la moderación punitiva sea un rasgo o un objetivo intrascendente. Muy al contrario, como tendremos ocasión de ver, se integra necesariamente en un programa político-criminal más amplio y complejo, del que constituye un elemento imprescindible.

En realidad, la asignación de un papel sobresaliente a la moderación punitiva no es más que el correlato de la adopción del garantismo como modelo político-criminal. En este caso, poniendo el énfasis en la extensión e intensidad de las intervenciones penales. Pero creo haber probado en otro lugar que el garantismo —sin perjuicio de su función indispensable en todo sistema de justicia penal— no reúne las características para convertirse en una estrategia de lucha contra la criminalidad o, lo que es lo mismo, en un modelo político-criminal (Díez-Ripollés, 2004, pp. 31-33; Zaffaroni, 2007, p. 184).

El garantismo erige un convincente e imprescindible ámbito de salvaguarda de las libertades públicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al ejercicio del *ius puniendi*, para lo que identifica convincentes principios a respetar en la determinación de los objetos de tutela penal, en la persecución penal, en la configuración y dilucidación procesal de la responsabilidad penal, y en el desarrollo del sistema de penas y su ejecución. Esta refinada construcción conceptual ha de tenerse en cuenta y debe ser respetada por los poderes públicos en el marco

3 Sobre el origen de esta hipótesis y su evolución, véase Díez-Ripollés, 2011, pp. 2-3.

de cualquier estrategia político-criminal. Sin embargo, carece del contenido necesario para fundamentar una política pública como es la criminal: para ello es preciso una estrategia de intervención social que, integrada en el conjunto de las políticas públicas, desarrolle objetivos específicos y evaluables encaminados a prevenir la delincuencia dentro, en todo caso, de parámetros socialmente asumibles. El garantismo, por el contrario, se detiene en la identificación y puesta en valor de esos parámetros comunes a toda política criminal propia de un estado de derecho, pero no da indicaciones sobre qué alternativa político-criminal, de entre las compatibles con esos parámetros, se ha de escoger⁴.

Desde una visión metodológica, el objetivo de la moderación punitiva se sirve de indicadores excesivamente limitados. De hecho, se concentra de forma predominante en uno, la tasa de encarcelamiento por 100 000 habitantes. El indicador tiene, sin duda, muchas virtudes: es fácilmente accesible a partir de fuentes fiables diversas; permite disponer, dada su elaboración desde hace tiempo, de series de datos que abarcan periodos temporales extensos; se centra en la sanción más dura que un sistema penal puede imponer, salvo la pena de muerte; y suele ser una sanción que refleja bien el resultado de las políticas y prácticas punitivas del conjunto del sistema penal respectivo (Cavadino & Dignan, 2006, pp. 4-5; Tonry, 2007, p. 7).

No obstante, la doctrina criminológica y político-criminal ha puesto de manifiesto reiteradamente sus insuficiencias: ante todo, por concentrar indebidamente la evaluación del rigor de un sistema penal en el uso de la pena de prisión, marginando otros indicadores también idóneos, como el número de procedimientos penales y de los que acaban en condena, la duración de las penas en general, la intensidad y frecuencia de penas distintas a la prisión o la acumulación de penas, entre otros.

Además, puestos a medir el uso de la prisión en un determinado sistema penal, el manejo casi exclusivo de la tasa de encarcelamiento por 100 000 habitantes deja sin considerar otros indicadores relevantes, como la duración media de las penas de prisión impuestas, el número de ingresos, la efectiva estancia media en prisión, o los internamientos al margen del sistema penitenciario. Sin que deban olvidarse determinadas prácticas o acontecimientos que pueden enmascarar notablemente los datos, como el empleo de listas de espera para ingresar en prisión, o la existencia de indultos generales (Balvig, 2004, p. 169; Tonry, 2007, pp. 8-14; Tamarit Sumalla, 2007b, pp. 6-27; Lappi-Seppälä, 2007, pp. 254-258, 266-270;

⁴ Sobre el papel del garantismo en el diseño de políticas criminales, véase Díez-Ripollés, 2004, pp. 31-33. Véanse también referencias al debate nórdico entre política criminal defensiva y ofensiva, en Lahti, 2000, pp. 147-148.

Newburn, 2007, pp. 435-436, 442-445; Snacken, 2007, pp. 145-150; Downes, 2007, pp. 95-96, 97, 99; Levy, 2007; Roché, 2007, pp. 502-511, 539-540; Pratt, 2008, p. 135; Nelken, 2010, pp. 61-66)⁵.

De todos modos, la crítica metodológica precedente no cuestiona la indudable valía del indicador de encarcelamiento y de sus indicadores asociados para caracterizar aspectos relevantes de un sistema de control penal. Lo que se discute es que se pretenda evaluar todo un sistema de justicia penal o, si se prefiere, su rigor casi de modo exclusivo a partir de datos relativos a los niveles de encarcelamiento. Eso no impide que esa información tenga un papel destacado en modelos analíticos más complejos.

1.2. El objetivo de la inclusión social

Otra forma de analizar y evaluar las diferentes políticas criminales nacionales atiende a la capacidad del sistema penal para fomentar la inclusión social y minimizar la exclusión social de los ciudadanos objeto de las intervenciones penales (véase Díez-Ripollés, 2011). Esta perspectiva tiene un alcance mayor que la precedente, pues incide en el mismo núcleo de los objetivos preventivos del correspondiente modelo político-criminal. Ya no se trata, como en el enfoque anterior, de asegurar que la estrategia preventiva escogida, cualquiera que esta sea, se mantenga dentro de los márgenes de la moderación punitiva. La dimensión inclusión/exclusión social expresa dos opciones diferenciadas de estrategia preventiva.

La alternativa incluyente aspira a que la selección de las conductas amenazadas con pena se rija por criterios imparciales de lesividad social del comportamiento, sin sesgos que discriminen o instrumenten a ciertos grupos sociales o colectivos. También aspira a que sospechosos o delincuentes se encuentren, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley.

La alternativa excluyente considera que la selección de las conductas amenazadas con pena debe trascender la mera identificación y control de las conductas socialmente lesivas, y perseguir objetivos adicionales de control de ciertos grupos sociales o colectivos. Al mismo tiempo, estima que ha de garantizar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en unas condiciones individuales y sociales en las que le resulte más

5 Con todo, ha habido argumentaciones relevantes sobre la notable capacidad de la tasa de encarcelamiento para subsumir dentro de sí de manera significativa todos esos otros indicadores del uso de la prisión (Webster & Doob, 2007, pp. 305-309; Lappi-Seppälä, 2008, pp. 322-332).

difícil infringir la ley o evitar ser descubierto (Cavadino & Dignan, 2006, pp. xiii, 28, 338-339; Brodeur, 2007, pp. 54-60, 81-82).

Como se puede apreciar, mientras el objeto de la intervención penal en las decisiones de penalización de conductas es el conjunto de la población, cuyos diversos grupos y colectivos pueden recibir o no un tratamiento igual, en el momento de la persecución y ejecución penales lo el objeto serán aquellas personas directamente sometidas a los órganos de control penal en su calidad de sospechosos, condenados y excondenados.

La opción por la inclusión social, aquí defendida, se funda en la hipótesis de que un derecho penal imparcial en sus contenidos de tutela —y que logra al menos mantener un cierto nivel de inclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes— es una de las más eficaces estrategias para la prevención de la delincuencia a medio y largo plazo. Otra hipótesis cual sostiene que el sectarismo a la hora de definir los objetos de protección del derecho penal, y la creación o consolidación de la exclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes por las instituciones de control penal genera mayor delincuencia a medio y largo plazo⁶.

Sin embargo, aunque la maximización de cada una de las pretensiones camina en direcciones en buena medida contrapuestas⁷, el programa político-criminal incluyente no descarta determinados contenidos del programa excluyente, aunque sí se diseña de modo que la combinación adoptada refleje un óptimo de inclusión social.

Por otra parte, inclusión/exclusión social y moderación/rigor punitivo no son dos dimensiones paralelas. De hecho, intereses ligados a la obtención de la inclusión social pueden llevar en ocasiones a establecer intervenciones penales o reacciones al delito más aflictivas que las exigidas en virtud de intereses de exclusión social. De todos modos, lo habitual será que inclusión social y moderación

6 En ningún caso pretendo formular hipótesis sobre los efectos que un modelo político-criminal incluyente o excluyente puede tener sobre la configuración de una sociedad más o menos inclusiva en todos sus aspectos. Sin duda el programa político-criminal que desarrolle tendrá repercusiones sobre la sociedad en su conjunto, pero mi planteamiento no pretende ir tan lejos. En sentido inverso, sobre la consolidación de sociedades cada vez más excluyentes y la acomodación a ellas de los modelos político-criminales, véase una panorámica en Brandáriz García, 2014, pp. 43-73.

7 Resulta evidente que, en lo que concierne a su intervención sobre sospechosos y delincuentes, el programa incluyente se inspira en las corrientes penológicas que priman la resocialización del delincuente, y el excluyente lo hace en las que se centran en la inculcización del delincuente. Pero, deberíamos ser precavidos al identificar estos modelos político-criminales con determinados fines preventivo-especiales de la pena. Sus objetivos son más trascendentes, superan holgadamente la incidencia sobre el delincuente condenado, y determinan la configuración del conjunto del sistema de control penal, algo que es manifiesto al tomar las decisiones de penalización.

punitiva mantengan una estrecha y directa relación. Lo que sucede es que la dimensión inclusión/exclusión social incorpora una visión más compleja y rica de los fenómenos político-criminales.

En cualquier caso, las dos hipótesis señaladas están pendientes de demostración⁸, y aunque no es ese el objetivo de este trabajo⁹, solo lograremos avanzar en el contraste empírico de las prestaciones preventivas de los modelos incluyente o excluyente si logramos identificar reglas y prácticas punitivas que generen inequívocamente uno u otro efecto. Esta identificación no debe realizarse en un plano teórico, sino acudiendo a reglas y prácticas punitivas extendidas en el mundo occidental desarrollado, sea porque son objeto de aplicación en diferente medida, sea porque su eventual uso forma parte del debate político-criminal contemporáneo. Y esta es una labor a la que sí puede colaborar este estudio sobre el abuso del derecho penal.

2. PANORAMA DE REGLAS Y PRÁCTICAS PUNITIVAS

A continuación, vamos a enumerar y describir sucintamente un conjunto de reglas y prácticas punitivas que se acomodan a lo acabado de decir. Las agruparemos en tres grandes bloques, correspondientes a los tres momentos determinantes de la intervención penal: la criminalización, la persecución penal y la ejecución de las sanciones. Dentro de cada uno de ellos haremos subgrupos que reunirán reglas o prácticas conceptualmente cercanas o que comparten un ámbito común. La selección se hará atendiendo a los efectos socialmente excluyentes que se estima que producen.

8 Véanse algunas reflexiones al respecto en Uggen, Manza & Thompson, 2006, pp. 303-304. Una investigación reciente relevante en Savage, Bennett & Danner, 2008, con amplias referencias a otros estudios previos.

9 Solo me permito recordar que un programa político-criminal se ha de evaluar a tenor de las prestaciones que ofrece para prevenir la delincuencia dentro de parámetros socialmente asumibles. No basta, por consiguiente, con que esté en condiciones de identificar y reducir significativamente la frecuencia de comisión y gravedad de comportamientos gravemente lesivos para la sociedad, y por ello delictivos. Tenerlo que hacer dentro de parámetros socialmente asumibles implica en nuestras democracias occidentales que esa tarea preventiva se lleve a cabo respetando los principios del estado de derecho y las garantías individuales de los ciudadanos (véase Díez Ripollés, 2011, pp. 4-5).

2.1. Criminalización de conductas

2.1.1. *La selección de las conductas punibles*

Es un hecho comprobado que desde hace al menos un par de décadas existe en un gran número de países una desenfrenada actividad legislatora penal. En muchos casos el fenómeno no puede justificarse por un incremento de las conductas socialmente desviadas o por una mejora de su prevención. Más bien se explica porque el derecho penal se ha convertido en un instrumento sobresaliente para conseguir objetivos políticos y sociales que poco o nada tienen que ver con la prevención de la delincuencia. Este abuso del derecho penal tiene, por otra parte, consecuencias sobre la calidad de las decisiones legislativas: en la medida en que el objetivo predominante es producir determinados efectos simbólicos o que apacigüen a la población, se trata de leyes oportunistas y coyunturales, en las que no se reconoce una decisión racional ajustada a la realidad social sobre la que se quiere intervenir ni a efectos acreditados de control de la delincuencia.

Esta expansión de la legislación penal tiene una vertiente cuantitativa y otra cualitativa. La primera se expresa en la incesante ampliación del ámbito de las conductas delictivas existentes y la creación de otras nuevas, acompañadas de un endurecimiento de la reacción penal. Por el contrario, los procesos de despenalización, frecuentes en otras épocas, brillan por su ausencia.

La expansión cualitativa, por otra parte, se concentra mayoritariamente en unas pocas conductas: ciertamente el rechazo social cada vez más enérgico de las conductas violentas expresa una nítida línea reformadora, que incluye también las conductas terroristas. Pero, más allá de eso, resulta ilustrativo comprobar las otras áreas preferentes de intervención: delitos de tráfico ilegal de drogas y personas y delitos patrimoniales tradicionales, ambos llevadas a cabo sobre todo por colectivos socialmente desfavorecidos, como minorías, pobres, extranjeros o jóvenes; y delitos sexuales, por lo general con una incidencia limitada, pero adecuados para proyectar sobre sus autores, las auténticas brujas contemporáneas, una desmesurada reacción penal encaminada a calmar malestares e inquietudes sociales de origen muy diverso.

En contraste, abundan decisiones legislativas que crean un derecho penal condescendiente para los delincuentes de clase media alta, bien integrados socialmente, y para quienes se diseña un derecho penal que abre vías de escape mediante propuestas de autoorganización, premios a la delación y compensaciones económicas, con un uso excepcional y moderado de la prisión.

Este manejo ventajista de la legislación penal para fines que no le son propios, que ignora principios como los de lesividad, subsidiariedad y proporcionalidad, y que concentra el rigor penal en colectivos desfavorecidos o útiles como vehículo

de expresión, no fomenta —por su carácter arbitrario y socialmente sesgado— la adhesión a las normas penales ni, en consecuencia, la inclusión social (véase Haffke, 1976; Tham, 2001; Díez Ripollés, Prieto & Soto, 2005; Lappi-Seppälä, 2007, pp. 234, 246, 252, 256; Snacken, 2007, pp. 150-172; Newburn, 2007, pp. 436-449; Dünkel, Lappi-Seppälä, Morgenstern & Van Zyl Smit, 2010, pp. 1042-1048; Díez-Ripollés & García Pérez, 2008; Díez-Ripollés, 2013a; Hofer & Tham, 2013, pp. 46-49).

2.1.2. Penas máximas

Sin duda la pena de muerte, a pesar de su persistencia en un número significativo de países —entre ellos algunos muy relevantes— está en retroceso en todo el mundo. Algunas regiones como Europa o Latinoamérica prácticamente la han erradicado, y a este respecto los organismos internacionales regionales han cumplido un papel muy activo.

Sin embargo, las penas de prisión muy largas están mostrando un florecimiento. Numerosos países han introducido en su legislación penas que superan holgadamente los veinticinco e incluso los treinta años de prisión, y la pena de cadena perpetua en lugar de retroceder se consolida, avalada en ocasiones por prestigiosos tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las reforzadas leyes sobre reincidencia y la desproporcionada reacción a delitos especialmente reprobados como asesinato, terrorismo, tráfico de drogas, delincuencia organizada y delitos sexuales, entre otros, hacen que el encarcelamiento de por vida sea una opción real.

Las penas de prisión muy largas o perpetuas aspiran primordialmente a volver inocuo al delincuente, siéndoles ajenos objetivos como el de su resocialización, e incluso el principio de proporcionalidad. Ciertamente está extendida la posibilidad de revisar la pena de cadena perpetua transcurrido un periodo de tiempo que pocas veces es inferior a los veinte años, si se aprecian progresos en la reintegración social del condenado. Pero no se puede ignorar que el largo tiempo de internamiento ya transcurrido y la incertidumbre sobre la decisión que se vaya a adoptar son factores que desaniman cualquier esfuerzo del penado en ese sentido. Son, pues, estas penas un instrumento privilegiado para la exclusión social de los delincuentes mediante su directa segregación de la sociedad (véase Zimring, 2003; Penal Reform International, 2007, pp. 1-11; Díez Ripollés & Busch-Geertsema, 2008, pp. 502-503; Arroyo, Biglino & Schabas, 2010; Garland, 2010; Cervelló Donderis, 2015, pp. 59-108)¹⁰.

10 Véanse también los casos ECtHR, 12 febrero de 2008, *Kafkaris vs. Chipre*; 9 julio de 2013, *Vinter y otros v. Reino Unido*; 13 noviembre de 2014, *Bodein v. Francia*; 3 febrero de 2015, *Hutchinson v. Reino Unido*.

2.1.3. Sistema de sanciones

Los efectos desocializadores de la pena de prisión han sido bien establecidos hace tiempo. Sin embargo, sin perjuicio de las marcadas diferencias entre las tasas de encarcelamiento de las diferentes regiones y países¹¹, su arraigo en el sistema de penas se encuentra en expansión. No es solo la frecuencia con que se elevan los límites máximos de las penas de prisión previstas para muy diversos delitos, que en ocasiones suponen penas más severas que la cadena perpetua revisable. Merece igualmente destacarse la recuperación del prestigio y empleo de las penas cortas de prisión; hasta hace poco renegadas por sus efectos contradictorios con la reinserción social, ahora son reclamadas por sus potentes consecuencias intimidatorias.

Asimismo, el optimismo generado por la proliferación de sanciones diferentes a la prisión debe moderarse, por más que estas sanciones están atentas a la reintegración social del delincuente o a no obstaculizar esta reinserción. Ante todo, no debemos pasar por alto que su crecimiento se ha visto frenado —nada más iniciarse— en regiones como Iberoamérica, al compás de la consolidación del rigorismo penal. Además, el fenómeno de expansión de red da lugar a que tales sanciones en gran medida no sustituyan a las penas de prisión, sino que, más bien, extiendan el control penal a ámbitos donde no llegaba o solo lo hacía ocasionalmente. Por su parte, aunque la pena de multa ha acreditado en las sociedades afluentes una afflictividad suficiente para sustituir la pena de prisión en numerosos delitos, su uso desproporcionado puede producir notables efectos socialmente excluyentes. Es el caso si esta conduce con excesiva frecuencia al arresto sustitutorio o si genera cargas pecuniarias insuperables durante un tiempo prolongado.

Un buen ejemplo de la ambivalencia de las nuevas penas es el control electrónico de los delincuentes. Su práctica oscila entre su consideración como una pena que limita efectivamente los movimientos y las actividades del penado sin necesidad de proceder a su encierro, y su uso como instrumento omnipresente e insensible de control del comportamiento de suspensos y liberados condicionales que incrementa exponencialmente el número de revocaciones e ingresos en prisión (véase Tonry, 1996, pp. 100-133; Hofer, 2000; Petersilia, 2003, pp. 88-92; Tamarit Sumalla, 2007b; Díez Ripollés & Busch-Geertsema, 2008, pp. 501-504; Lindström & Leijonram, 2008; Harris, Evans & Beckett, 2010; Aebi, Linde & Delgrande, 2015).

11 También muy recientemente se aprecia en algunas regiones como Europa y Estados Unidos un descenso de las tasas de encarcelamiento (véase Coyle, Fair, Jacobson & Walmsley, 2016).

2.2. Persecución de conductas

2.2.1. *Control de espacios públicos*

La ciudad constituye un lugar privilegiado de interacción social que facilita la relación entre conocidos y extraños y que, bien estructurada, genera sentimientos de pertenencia con un importante componente de integración social. A la vez, la ciudad puede organizarse de modo que entorpezca o convierta en superficial la interacción social con determinados colectivos residentes, adquiriendo entonces una función segregadora de tales grupos. En los últimos tiempos se acumulan técnicas de control del espacio público claramente orientadas a impedir el contacto del resto de ciudadanos con grupos cuya mera apariencia, forma de vida o nivel socioeconómico los hace penalmente sospechosos. Para ello se les excluye de ciertos espacios ciudadanos, se limita su movilidad en la ciudad y se les somete a continua vigilancia.

Merece destacarse, en primer lugar, la proliferación en muchos países de las urbanizaciones cerradas, que rompen la trama ciudadana que ha de facilitar la interacción social y aseguran a los sectores socioeconómicos acomodados una segregación voluntaria frente a los colectivos sociales más desfavorecidos. En otros lugares son planeamientos urbanos que renuncian a la convivencia de diferentes estratos sociales en un mismo barrio, con fenómenos como el aburguesamiento, los cuales, de un modo menos marcado, dan lugar a resultados equivalentes.

Respecto a marginados sociales —mendigos, vagos, personas sin techo o dedicadas al menudeo de droga o a la prostitución callejera—, las técnicas de exclusión de espacios ciudadanos son más rigurosas, con prohibiciones de acceso a zonas o barrios comerciales, centros históricos, nudos de transporte y parques, entre otros lugares, cuya reiterada infracción origina sanciones penales.

Tampoco hay que olvidar diseños de espacios o mobiliario urbanos que dificultan la permanencia en ciertos lugares. La expansión del uso de videocámaras en lugares públicos y en lugares privados de acceso público —con mayor motivo tras su acreditada inutilidad para prevenir la delincuencia— es otro elemento determinante en la conversión del espacio ciudadano —en el que hay que evitar comportamientos espontáneos o equívocos— en un lugar inhóspito para el conjunto de los ciudadanos (véase Lynch, 2001; Norris, McCahill & Wood, 2004; Midtveit, 2005; Baumann, 2006, pp. 99-118, 190-192; Doherty, Busch-Geertsema y otros, 2008; Welsh & Farrington, 2009; Beckett & Herbert, 2010; Medina Ariza, 2011, pp. 281-323; Björklund & Svenonius, 2013; Díez-Ripollés, 2014a).

2.2.2. Garantías penales

El sistema de responsabilidad penal contemporáneo se ha edificado sobre el respeto de las garantías individuales de los ciudadanos sometidos al control penal. El temor a que los poderes públicos usen el *ius puniendi* para cercenar los derechos individuales estuvo muy presente en el nacimiento del derecho penal moderno en las sociedades liberales del siglo XIX. También condicionó su configuración a lo largo de todo el siglo XX, mediante programas ambiciosos como la teoría jurídica del delito de raíz continental o el juicio justo nacido en la jurisprudencia norteamericana. Esta justicia garantista suscita la confianza de la ciudadanía en el derecho penal, al que otorga legitimidad favoreciendo su cumplimiento.

Sin embargo, las demandas exageradas o desenfocadas de efectividad y eficacia que cada vez más se hacen al derecho penal ven las garantías penales como un obstáculo. Su creciente remoción genera entonces en el ciudadano sometido al control penal un relevante distanciamiento del sistema legal, y su enajenación social.

Reflejo de esa actitud es la preocupante tendencia de los instrumentos internacionales, secundados por los derechos nacionales, a difuminar graduaciones tan significativas de la responsabilidad penal como las que marcan la distinción entre la preparación y la ejecución del delito, de lo cual es un ejemplo paradigmático la configuración delictiva autónoma de la organización y el grupo criminal, o entre autoría y participación. Asimismo, el reconocimiento de las garantías penales ha dejado de ser uniforme, y experimenta restricciones significativas para determinados delincuentes; se ha consolidado un derecho penal de autor en el que los delincuentes violentos, sexuales, terroristas, integrantes de grupos organizados y reincidentes llevan la peor parte. De ahí que tampoco deba extrañar el esfuerzo cada vez mayor que se precisa en una sociedad tan estigmatizadora para atender y valorar alteraciones psicológicas de comportamiento que afectan a la responsabilidad penal exigible.

A ello coadyuva un proceso penal efectista, que está dispuesto a renunciar a elementos esenciales de un juicio justo a cambio de una pretendida eficacia, lo que se aprecia en la proliferación de procesos rápidos, la generalización de las conformidades o la consagración internacional de violaciones de la presunción de inocencia, como en el decomiso (véase Feeley & Simon, 1992; Tyler, 2003; Tonry, 2004, pp. 141-150; Díez-Ripollés, 2005, pp. 22-31; Corrado, 2006, pp. 102-103; Lappi-Seppälä, 2008, pp. 361-365, 375-377; Díez-Ripollés, 2013, pp. 850-852)¹².

12 Véanse también la resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15 de noviembre de 2000 (Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, art. 2) y la directiva UE 2014/42, del 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, arts. 4 a 6.

2.2.3. Derecho penal juvenil

El abordaje diferenciado de los menores delincuentes es un rasgo característico de toda política criminal inclusiva. Los menores son personas dúctiles, que están conformando aún su personalidad, por lo que ofrecen al control penal la oportunidad de centrarse en la recuperación o mantenimiento de su correcta socialización. Con todo, en las últimas décadas del siglo XX se percibió que la informalidad y discrecionalidad del enfoque tutelar hacia los menores delincuentes los dejaba indefensos frente a un procedimiento y unas decisiones por lo general bienintencionadas en un contexto paternalista, pero que ignoraban su condición de ciudadanos. Se propuso alumbrar un nuevo derecho penal juvenil que, sin perder sus predominantes objetivos de integración social, reconociera a los menores los principios garantistas y de un juicio justo.

Desgraciadamente, esta transformación coincidió en el tiempo con las tendencias socialmente excluyentes y rigoristas de la reciente política criminal. El resultado ha sido una desnaturalización de los propósitos iniciales, de modo que el tránsito a un modelo de responsabilidad ha supuesto con frecuencia la incorporación al derecho penal juvenil de objetivos y técnicas de intervención propios del derecho penal de adultos.

Esta contaminación se aprecia en primer lugar en la evolución de los límites de edad. En sentido contrario a los instrumentos internacionales, que consideran niño al menor de 18 años, se mantienen en muchos casos no solo edades más bajas en las que ya rige el derecho penal de adultos, sino igualmente muy reducidas edades mínimas por encima de las cuales puede actuar el derecho penal juvenil, con el efecto de que reacciones de naturaleza cada vez más punitiva se aplican en edades muy tempranas. Por el otro extremo, acontece el frecuente establecimiento de previsiones legales que permiten al juez de menores remitir al menor, dadas sus condiciones personales o delito cometido, a la jurisdicción de adultos, una recuperación unilateralmente agravatoria del viejo criterio del discernimiento. Tampoco se ha de olvidar el creciente cuestionamiento del régimen privilegiado de los semiadultos.

En segundo lugar, es apreciable un endurecimiento del sistema de sanciones aplicables a los menores delincuentes, por mucho que se eluda su denominación como penas. Los internamientos se extienden a un mayor número de delitos, tales internamientos son en más ocasiones en régimen cerrado, y se prolongan cada vez por más tiempo. Por último, se incrementan las facilidades para que determinados delincuentes juveniles cumplan su sanción desde el principio, o al menos una vez adquirida la mayoría de edad, en establecimientos penitenciarios de adultos (Tonry & Doob, 2004; Tonry, 2004, pp. 150-156; Vázquez González, 2005; Cavadino &

Dignan, 2006, pp. 199-303; Muncie & Goldson, 2006; Comité de los Derechos del Niño, 2007, pp. 11-13; González Tascón, 2010, pp. 119-365)¹³.

2.2.4. Sistema de determinación de la pena

El sistema de determinación de la pena está sufriendo transformaciones sustanciales en un número significativo de ordenamientos. Las agravaciones de pena debido a la reincidencia o reiteración delictivas del delincuente se consolidan por doquier. La preocupación por la infracción que tales agravaciones suponen al principio del castigo por el hecho cometido y no por la personalidad del culpable —y que aconsejaban su conversión en agravantes facultativas, cuando no su supresión— han cedido terreno frente a reformas legales que prevén una acumulación de agravaciones de pena a medida que el delincuente vuelve a cometer delitos; el camino lo han marcado las leyes estadounidenses de «a la tercera va la vencida».

Por otra parte, no parece exagerado afirmar que una de las pautas que más se repiten en numerosas reformas legales recientes es la que reduce el ámbito de la discreción judicial a la hora de establecer la pena. Ello se logra por diversos procedimientos, entre los que se pueden citar la continua elevación de los límites mínimos de la pena a imponer, o las complejas y disfuncionales directrices de pena que convierten al juez en poco más que en un contable. Esta desconfianza hacia el proceder experto en la determinación de la pena proyecta su influencia sobre el ámbito penitenciario a través del denominado cumplimiento íntegro de la condena, a través del cual se cercena la flexibilidad del régimen penitenciario, manteniendo el rigor de la pena al margen de las condiciones personales del penado, hasta que transcurra un periodo de tiempo más o menos prolongado.

De nuevo, todo ello no es más que corolario del protagonismo que han adquirido las nuevas demandas de segregación social del delincuente, que no consideran el principio de proporcionalidad cuando lo que se pretende es mantener al condenado reiterante durante el mayor tiempo posible alejado de la convivencia social, como paladinamente ha dicho algún tribunal supremo. Ellas son las que rechazan los procedimientos judiciales expertos de determinación de la pena, por atender excesivamente a las necesidades de recuperación del delincuente para la sociedad frente a las exigencias de retribución y de inocuidad. Y ellas son las que no están dispuestas a acomodar la ejecución de la pena a la evolución que registren las condiciones personales del penado, al menos mientras no se haya superado un tiempo de aislamiento social (véase Tonry, 1996; Zimring, Hawkins & Kamin, 2001; Whitman, 2003, pp. 53-56; Castiñeira & Ragues, 2004; Brodeur, 2007,

13 Véanse también ECtHR, 16 diciembre de 1999 *T. v. United Kingdom*; y 15 junio de 2004, *S.C. v. United Kingdom*.

pp. 55-60; Tonry, 2007, pp. 27-30; Dünkel, Lappi-Seppälä, Morgenstern & Van Zyl Smit, 2010, pp. 1046-1048; Zysman Quirós, 2013)¹⁴.

2.2.5. Internamientos de seguridad

El internamiento de personas sospechosas de haber cometido un delito, así como de aquellas que tras cumplir su pena de prisión siguen siendo consideradas criminalmente peligrosas, ha experimentado recientemente notables abusos.

Por lo que se refiere a lo primero hay que destacar la legislación antiterrorista que se ha consolidado en muchas naciones tras la dinámica político-criminal suscitada tras los atentados islamistas del 11 de setiembre de 2011 en los Estados Unidos y replicados en muy diversos lugares del planeta. Esta legislación de emergencia da carta de naturaleza a detenciones indefinidas o prolongadas de personas sin cargos de modo desproporcionado: la persistente anomalía de Guantánamo es su ejemplo más conspicuo. Tampoco debemos olvidar el uso intensivo de la prisión preventiva en un buen número de ordenamientos jurídicos, que está afectando sobre todo su duración, motivos de imposición y condiciones de cumplimiento.

Por otro lado, los internamientos tras el cumplimiento de la condena están pasando por una fase de relegitimación, que permite ampliar los supuestos de peligrosidad, prever internamientos indefinidos y extenderse a nuevos ordenamientos jurídicos.

El internamiento de personas sospechosas aún no condenadas —con más motivo si aún no se ha podido formular cargos contra ellas—, aunque en ciertos casos pueda justificarse, debe realizarse de manera excepcional, ligada estrictamente al aseguramiento de su persecución penal. Superar esos límites erosiona el sentimiento de confianza en el sistema penal de los afectados, que se distancian de sus valores e interiorizan un rechazo hacia él.

Los internamientos penales —debidos a la pretendida peligrosidad criminal del sujeto— luego de haber cumplido condena carecen de justificación, más aún cuando pueden ser indefinidos: supone cargar sobre las espaldas del ciudadano exdelincuente un pronóstico inseguro, además de asumirse el fracaso del sistema penitenciario para ofrecer vías efectivas de reinserción social al condenado. En cualquier caso, la opción escogida mantiene al ciudadano temporal o permanentemente en el mundo de la exclusión social (véase Corrado, 2006; Vervaele, 2007, pp. 52-56, 68-75, 86-98; Viano, 2008, pp. 75-129; Von Kempfen 2012, pp. 3-46, 225-819; Von Kempfen & Young, 2014, pp. 145-335).

14 Véanse también los casos de la Corte Suprema de los EE.UU. *Ewing vs. California*, 538 US 11 (2003) y *Lockyer v. Andrade*, 538 US 63 (2003).

2.3. Ejecución de sanciones

2.3.1. Régimen penitenciario

Durante el último tercio del siglo XX, el régimen de cumplimiento de la pena de prisión estuvo inspirado en dos ideas centrales: garantizar unas condiciones de reclusión que salvaguardaran el mayor número posible de derechos del recluso no afectados por la condena; y, una vez abandonado el modelo resocializador en aquellos lugares en el que arraigó, asegurarse de que los internos tuvieran al menos acceso a tratamientos de resocialización y reinserción social durante el cumplimiento de la condena.

La evolución en las dos últimas décadas transita por vías distintas. La segregación social y la búsqueda de inocuidad de los internos han adquirido un rápido protagonismo, al mismo tiempo que se reafirma el valor retributivo e intimidatorio de la pena de prisión. Se ha llegado a decir que el sistema penitenciario se asemeja a una institución de gestión de residuos, desechos humanos procedentes de los sectores sociales más desfavorecidos, pobres o extranjeros irregulares en su mayoría.

El cambio de énfasis ha producido modificaciones significativas de la planta penitenciaria, entre ellas el surgimiento de prisiones privadas poco comprometidas en algo más que la mera custodia de los internos; el incremento de la capacidad de los nuevos establecimientos penitenciarios; o la normalidad de prisiones de alta o altísima seguridad, con regímenes penitenciarios draconianos y en las que no se interna simplemente a reclusos peligrosos o conflictivos sino que pasan a ser el primer destino para determinadas condenas o delincuentes.

Las condiciones de vida de los internos son otro fenómeno a considerar. Ciertamente, el hacinamiento de las prisiones es una realidad persistente, que no siempre discrimina entre países más o menos afluentes, y que no es extraño que fuerce a liberaciones indiscriminadas ni, en casos extremos, a que los propios internos tengan que asumir la gestión interna del centro. Pero más revelador es el desarrollo de políticas que buscan intencionadamente empeorar las condiciones materiales y regimentales, para recuperar el contenido aflictivo y estigmatizador de la estancia en prisión.

Asimismo, mientras crecen las atribuciones de la víctima para condicionar en función de sus intereses particulares la determinación de la pena y el régimen penitenciario del condenado, decrecen las capacidades del interno para proteger sus derechos respecto a las condiciones y régimen de cumplimiento de su condena. Así, no es infrecuente que se interpongan dificultades, a veces insuperables, para que los internos apelen decisiones penitenciarias sobre condiciones de vida,

régimen o disciplina; se prohíbe el asociacionismo o las iniciativas colectivas, y mediante conceptos como el de la relación especial de sujeción se les priva de más derechos que los vinculados a la condena.

Por último, es de destacar la crisis en que se encuentra la libertad condicional en muchos países, con requisitos cada vez más estrictos para obtenerla o mantenerla, incrementos de las revocaciones o exclusión de antemano, de manera general o para ciertos delitos o delincuentes (Kurki & Morris, 2001; Van Zyl & Dünkel, 2001; Whitman, 2003, pp. 19-25, 56-62, 70-80; Tonry, 2004, pp. 156-163, 183; Jacobs, 2004; Simon, 2007, pp. 141-144, 152-175; Del Rosal Blasco, 2009, pp. 9-10; Tak & Jendly, 2008).

2.3.2. Estatus legal y social de delincuentes y exdelincuentes

La privación de derechos políticos, civiles y sociales a condenados y excondenados es un fenómeno cada vez más difundido, por más que su intensidad sea diversa según áreas geográficas y tradiciones jurídicas. Me refiero a inhabilitaciones por el mero hecho de la condena, no vinculadas a la naturaleza del delito cometido ni a la peligrosidad mostrada, impuestas por autoridades judiciales o administrativas, cuyos efectos suelen extenderse un tiempo variable tras el cumplimiento de la condena, a veces de por vida.

Entre los derechos políticos afectados cabe citar los de sufragio activo o pasivo, de elegibilidad para ser jurado, de residencia legal en país extranjero o de nacionalización. Entre los derechos civiles desposeídos se pueden mencionar el de patria potestad, de adopción, de acceso a la función pública o a ciertos empleos privados, de contratación pública o de permiso de conducir. Entre los derechos sociales, la elegibilidad para obtener subsidios sociales, para optar o permanecer en viviendas públicas, para lograr ayudas educativas, para acceder a programas de salud o para recibir indemnizaciones como víctima de un delito.

Estas sanciones hasta hace poco no han sido objeto de atenta consideración por los operadores jurídicos, y los propios condenados y excondenados con frecuencia solo las conocen en el momento de sufrirlas. De ahí que se hayan llamado sanciones penales invisibles.

Dada su aplicación indiscriminada, solo cabe vincular su fundamento a una nueva dimensión de la inocuidad social. Se trata de que condenados y excondenados tengan un estatus político, civil y social inferior al resto de ciudadanos, de colocarlos en una situación estigmatizadora que los mantenga en los márgenes de la sociedad, de que pasen a ser gobernados penalmente, a cuyo fin la sociedad no duda en implicar a agentes sociales ajenos al sistema penal. La persistente exclusión de estas personas de actividades sociales no relacionadas

con el delito dificulta notablemente su integración social y las de sus familias, y no parece casualidad que, dada la prevalencia de la delincuencia, estas sanciones se concentren en colectivos socioeconómicamente desaventajados (Mauer & Chesney-Lind, 2002; Petersilia, 2003, pp. 105-137; Mele & Miller, 2005; Uggen, Manza & Thompson, 2006; Manza & Uggen, 2008; Ewald & Rottinghaus, 2009; Pinard, 2010; Díez-Ripollés, 2014b; Jacobs, 2015, pp. 246-300).

2.3.3. Registros policiales y penales

Los registros policiales, penales y penitenciarios de personas condenadas, investigadas o sospechosas por delito ganan en exhaustividad y volumen, gracias —entre otros factores— a los nuevos medios electrónicos. Nuevos registros, como los de inteligencia o por infracciones administrativas, adquieren también un novedoso protagonismo. Su persistencia temporal se prolonga cada vez más, debido a la ampliación de los plazos de prescripción de delitos, de la cancelación o borrado de antecedentes, o de la dificultad de realizar estas últimas operaciones.

Aun cuando hay diferencias significativas según la clase de registros y las tradiciones nacionales, lo cierto es que los antecedentes por condena son accesibles cada vez en mayor número y más fácilmente a instituciones no penales, empresas u organizaciones privadas y particulares. De hecho, una hoja limpia de antecedentes constituye un requisito legal para un número progresivo de empleos, y su exigencia se consolida como una buena práctica empresarial.

En relación con delinquentes especialmente estigmatizados, como los sexuales y otros que paulatinamente se van agregando, se hace algo más que registrarles, se les obliga, a veces de por vida, a facilitar su paradero tras la condena a efectos de su conocimiento público.

Antecedentes penales y notificaciones de paradero se convierten así en las contemporáneas penas infamantes, como así reclaman explícitamente ciertos teóricos y operadores jurídicos. Los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales, al igual que el interés social en la reinserción de los delinquentes, quedan arrumbados. Su lugar lo ocupa una libertad de información hipertrofiada, un traslado a la comunidad y los particulares de la competencia para valorar la peligrosidad de los exdelinquentes, y la revalorización de la estigmatización social como mecanismo de control (Louks, Lyner & Sullivan, 1998; Petersilia, 2003, pp. 106-112, 127-129; Petrunik & Deutschmann, 2008; Wacquant, 2009, pp. 208-239; Thomas, 2010; Larrauri, 2014; Harris, Levenson & Ackermann, 2014; Jacobs, 2015; Fernández-Pacheco, 2015).

3. CONCLUSIONES

El enfoque analítico escogido nos ha permitido integrar en un mismo marco conceptual —tanto descriptivo como evaluativo— numerosas reglas y prácticas punitivas cuya efectiva o posible aplicación caracteriza la actual evolución de la política criminal contemporánea y condiciona el debate doctrinal. Fundar ese enfoque en una clara alternativa estratégica para prevenir la delincuencia permite elaborar un discurso que identifica grandes áreas de intervención penal, así como agrupar dentro de ellas a reglas y prácticas diversas que adquieren un claro sentido bajo tal aproximación analítica, sentido que ya no queda constreñido a consideraciones genéricas sobre un uso expansivo o riguroso de instrumentos penales.

En formulaciones anteriores de este enfoque se prestó especial atención a la identificación de indicadores que permitieran marcar diferencias entre diferentes modelos político-criminales nacionales de acuerdo a la dimensión inclusión/exclusión social (véase Díez Ripollés, 2011, pp. 13-18). En este caso se ha utilizado uno de los polos de la alternativa estratégica, el de la exclusión social, para agrupar reglas y prácticas cuya progresiva consolidación en nuestros sistemas de control penal marcará una inequívoca evolución hacia un modelo político-criminal excluyente y, en consecuencia, hacia un uso abusivo de los medios de intervención penal. Con ello, la dimensión inclusión/exclusión social adquiere una nueva utilidad, más allá de su rico contenido ideológico, a la hora de discriminar entre diferentes modelos político-criminales.

Los aspectos seleccionados corresponden en gran parte a los ya escogidos para confrontar el modelo político-criminal excluyente con el incluyente, aunque en esta ocasión se ha añadido el aspecto relacionado con la selección de las conductas punibles, y alguno de los otros aspectos ya considerados ha sido dividido en dos. Además, todos ellos han sido agrupados en función de las tres fases más relevantes de la intervención penal: la criminalización, la persecución penal y la ejecución de sanciones.

En ningún momento se ha intentado entrar en el análisis de las causas políticas, socioeconómicas o político-criminales que puedan estar influyendo en la evolución hacia este derecho penal cada vez más intervencionista.

Sin embargo, el catálogo de reglas y prácticas identificadas es amplio, bien interrelacionado y coherente con el enfoque analítico desarrollado. En ese sentido, nos ofrece claves relevantes para la adopción de decisiones que intenten contrarrestar la evolución señalada.

SANCIONES PENALES PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

Percy García Cavero

Sumario: 1. Introducción. 2. La implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países de tradición europea continental. 2.1. El modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro. 2.2. El modelo de responsabilidad por hecho propio. 2.3. Toma de posición. 3. El sistema penal peruano. 3.1. ¿Responsabilidad administrativa o penal? 3.2. El modelo de atribución de responsabilidad penal. 4. Valoración final.

1. INTRODUCCIÓN

Las personas jurídicas tienen una intervención preponderante en los distintos sectores sociales. En el terreno de la economía, por ejemplo, las organizaciones empresariales han desplazado claramente a la figura del comerciante individual como sujeto de las operaciones y transacciones económicas (véase García Cavero, 2008a, p. 651). Esta situación ha traído como consecuencia no solo que la regulación jurídico-privada se oriente desde hace ya buen tiempo hacia el fenómeno corporativo, sino también que el propio sistema penal empiece a plantearse la necesidad político-criminal de considerar a la persona jurídica en

sus criterios de imputación de responsabilidad. El punto de partida, en el que conviene unánimemente la doctrina penal, es que la atribución de responsabilidad penal por los delitos cometidos en el marco de la actividad de una persona jurídica no puede limitarse únicamente a sujetos individuales. Consideraciones de carácter político-criminal ponen de manifiesto que la pena a los miembros de la persona jurídica resulta insuficiente en términos de prevención o mantenimiento de la vigencia del orden normativo, por lo que el sistema penal debe incorporar medidas aplicables directamente a la entidad colectiva¹.

El presente artículo se va a ocupar de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su actual relevancia político-criminal en el sistema penal peruano. Lo que se hará primero es un breve recuento de cómo los sistemas penales deudores de la tradición europea continental han ido abandonando el postulado del *societas delinquere non potest* y aceptando legislativamente que las personas jurídicas tengan una mayor o menor capacidad delictiva. En el marco de esta tendencia legislativa, se hará una descripción de los modelos con los que se puede fundamentar dogmáticamente la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, destacando cuál es el que resulta más compatible con las exigencias del derecho penal actual. En la parte final de este trabajo, se abordarán las decisiones que al respecto se han tomado en la regulación penal peruana y, en especial, la cuestión concreta de si el modelo asumido por la ley 30424 constituye un modelo razonable de atribución de responsabilidad a la persona jurídica.

1 La insuficiencia de las sanciones penales impuestas a los sujetos individuales para hacer frente a la criminalidad desde la empresa se evidencia fundamentalmente a partir de ciertos datos criminológicos. Por un lado, se ha llegado a determinar con una base empírica comprobada cómo la cultura corporativa de una empresa puede tornarse en criminógena, es decir, fomentar que los miembros materialicen hechos delictivos en cumplimiento de las directrices de conducta que la empresa desarrolla a su interior (véase, con mayor detalle, Schünemann, 1979, p. 22; Lampe, 2003, p. 130; Dannecker, 2001, p. 108; Zúñiga Rodríguez, 2003, p. 240). Por lo tanto, sancionar únicamente a los miembros individuales de la empresa no erradicaría la cultura corporativa criminógena y, por tanto, el peligro de la futura comisión de hechos delictivos. En segundo lugar, se ha demostrado también que la empresa moderna recurre con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa (véase Seelmann, 2002, p. 32). En este sentido, las sanciones penales perderían completamente su virtualidad preventiva si la sanción se quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría solo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita.

2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN EUROPEA CONTINENTAL

Sea por la vía de admitir una culpabilidad penal de las personas jurídicas o por medio de otros criterios de fundamentación, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha comenzado su marcha triunfal en la legislación penal de diversos países de tradición europea continental. Debe reconocerse, sin embargo, que esta nueva configuración legal de los criterios de imputación penal no se ha debido a las exigencias de una dogmática convencida en la capacidad delictiva de las personas jurídicas, sino que se ha dado a raíz de la política unificadora de los mercados y la economía. Así, es conocido que en Europa la progresiva introducción de una responsabilidad de las personas jurídicas respondió a la directiva que en 1988 dio la Comunidad Europea a los Estados miembros para implantar sanciones directas a las personas jurídicas con la finalidad de proteger de esta manera las condiciones del mercado común (Achenbach, 1995, p. 381; Alessandri, 2000, p. 82; Bacigalupo, 2001, p. 141; Bajo Fernández, 1994, p. 103; Silva Sánchez, 1995, p. 358; Zugaldía Espinar, 1994, p. 617). En el caso de varios países latinoamericanos, es un hecho incuestionable que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha hecho con la finalidad de cumplir con ciertos requisitos para poder acceder a la OCDE². Esta tendencia legislativa, complaciente con una responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha visto reforzada, además, por los acuerdos internacionales de lucha contra la criminalidad transnacional, en donde se recomienda a los países parte incorporar sanciones penales a los entes colectivos. Esto sucede, por ejemplo, con la Convención de Palermo de 2000 (artículo 10), a la que el Perú, dicho sea de paso, también se ha adherido.

En este contexto, más político que jurídico, los cambios se han producido rápidamente en el plano legislativo, mientras que en la discusión doctrinal las opiniones siguen estando encontradas no solo en la cuestión del «si» de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino fundamentalmente del «cómo» se debe imputar responsabilidad a los entes colectivos. No hay duda de que la incorporación legislativa de medidas aplicables directamente a las personas jurídicas requiere de una decisión política, pero su correcta aplicación no puede alcanzarse sin una fundamentación dogmática razonable. Al respecto, Bacigalupo Zapater ha destacado que «el fundamento de estas legislaciones sigue siendo poco seguro», lo que obliga a la doctrina y la jurisprudencia a nutrir a la regulación legal

2 Así, en el caso chileno, expresamente Hernández, 2010, p. 208.

del respaldo dogmático que legitime su aplicación (Bacigalupo Zapater, 2005, p. 188). Si bien, como lo dijo el legislador suizo al incorporar en dicho país la responsabilidad penal de las personas jurídicas, «no es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática la que decide si esta regulación resulta permitida» (citado en Seelmann, 2002, p. 25), esta oposición de «lo conveniente» con «lo dogmático» hace que se rompa el necesario juego en equipo entre ambos, lo que lleva finalmente a que el derecho no pueda enseñarse, aprenderse, controlarse y aplicarse (Seelmann, 2002, p. 26).

Por lo anterior, queda completamente claro que no basta con el reconocimiento legislativo de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que los estudios especializados deben, antes o en todo caso inmediatamente después de la reforma legal correspondiente, proveer de los insumos dogmáticos necesarios para sustentar la imposición de una sanción penal a las personas jurídicas. Si no se trabaja en la legitimación jurídica de estas medidas, se habrá vuelto de alguna manera a la época en la que administración de justicia se realizaba de manera arbitraria, con absoluta carencia de razones justificadas para intervenir sobre los ciudadanos. En un contexto como este, una decisión correcta solamente podrá alcanzarse de forma intuitiva. Por estas razones, me ocuparé, en lo que sigue, de hacer —luego de una panorámica general sobre los distintos modelos de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas— un breve esbozo de una propuesta personal al respecto. Con la ayuda de este esquema conceptual, me encargaré después de analizar críticamente la recientemente aprobada regulación nacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se encuentra aún en *vacatio legis*.

2.1. El modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro

La forma de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas puede seguir diversos modelos. Posiblemente el más elemental sea el modelo de responsabilidad penal por atribución³, el cual consiste en transferir a la persona jurídica la responsabilidad penal por el injusto penal que realizan sus órganos o representantes. Este modelo se corresponde con la teoría de la identificación o *alter ego theory*, de procedencia anglosajona⁴. La principal labor de fundamentación dogmática que precisa este modelo de atribución de responsabilidad penal reside en el título

3 Gómez-Jara Díez (2005b, p. 140) es crítico con la terminología, pues entiende que todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se sustenta en un acto normativo de atribución de dicha responsabilidad.

4 La teoría del *alter ego* tuvo su origen en Inglaterra con el juez Haldane (1915). Esta teoría está siendo actualmente cuestionada desde estudios procedentes del mismo ámbito angloamericano, en el sentido de la necesidad de fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas en un

por el cual la responsabilidad penal por el hecho puede ser transferida del sujeto individual a la persona jurídica⁵. En un plano más operativo, este modelo debe determinar también cuándo tiene lugar el llamado elemento de conexión entre la actuación del órgano o representante y la persona jurídica.

El modelo de la atribución del hecho de otro es sometido a diversas críticas que ponen en tela de juicio su viabilidad dogmática. Si bien este modelo conlleva una transferencia de la responsabilidad penal, esta transferencia no puede alcanzar a lo subjetivo, pues lo interno del órgano no se puede transferir a la persona jurídica. En consecuencia, este modelo de atribución se sustentaría, en el fondo, en una pura responsabilidad objetiva de la persona jurídica, lo que difícilmente resulta compatible con una imputación penal regida por el principio de culpabilidad por el hecho propio⁶. Por otra parte, se le ha reprochado llevar a cabo una doble valoración del hecho para sustentar la imputación al representante y a la persona jurídica. En efecto, el representante de la persona jurídica actuó como tal o en su calidad de persona individual, pero lo que no es posible es que haya actuado en ambos roles al mismo tiempo⁷. Por lo tanto, la imposición de la pena a la persona jurídica presupone que previamente no se haya sancionado penalmente al representante por el mismo hecho. Dado que ningún sistema penal está dispuesto a renunciar a la pena del representante, la tendencia apunta a ir abandonando los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se sustentan en la atribución de un injusto realizado por el órgano o representante.

Con independencia de los cuestionamientos generales al modelo de atribución del hecho ajeno, existen ciertos aspectos discutidos en su propia configuración que determinan el alcance de este modelo. En primer lugar, resulta necesario precisar cuándo se entiende que el agente actúa propiamente como órgano o representante de la persona jurídica. Es posible manejar al respecto fundamentalmente dos interpretaciones: la teoría de la función y la teoría del interés. Conforme a la primera, los representantes u órganos de administración de una persona jurídica solamente actúan como tales si se mueven en el marco de las facultades de representación o administración conferidas, mientras que la segunda teoría sostiene que el representante u órgano de administración solo actuará como tal si se mueve en el círculo de tareas derivado de su relación de representación, pero

defecto propio de organización, esto es, en una culpabilidad propia de la persona jurídica (véase las referencias bibliográficas en Kremnitzer & Ghanayim, 2001, p. 560, n. 89).

5 Así, lo destaca Silva Sánchez (2004, p. 115).

6 En este sentido, Silva Sánchez, 2004, p. 121.

7 Así, para Jakobs: «Si la persona jurídica tiene que reconocer jurídicamente como culpa propia la culpa del órgano, entonces esta culpa es su propia culpa, y ya no cabe hablar de un resto de culpa individual» (2004b, p. 59).

siempre en interés de su representada⁸. En segundo lugar, deben determinarse las exigencias que tiene que reunir el hecho de conexión del órgano o representante para dar pie a una responsabilidad penal de la persona jurídica. En este punto se discute, por ejemplo, si basta con la realización de un injusto penal por parte del representante o si es necesario también que este haya actuado culpablemente. Además de la discusión sobre la calidad del hecho de conexión, se suscitan también aspectos de orden procesal, en el sentido de si el hecho de conexión requiere de una individualización y efectiva condena del representante o basta simplemente con acreditar que algún miembro haya cometido un delito en el marco de las actividades de la persona jurídica. Sin precisar estos aspectos, el modelo de atribución del hecho ajeno tendrá serios problemas operativos.

2.2. El modelo de responsabilidad por hecho propio

Como su nombre lo dice, el modelo de responsabilidad por hecho propio sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en un hecho de la propia persona jurídica. Posiblemente la formulación doctrinal que inicia esta línea de argumentación es la llamada «culpabilidad por defecto de organización» (*Organisationsverschulden*), formulada originariamente en el ámbito de las contravenciones por Tiedemann y que pone a la organización a la que pertenece como punto de referencia de la culpabilidad de la persona jurídica (Tiedemann, 1988, p. 1169), culpabilidad que radicaría, fundamentalmente, en una carencia o deficiencia en la organización de la propia persona jurídica. Por lo tanto, el trabajo dogmático en este modelo apunta fundamentalmente a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización.

La defectuosa organización tiene lugar cuando la persona jurídica ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento no delictivo, por lo que los hechos individuales de sus órganos o representantes se considerarán delitos de la persona jurídica. Para evitar que esta referencia al hecho del órgano o representante lleve de vuelta al modelo de la responsabilidad por el hecho de otro, se acude a la figura de la omisión y la *actio libera in causa* con la finalidad de mantener la imputación en la propia persona jurídica (p. 1172). De esta manera, la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos cometidos por sus órganos o representantes se sustentaría en una omisión de medidas de seguridad que ha puesto previamente a la persona jurídica en incapacidad de poder impedir dichos delitos.

8 Sobre la disputa entre la teoría de la función y del interés para determinar cuándo el órgano de una persona jurídica actúa como tal en el marco del actuar en lugar de otro, véase, con mayores referencias, García Caverro, 2015, p. 638.

A la propuesta de la culpabilidad por defecto de organización se le ha cuestionado no seguir, en realidad, un modelo de autorresponsabilidad, sino mantenerse en un modelo de atribución del hecho de otro. De manera general, se ha dicho que la defectuosa organización es finalmente consecuencia de la actuación indebida de los órganos de control o supervisión internos, por lo que se seguiría trabajando con un modelo de transferencia de la responsabilidad penal (Silva Sánchez, 2004, p. 119). Este cuestionamiento presupone, sin embargo, que es posible reconducir completamente la forma de organización de la persona jurídica a la decisión de un órgano de control o supervisión, lo que parece poco plausible, al menos, en organizaciones con cierto grado de complejidad. Por esta razón, no parece razonable calificar, en general, a la culpabilidad por defecto de organización como un modelo de atribución de hecho de otro. Sin embargo, no puede desconocerse que mantiene muchos rasgos de heterorresponsabilidad, como lo sería la necesidad de un hecho de conexión realizado por el órgano o representante, pero sobre todo la negación de supuestos de exculpación en relación con la culpabilidad propia de la persona jurídica (Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 153).

Un intento de desligar conceptualmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas del hecho de conexión individual es, sin duda, la propuesta de una culpabilidad por el carácter de la empresa formulada por Lampe. Según su planteamiento, la culpabilidad de la empresa se sustentaría en haber creado, favorecido o mantenido una filosofía corporativa criminógena o ciertas deficiencias organizativas (Lampe, 2003, p. 162). Sin embargo, la manera en que se estructura esta culpabilidad de la empresa dependerá evidentemente del contenido del injusto en tanto culpabilidad realizada. En este aspecto, Lampe es muy claro al señalar que la responsabilidad de las empresas económicas no puede apoyarse en el injusto de acción ajeno, sino más bien en el injusto del sistema propio (p. 161).

La determinación del injusto propio de la empresa precisa de una distinción de los sistemas de injusto jurídico-penales, los que se definen como las relaciones organizadas entre individuos para fines injustos (p. 103). Estos sistemas pueden ser simples, como lo es la coautoría, o constituidos, como es el caso de las empresas con tendencia criminal, las organizaciones criminales y los Estados criminalmente pervertidos. Lo característico de cada sistema de injusto es su injusto del sistema (p. 123). En el caso de la actuación de las personas individuales, el injusto jurídico-penal (injusto personal) es un injusto de relación cuyos componentes son el injusto de la acción y el injusto del resultado. En el caso de las empresas con tendencia criminal, el injusto del sistema estará constituido, más bien, por aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerdan con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización (p. 131). Pese a la independencia conceptual de ambas clases de injusto, Lampe señala, estableciendo

un paralelo con la imprudencia leve, que el injusto del sistema de la empresa no es suficiente para generar responsabilidad penal, por lo que resulta necesario que su filosofía criminógena o su deficiencia organizativa se realice a través del injusto personal de un miembro de la empresa que infrinja la norma (p. 161). No obstante, debe quedar claro que la actuación del miembro de la empresa no es un hecho de conexión que vuelva al modelo de la atribución de un hecho ajeno, sino que el injusto propio de la empresa se relaciona con un injusto de resultado del miembro individual de la empresa (Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 186). Esta relación tiene lugar en términos de elevación del riesgo.

No hay duda de que el planteamiento de Lampe presenta un modelo que construye la responsabilidad penal de la empresa en la atribución de un injusto propio. No obstante, no termina de desvincularse del injusto personal del miembro de la empresa que realiza la conducta antinormativa, aunque solamente se considere como un injusto de resultado del injusto propio de la empresa. Si bien la filosofía criminógena o el defecto de organización elevan el riesgo de un resultado antinormativo realizado personalmente por un miembro de la empresa, la decisión sobre la producción del resultado sigue en manos del miembro individual, lo que hace discutible la imputación del resultado al injusto del sistema de la empresa. Por otro lado, la adhesión de la culpabilidad de la empresa a la culpabilidad por el carácter levanta las críticas que la doctrina penal de manera casi uniforme le asesta a dicha comprensión de la culpabilidad, en el sentido de su falta de correspondencia con una culpabilidad por el hecho. En palabras de Gómez Jara, «el concepto de culpabilidad por el carácter (empresarial), en definitiva, peca de no poder integrarse en el derecho penal moderno» (p. 184).

El mismo cuestionamiento de abandonar la culpabilidad penal por el hecho se le puede hacer al planteamiento de Heine, que apunta a construir un concepto de culpabilidad empresarial que sea análogo-funcional al derecho penal individual. Conforme a dicho planteamiento, a la empresa se le asigna el deber de administrar adecuadamente los riesgos (*Risikomanagement*), por lo que su responsabilidad penal se deriva de una defectuosa administración de los riesgos que, a través de una elevación del riesgo específico, lleva a la realización externa de un riesgo típico de la empresa (Heine, 1995, p. 292). Esta estructuración de la imputación tiene como aspecto resaltable una visión del injusto centrada en la organización (defectuosa) de los riesgos⁹, pero construye la culpabilidad de la empresa en atención no al hecho defectuoso concretamente realizado, sino a la conducción de la actividad empresarial (Heine, 1998b, p. 104). Está claro que lo que se busca es desvincular la culpabilidad empresarial de una decisión concreta tomada por una persona natural

9 Así lo destaca especialmente Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 188.

en determinado momento, pero, al darle a la dimensión temporal un carácter constitutivo de la culpabilidad empresarial, se desmarca de la culpabilidad por el hecho y entra en el ámbito de la tan cuestionada culpabilidad de autor.

En la actualidad, cabe destacar la propuesta de Gómez-Jara Díez, quien emprende el reto de elaborar una teoría del concepto jurídico-penal de culpabilidad que resulte adecuada para personas físicas y jurídicas (empresas). Con base en la teoría de los sistemas y el constructivismo operativo, propone un cambio de paradigma de la imputación penal que deje de lado la visión antropológica de la persona y se centre en la comunicación como elemento esencial de los sistemas sociales (autopoiéticos) (Gómez-Jara Díez, 2005b, p. 201). Como puede verse, este planteamiento hace fructíferas muchas de las ideas desarrolladas por Lampe y Heine, pero no para elaborar una culpabilidad jurídico-penal de la empresa, sino una culpabilidad jurídico-penal en general. Centrado en la función de prevención especial positiva, Gómez-Jara sostiene que la empresa, alcanzada cierta complejidad organizativa, se autoorganiza de forma penalmente relevante, siendo posible imputarle responsabilidad penal por ello al contar con una libertad organizativa, así como con una participación en la configuración de la sociedad que le permite cuestionar la vigencia de la norma. En consecuencia, la culpabilidad empresarial no precisa abandonar la culpabilidad del acto en lugar de una culpabilidad de autor. Pese al extraordinario esfuerzo conceptual de esta propuesta, se le ha cuestionado llevar a una identidad mediante conceptos tan abstractos que finalmente desdibujan aspectos irrenunciables de la persona individual¹⁰.

2.3. Toma de posición

Desde posiciones generales, se ha dicho que las normas solo pueden cumplir su función de determinación si se dirigen a sujetos dotados de autoconciencia y libertad, lo que no podría suceder en el caso de las personas jurídicas (Silva Sánchez, 2004, p. 122). Al respecto cabe señalar, por un lado, que desde la propia visión motivadora de la norma penal se ha sostenido que también las personas jurídicas orientan, aunque indirectamente, su actuación en atención a factores externos que inciden económicamente, dentro de los cuales cuentan también las normas penales (Ehrhardt, 1994, p. 186). Pero, por otro lado, es igualmente posible construir una teoría de la imputación penal que no se sustente en la norma penal como norma de conducta, sino como norma de sanción, poniendo el centro de la imputación penal no en la prevención futura de delitos a través de procesos

10 Similarmente Schünemann, 2006b, p. 148.

motivatorios, sino en el restablecimiento de la vigencia de la norma infringida¹¹. En este caso, la función de restablecer la vigencia de la norma infringida podría conseguirse satisfactoriamente con sanciones penales impuestas a la propia persona jurídica, aunque para ello resulta imprescindible que se le pueda imputar el delito como un hecho suyo.

El modelo que debe utilizarse para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas es, sin duda, el que se sustenta en una responsabilidad por un hecho propio, pues es el esquema que mejor se ajusta a los estándares actuales de la imputación penal (Gómez-Jara Díez, 2012, p. 187; Artaza Varela, 2014, p. 232). En un sistema penal que responde a la idea de la culpabilidad personal, no es posible dar cabida a una reacción punitiva que se base en la idea de la heterorresponsabilidad, esto es, en la atribución penal del hecho de otro¹². En cuanto a la manera como tiene que expresarse la defectuosa organización, en la teoría del delito usada para responsabilizar a la persona jurídica se manejan fundamentalmente dos opciones. Una primera opción legislativa es que se criminalice, en sí misma, la organización defectuosa que permita la comisión de un delito. Así interpreta, por ejemplo, la doctrina penal alemana el § 30 de la Ley de contravenciones alemana (OWiG) que castiga a la empresa cuando sus órganos o representantes cometen un delito o contravención¹³. La otra alternativa legislativa sería tratar la situación de déficit organizativo como aquello que hace penalmente competente a la persona jurídica del delito ejecutado materialmente por su órgano de administración o representante. El defecto organizativo no es lo que constituye la infracción, sino una incumbencia de la persona jurídica que la hace penalmente competente por el delito realizado. Lo razonable es seguir esta segunda opción¹⁴, pues integra el fundamento de su responsabilidad penal en el hecho realizado, en términos materiales, por un miembro individual de la persona jurídica.

11 Desde una concepción de las normas que abandona su comprensión como directivas psicológicas de conducta y que se centra en la norma de contacto que no pretende una incidencia directa, sino una conducción indirecta de los destinatarios de las normas, Gómez-Jara Díez sostiene que las personas jurídicas son también destinatarias de normas (2005b, p. 135).

12 Igualmente, Ortiz de Urbina Gimeno considera que el modelo de atribución del hecho de otro es contrario al principio de culpabilidad (2013, p. 279).

13 Ver originariamente Tiedemann (1988, p. 1171), y una breve descripción de este planteamiento en Sieber, 2008, p. 466.

14 Puede decirse que, en cierta forma, esta es la perspectiva desde la que debería interpretarse también la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal chilena (véase García Caverro, 2012b, p. 66), y, en cierta forma también —aunque con menos claridad en el tenor legislativo— de la regulación penal Española. Así, Bacigalupo Zapater (2012, p. 127) exige el defecto por organización como hecho propio de la persona jurídica, aunque Silva Sánchez (2013, p. 21) es de otro parecer.

La afirmación de una competencia penal de la persona jurídica por un hecho propio es consecuencia de una serie de pasos previos que deben ordenarse con base en la teoría del delito¹⁵. En este orden de ideas, lo primero que debe hacerse es imputarle objetivamente el hecho penalmente relevante. Esto supone, en primer lugar, la creación de un riesgo penalmente relevante. La persona jurídica será competente por el riesgo prohibido cuando sus prácticas, procedimientos internos o estructura favorecen o no dificultan la realización de conductas lesivas por parte de sus miembros individuales. Si se encuentra, por el contrario, debidamente organizada en términos de controlar la peligrosidad de su actuación, entonces el riesgo de que, pese a todo, un miembro individual pueda cometer un delito, será calificado en relación con la persona jurídica como un riesgo permitido o tolerado (Gómez-Jara Diez, 2012, p. 144; Gallego Soler, 2014, p. 217)¹⁶. A la imputación objetiva del hecho a la persona jurídica, se debe sumar una imputación subjetiva. La solución más sencilla ha sido siempre imputar a la entidad colectiva el dolo o la culpa del sujeto individual que realiza directamente el delito. Sin embargo, dado que la competencia jurídico-penal de la persona jurídica no es la misma que la de la persona natural, tal transferencia resulta inviable. Frente a esta situación las alternativas son fundamentalmente dos: o se renuncia a la imputación subjetiva en el caso de las personas jurídicas, o se construye una imputación subjetiva propia de estas entidades corporativas. La primera alternativa implica dar entrada a supuestos de responsabilidad penal objetiva similares a los casos de *strict liability* del derecho penal norteamericano¹⁷, lo que no se condice con el respeto elemental de la primera exigencia del principio de culpabilidad, que obliga a que el injusto penal contemple una faceta subjetiva. Por esta razón, el camino más adecuado es la determinación de una imputación subjetiva de las personas jurídicas (Hirsch, 1995, p. 312; Heine, 1995, p. 258, 1998a, p. 115; Dannecker, 2001, p. 119; Kremnitzer & Ghanayim, 2001, p. 556; Seelmann, 2002, p. 32).

No hay duda de que el proceso de normativización al que ha sido sometido el dolo en los últimos años —a diferencia de la culpa, que le lleva varios años de ventaja— da cabida a la posibilidad de hacer una imputación subjetiva a las personas jurídicas. Si el dolo o la culpa no son más realidades psicológicas del autor que el

15 Nieto Martín considera, por el contrario, que aplicar la teoría del delito desarrollada para la imputación penal de las personas individuales es inadecuado y carece de rendimientos prácticos (2013, p. 31).

16 Similarmente, en relación con el llamado valor de la expectativa de daño (*Schadenserwartungswert*), Silva Sánchez, 2013, p. 37, Bock, 2011, p. 485; y en relación con los delitos culposos, Sieber, 2008, p. 469.

17 En esta línea va la propuesta de Nieto Martín (2013, p. 37), quien considera que no es posible hablar de hechos de la empresa dolosos o imprudentes.

juiz verifica, sino categorías que se construyen con base en la imputación de cierto conocimiento que le habría permitido al autor evitar de manera individual el delito, entonces no habrá mayor reparo dogmático para que ese conocimiento se pueda también imputar a la persona jurídica. En la doctrina penal se habla, en este orden de ideas, del conocimiento organizativo del riesgo (Heine, 1995, p. 261; Gómez-Jara Diez, 2012, p. 151)¹⁸, que es el conocimiento disperso en toda la organización. Algunos han identificado el conocimiento organizativo del riesgo con la suma de los conocimientos individuales de sus miembros, lo que es un error, pues no se trata de un conocimiento por adición, sino del conocimiento que el ente corporativo tiene disponible a partir de la información incorporada a la organización por las vías regulares. En este orden de ideas, si la información existente en la organización no fue debidamente administrada para evitar la comisión de un delito, entonces esta deficiencia se le podrá imputar a la persona jurídica.

Definido el injusto penal de la persona jurídica, resta ahora entrar a precisar cómo se presenta su culpabilidad penal. La idea de partida es que no debe abandonarse la culpabilidad de acto y optar por una culpabilidad por el carácter o el modo de conducción de vida. Pero como no es posible encontrar un libre albedrío en los entes colectivos, su culpabilidad jurídico-penal solo podrá formularse en términos análogos a la de las personas naturales¹⁹. Dado que la culpabilidad jurídico-penal de la persona natural por el acto delictivo se estructura en atención a su individualidad (libertad expresada en acciones) y a su sociabilidad (responsabilidad por las acciones), será necesario encontrar los equivalentes funcionales a estos aspectos en la realidad de los entes colectivos.

Siguiendo los desarrollos de la teoría de los sistemas, puede decirse que la persona jurídica alcanza su individualidad en la medida en que su complejidad organizativa permita atribuirle la capacidad de autoorganizarse, autodeterminarse y autoconducirse en razón de intereses sociales propios distintos a los de sus órganos, representantes e incluso socios²⁰. La cuestión de cómo se determina esta identidad

18 Críticamente Bosch (2002, p. 75), por la ausencia de un único objeto de referencia que consolide toda la información dispersa. Si se afirma el dolo por el hecho concretamente realizado, por no haberse canalizado la información en una instancia de decisión, entonces al final se estará dejando de lado este requisito del delito.

19 Al respecto muy esclarecedoras son las palabras de Kaufmann: «Correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real [...], la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido analógico» (1999, p. 216).

20 Esta idea ciertamente ya se encuentra en Busch (1933, p. 7), en el sentido de comunidad organizada: «Esa falta de "realidad vital en sí psicofísica" es compensada mediante el momento positivo de la vinculación supraindividual y de la organización». Actualmente, desde un punto de vista sistémico,

autónoma requiere, evidentemente, de estudios de teoría de la organización que superan la pretensión de esta exposición general²¹, aunque podemos adelantar que tal identidad va más allá de lo establecido en los estatutos y el organigrama formal²². En este punto debe dársele cierta centralidad a la existencia de una capacidad de reflexión de la persona jurídica a través de la complejidad de su organización²³, lo que ha permitido a algún autor diferenciar, al igual que la persona natural, entre personas jurídicas imputables y no imputables en función de su complejidad organizativa (Gómez-Jara Díez, 2005a, p. 425; Nieto Martín, 2008, p. 141). Una persona jurídica se individualiza por la complejidad de su organización, que lleva a configurar modelos de actuación independientes de los intereses e inclinaciones particulares de las personas naturales que la componen²⁴. Referentes operativos de esta complejidad organizativa pueden ser el número de trabajadores, el nivel de ventas, la existencia de subsidiarias, etcétera.

La simple autoorganización de la persona jurídica no es suficiente, sin embargo, para fundamentar su culpabilidad jurídico-penal, en tanto se requiere además que pueda defraudar comunicativamente expectativas sociales esenciales con sus actos organizativos²⁵. Este segundo aspecto resulta posible por el reconocimiento de la socialidad de las personas jurídicas a raíz de su participación en diversos sectores sociales²⁶. La entidad colectiva no se presenta en un nivel inferior a la persona

ver Teubner (1987, p. 68); Heine (1995, p. 250; 2001, p. 24); Gómez-Jara Díez (2005a, p. 429).

Escépticos ante estas consideraciones se muestran Seiler (1967, p. 48) y Ehrhardt (1994, p. 177).

21 Una breve exposición sobre la organización de la empresa en García Caveró (1999, p. 62).

22 Como, por ejemplo, parece reducirlo a los estatutos de la persona jurídica Feijoo Sánchez (2002b, p. 85).

23 Ver, en esta línea, las importantes afirmaciones de Gómez-Jara Díez, 2006. Tanto Von Freier (1998, p. 125, 180) como Jakobs (2004b, 51) rechazan una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, Teubner, 1987 (p. 64) reconoce a la persona jurídica como capaz de autodescribirse y poseer, por tanto, identidad. A partir de ello pueden comprenderse también las posiciones de Heine, 1995 (p. 248); Lampe, 2003 (p. 161); Schünemann, 1995 (p. 572) y, de alguna manera, también de Schroth, 1993 (p. 202), a favor de una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

24 Ver la llamada cultura o identidad corporativa en Schünemann (1979, p. 22); Lampe (2003, pp. 130 y 163); Heine (1995, p. 101); Dannecker (2001, p. 108); y, con consideraciones críticas, von Freier (1998, pp. 22 y 144). Una cultura de la asociación a partir de una orientación hacia la teoría de los sistemas autopoieticos puede verse en Teubner (1987, p. 74), Schünemann (1995, p. 572) y Bottke (1996, p. 75).

25 Por esta razón, Hirsch (1993, p. 1122), Tiedemann (1988, p. 1172) y Schroth (1993, p. 206) requieren, además de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, un hecho de sus órganos que les permita mantener una culpabilidad por el hecho (¿ajeno?).

26 Sobre la realidad social de las empresas, ver Ehrhardt (1994, p. 145), Bottke (1996, p. 95) y García Caveró (1999, p. 65). Esta participación en el tráfico económico-patrimonial, sin embargo, no significa que la responsabilidad de la persona jurídica deba reducirse solo a infracciones de carácter

natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de proposición, negociación y decisión (Hurtado Pozo, 2001, p. 462). Es titular igualmente del estatus de ciudadano²⁷, lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (responsabilidad) (Teubner, 1987, p. 73; Heine, 1995, p. 263; Hirsch, 1993, p. 1109, 1995, p. 292; Vogel, 1995, p. 341; Wieland, 1998, p. 58)²⁸.

3. EL SISTEMA PENAL PERUANO

La partición del mundo jurídico de buena parte del siglo XX entre el sistema del *common law* que regulaba ampliamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema continental europeo que la negaba, no existe más. El *societas delinquere non potest* está dejando de ser una máxima válida para los países de la tradición jurídica europea (Tiedemann, 2010, § 4, n. 242; Ortiz de Urbina Gimeno, 2014, p. 37)²⁹. En efecto, es clara la tendencia legislativa en los países deudores del sistema continental europeo, que se orienta, en una mayor o menor medida, a admitir una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo particular de este nuevo escenario legislativo es que ahora existe un sistema dualista de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, pues a las consecuencias accesorias que se implementaron para evitar que las personas jurídicas sean utilizadas nuevamente para la comisión de delitos, se les suman las penas contra el ente colectivo. Para resolver este sistema dual de consecuencias jurídicas, en España se ha optado por entender que las primeras se aplican a las personas jurídicas, mientras que las segundas a entes colectivos sin personalidad jurídica.

económico, sino que, como lo señalan Dannecker (2001, p. 115), Pieth (2001, p. 13) y Kremnitzer & Ghanayim (2001, p. 555), puede ampliarse a delitos como lesiones corporales, homicidios o injurias.

- 27 Ver, en este sentido, la idea del buen ciudadano corporativo del derecho estadounidense expuesta por Dannecker (1998, p. 6), Wieland (1998, p. 55) y Tiedemann (2010, § 4, n. 244), quien reconoce que este concepto ha sido introducido ya en la jurisprudencia penal alemana. Este concepto de ciudadano corporativo ha sido utilizado por Gómez-Jara Díez, 2006, para otorgar a las corporaciones la capacidad de culpabilidad penal.
- 28 Von Freier es crítico ante la posibilidad de una subjetividad jurídica de la empresa para justificar la imposición de sanciones penales (1998, pp. 65 y 77).
- 29 Esta situación no debe verse, sin embargo, como un triunfo del sistema penal angloamericano, pues, así como hoy se admite en la mayoría de los países europeos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también cabe apreciar una variación del modelo de atribución de responsabilidad a las organizaciones infractoras en los sistemas del *common law* que abandonan el simplista modelo vicarial y se centran más en la idea de la falta de un *compliance* idóneo.

En el Perú, la situación se ha tornado especialmente desconcertante. Cuando se aprobó el Código Penal, la posición legislativa era bastante clara: la persona jurídica no podía responder penalmente por delito alguno, pero era posible imponerle consecuencias accesorias como la suspensión de actividades e incluso la disolución y liquidación, si su organización era peligrosa en términos de favorecer o encubrir hechos delictivos de sus miembros individuales. Esta opción legislativa fue confirmada por distintas leyes penales especiales, como la ley penal tributaria, la ley contra el lavado de activos o la ley contra el crimen organizado, que contemplaron expresamente la posibilidad de imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

La distorsión comenzó a producirse con el Acuerdo Plenario Penal 07-2009, emitido por la Corte Suprema, que estableció explícitamente que las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del CP y en las diversas leyes penales especiales eran sanciones penales especiales, lo que, en la práctica, suponía admitir un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A lo anterior se ha sumado la aprobación de la ley 30424, que, sin tocar la regulación de las consecuencias accesorias, admite una responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica por la comisión de los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo (en adelante LRAPJ). Lo llamativo de esta reciente incorporación legislativa es que la llamada responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica la determina un juez penal en el marco de un proceso penal por la comisión de un delito. Al final, la sensación es de una absoluta falta de claridad sobre qué tipo de responsabilidad les alcanza finalmente a las personas jurídicas.

Con independencia de las interpretaciones y los nominalismos utilizados, lo cierto es que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no son sanciones penales, sino medidas administrativas que se imponen a una persona jurídica por la peligrosidad objetiva de su organización. Su fundamento no es, por lo tanto, la culpabilidad de la persona jurídica, sino el peligro de que su organización pueda ser utilizada por sus representantes o administradores para la comisión de nuevos delitos. Por su parte, la ley 30424 no regula una responsabilidad «administrativa» de la persona jurídica, sino que esa responsabilidad es abiertamente penal³⁰. La mayor prueba de ello es que las fuentes legislativas de esta ley especial han sido disposiciones legales que regulan expresamente una responsabilidad penal de las personas jurídicas, como sucede en Chile o España. Bajo estas circunstancias, puede decirse que en la legislación penal peruana se le puede imponer a la persona

30 En Italia se ha usado el mismo juego nominal, pero pocos aceptan que se trata de una responsabilidad administrativa, como señala Seminara (2014, p. 128).

jurídica consecuencias accesorias por todos los delitos, a excepción de los delitos establecidos en la ley 30424, en los que cabe la imposición de sanciones penales.

3.1. ¿Responsabilidad administrativa o penal?

La LRAPJ constituye el primer paso de una tendencia político-criminal de sancionar a las personas jurídicas que definitivamente no va a quedarse estancada. En un primer momento, los grupos de poder empresarial consiguieron que la llamada responsabilidad administrativa de la persona jurídica se limitase a la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Pero, sin entrar aún en vigencia y como consecuencias de los escándalos de corrupción al más alto nivel en el caso de las constructoras brasileras, este dispositivo legal ha sido modificado para incluir también al cohecho doméstico, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Si bien la LRAPJ es expresa al señalar que la responsabilidad de la persona jurídica es administrativa, lo cierto es que tiene todos los ingredientes de una responsabilidad penal. A mi entender, la denominación utilizada no es más que un fraude de etiquetas que oculta la verdadera naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas. El Poder Judicial no es una organización del poder público que ejerza potestades administrativas, por lo que no es posible que los jueces, en su labor jurisdiccional, dicten sanciones administrativas. La sanción que se aplica a las personas jurídicas es de naturaleza claramente judicial. Si se tratase de una sanción administrativa, entonces cualquier empresa sancionada podría discutir la sentencia condenatoria por la vía de un contencioso-administrativo, lo que no resiste el menor análisis. Por consiguiente, pese a que la LRAPJ califica expresamente de administrativa a la sanción que el juez penal puede imponer a la persona jurídica en el marco de un proceso penal, lo cierto es que no se trata de una sanción administrativa, sino judicial. No solo por el hecho de que sea un juez el que la imponga, sino porque el fundamento de tal responsabilidad es la comisión de un delito. Si una persona es sancionada por la comisión de un delito, entonces su responsabilidad es, llámesele como quiera, penal.

Pero no solo son razones materiales las que abogan por la naturaleza penal de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, sino que desde el punto de vista garantista es lo mejor que les podría pasar. Si se sostiene que la sanción es administrativa, se estaría abriendo la posibilidad de que se imponga una sanción a la persona jurídica con todos los efectos de una sanción penal y se utilice para ello los estándares menos garantistas del proceso administrativo sancionador. Si realmente lo que se quiere es proteger a las personas jurídicas de un sistema penal invasivo, lo mejor sería darle a la sanción un carácter penal con todas las

garantías que ello implica. Por lo tanto, aunque la LRAPJ señale que se trata de una responsabilidad administrativa, los jueces penales deben asignarle un carácter penal y, por lo tanto, exigir los estándares propios de una imputación penal.

3.2. El modelo de atribución de responsabilidad penal

De cara a preservar los principios elementales del sistema penal, resulta necesario sostener que la responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser siempre propia y, por lo tanto, sustentarse en un fundamento autónomo de la imputación penal a las personas naturales. De hecho, el artículo 4 de la LRAPJ reconoce expresamente la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal de la persona natural. Sin embargo, es un dato insoslayable que la regulación positiva exige que el delito haya sido cometido por un directivo, representante o trabajador de la persona jurídica. En efecto, el artículo 3 de la LRAPJ establece que la persona jurídica es administrativamente responsable por el delito de cohecho cometido en su nombre o por cuenta de ella y en su beneficio directo o indirecto por determinadas personas naturales (administradores, representantes, trabajadores, etcétera). De lo anterior se podría sostener que esta responsabilidad es por el hecho de otro, pues la persona jurídica no responde por un hecho propio, sino por el delito cometido por sus administradores, representantes o trabajadores. La única manera de salvar razonablemente esta particularidad legislativa es sostener que la responsabilidad de la persona jurídica requiere de una intervención necesaria del miembro individual, pero queda claro que la competencia jurídico-penal de cada uno se determina de forma independiente. La persona jurídica será penalmente responsable por el acto de corrupción o lavado, si es que está organizada de una manera tal que no ha impedido o facilitado la comisión de dicho acto.

Lo anterior puede encontrar un respaldo normativo en el artículo 17 de la LRAPJ, el cual regula, como una eximente de responsabilidad, el hecho de que la persona jurídica haya adoptado e implementado, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Este modelo de prevención debe contener medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho, lavado o financiamiento del terrorismo, o para reducir significativamente su riesgo de comisión. Se trata del llamado sistema de cumplimiento normativo (*compliance*) que pone de manifiesto que la persona jurídica se encuentra debidamente organizada, por lo que no debería ser responsabilizada por el delito cometido por su directivo, representante o trabajador (García Cavero, 2014a, p. 55).

Sin entrar en los detalles de cómo tendrían que organizarse los sistemas de cumplimiento normativo para generar la exoneración de responsabilidad penal a la

persona jurídica (artículo 17.2 de la LRAPJ), me gustaría discutir de manera general y muy brevemente la naturaleza de esta disposición. Podría pensarse que es una causa de exclusión de la punibilidad, de manera tal que, aunque exista un delito, a la persona jurídica no se le podrá punir por ello. Es evidente que difícilmente se puede considerar que los sistemas de cumplimiento son causas de exclusión de la punibilidad, no solo porque no son supuestos posteriores al delito, sino porque no responden a una falta de necesidad de pena en el caso concreto, sino a que no se podrá sustentar la defectuosa organización de la persona jurídica en dichos casos. En realidad, con los sistemas de cumplimiento se estarían estableciendo criterios de determinación del riesgo permitido (Silva Sánchez, 2013, p. 37; Bock, 2011, p. 485; Sieber, 2008, p. 469; Gómez-Jara Diez, 2012, p. 144; Coca Vila, 2013, p. 66; García Cavero, 2012b, p. 67), de manera tal que si la persona jurídica incorporó un modelo de prevención adecuado, el riesgo de que, pese a todo, se pueda cometer un delito en el marco de su actuación, se convierte en un riesgo tolerado, pues de lo contrario habría que proceder a suprimir la actividad de la persona jurídica, lo que evidentemente paralizaría la dinámica de la economía y la sociedad moderna.

La admisión de la implementación de un sistema de cumplimiento como un criterio para determinar el riesgo permitido en la actuación penalmente relevante de las personas jurídicas suscita la cuestión de si cabe recurrir legítimamente a otros mecanismos para controlar adecuadamente los riesgos penales de la actividad de una persona jurídica, de manera tal que si se constata la comisión de un delito en el marco de su actividad, pueda alegar que tuvo en cuenta mecanismos de control igual de idóneos que los establecidos específicamente en la normativa penal. Se trata, claramente, de lo que se conoce como la compensación de riesgos, en donde se ha sostenido que si las normas jurídicas disponen la manera de control del riesgo, no es posible reemplazar los mecanismos previstos por otros nuevos igual o más efectivos (Jakobs, 1996, p. 128)³¹. Si una compensación de riesgos tuviese relevancia frente a lo establecido jurídicamente, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores regulados. No obstante, es de tener en consideración que la LRAPJ no establece el imperativo de adoptar e implementar un «modelo de prevención» con las características que detalla luego la propia ley, sino que tiene un indudable carácter potestativo³².

Otra de las cuestiones generales que deberá esclarecerse es si, pese a no contar la persona jurídica con la adopción e implementación de un programa de

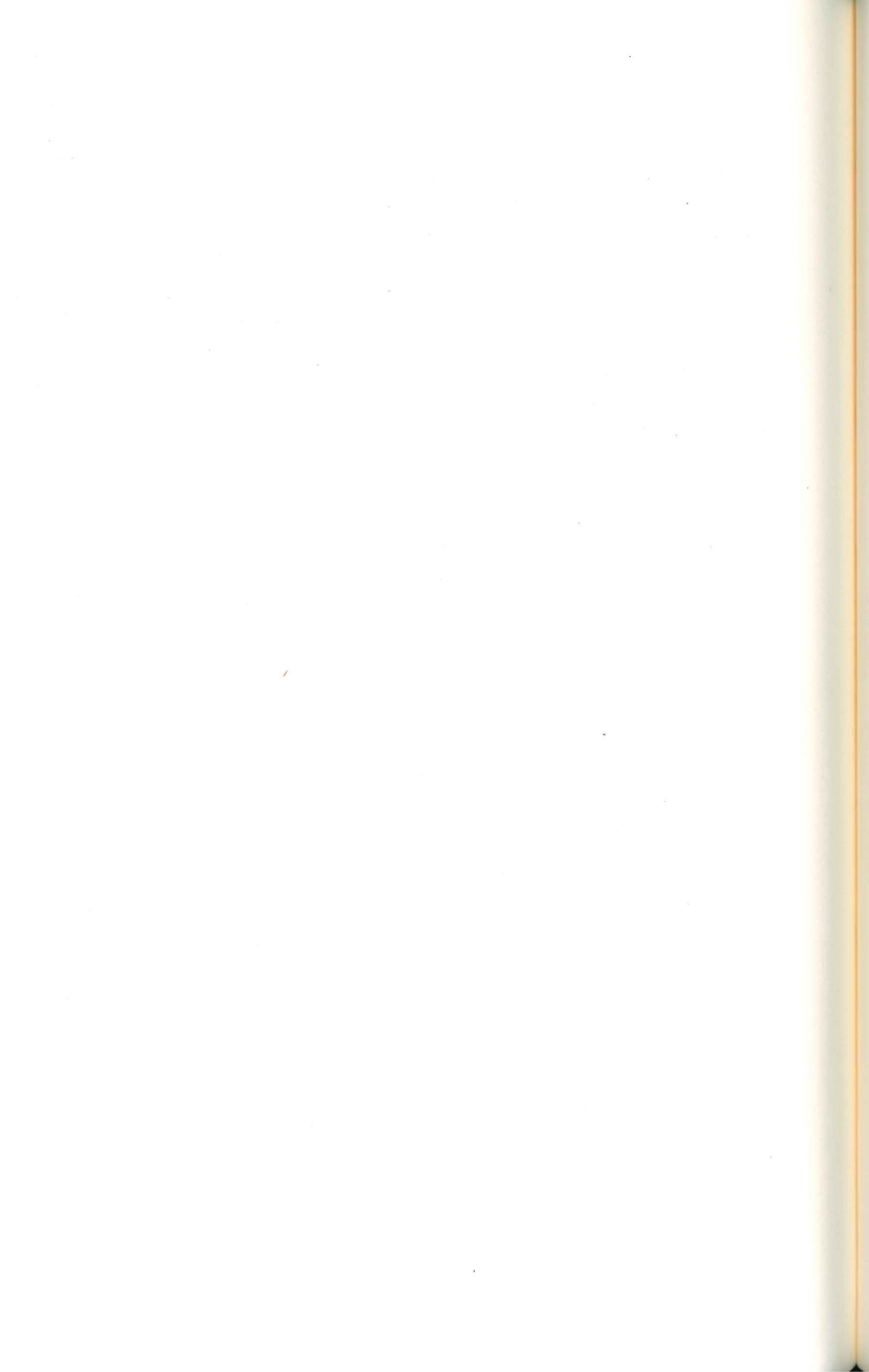
31 De una opinión distinta, ver Frisch (2004, p. 108, n. 8) y Feijoo Sánchez (2002a, p. 247).

32 Igualmente en la regulación penal chilena, Hernández (2010, p. 225) y Van Weezel (2010, p. 138).

cumplimiento, no cabe imputarle objetivamente el resultado, en la medida en que un comportamiento alternativo conforme a derecho no habría evitado el resultado producido directamente por el miembro individual de la persona jurídica. Si se sigue la teoría de la evitabilidad, habría que negar, en general, la posibilidad de una imputación objetiva del resultado, pues el comportamiento alternativo conforme a derecho no habría evitado la realización del delito. Por el contrario, si el análisis se hace desde la teoría del incremento del riesgo, bastará simplemente con señalar que la omisión de incorporar un programa de cumplimiento incrementó el riesgo de comisión del delito, lo que permitiría sustentar la imputación del resultado en una gran cantidad de casos. Por su parte, la teoría del fin de protección de la norma lleva a sostener que la razón de ser del establecimiento del deber de incorporar en la organización empresarial mecanismos de control es impedir la comisión de delitos, por lo que el incumplimiento de este deber permitirá la imputación del resultado, a menos de que se trate de la materialización de riesgos que no se habrían identificado como relevantes. Como puede verse, a no ser que se asuma la teoría de evitabilidad con la maleabilidad de sus soluciones en función de la conducta hipotética a considerar, los casos de comportamientos alternativos a derecho deben resolverse, manteniendo la imputación del resultado producido directamente por el órgano o miembro de la persona jurídica.

4. VALORACIÓN FINAL

No hay duda de que con la LRAPJ el derecho penal peruano ha dado un paso muy importante en la configuración de un sistema penal que responda a las necesidades de imputación de la sociedad moderna, aunque lo ha hecho de la peor manera al llamar administrativo a algo que es claramente penal. El que lo haya limitado a un delito prácticamente irrelevante en la realidad nacional como el cohecho activo transnacional ha sido felizmente corregido con la incorporación del cohecho doméstico, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Pese a los errores y los remedios al paso, no hay duda de que ese nuevo escenario legislativo abre la oportunidad de comenzar a debatir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre una base legal cierta. No hay forma de poder luchar eficazmente contra la criminalidad corporativa si las sanciones penales se limitan a las personas naturales.



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO PIEDRA DE TOQUE DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA¹

Laura Zúñiga Rodríguez

Sumario: 1. Introducción: marco conceptual. 2. ¿Cuáles son las finalidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? 2.1. Un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se comenten en el ámbito de las personas jurídicas. 2.2. Evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades. 2.3. Prevenir futuros comportamientos corporativos que pueden dar bienes jurídicos importantes. 2.4. Quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo. 3. ¿Qué vinculación existe entre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas con los derechos humanos? 4. ¿La regulación española sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas realiza una protección eficaz de los derechos humanos? 5. Conclusiones.

1 Este trabajo se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación DER 2016-79705-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, sobre «Criminalidad organizada, responsabilidad penal de las personas jurídicas y terrorismo: la triada de la criminalidad transnacional».

1. INTRODUCCIÓN: MARCO CONCEPTUAL

La hipótesis que sostengo es que tal como está regulada en estos momentos la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la regulación española —especialmente después de la reforma de 2015—, la legislación no está en condiciones de proteger los derechos fundamentales de las personas, como pretendo desarrollar en este trabajo. Ahora bien, esta pregunta encierra una serie de complejidades que intentaré descomponer en el análisis. Ante todo, poner como telón de fondo que una de las funciones fundamentales del Estado es proveer seguridad a sus ciudadanos, seguridad entendida como el respeto a los derechos humanos, es decir, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española. En efecto, el Estado moderno que surge luego de la Revolución francesa tiene como finalidad fundamental salvaguardar la seguridad de los ciudadanos que están dentro de su territorio —función de carácter monopólico— y, por tanto, tiene la obligación de establecer las reglas jurídicas para que el imperio de la ley conecte con la protección de los derechos fundamentales individuales y sociales. De ahí que considere importante recalcar que debemos alejarnos de la falsa dicotomía derechos humanos y seguridad, o libertad y seguridad², puesto que en el estado de derecho la protección de los derechos humanos se realiza con el imperio de la ley, no solo en lo que se refiere a su contenido de legitimidad, sino también en lo referente a las obligaciones de los Estados de tutelar los derechos fundamentales de los más vulnerables.

Ciertamente, en los momentos actuales de globalización, la humanidad confronta nuevas amenazas que hacen, al menos, repensar estas verdades, especialmente la cuestión de la territorialidad de la ley penal. La criminalidad organizada, la criminalidad empresarial, el terrorismo y la corrupción que invaden las noticias de los periódicos y constituyen los retos más importantes de la política criminal actual, se desarrollan con la fórmula de organizaciones, personas jurídicas, redes (sociales, empresariales, etcétera), intercambios, conexiones, que se realizan en contextos normalizados y de manera flexible, conectando territorios de diversos países y, por tanto, diversas legislaciones.

En este punto resulta determinante el informe de Naciones Unidas de seguimiento de los acuerdos de la Cumbre del Milenio, «Un concepto más amplio de libertad, desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos» (ONU, 2005, p. 27), en el que se pone de relieve en el punto 78: «Entre las amenazas a la paz y la

2 Dicotomía que se ha propagado con las políticas criminales de tolerancia cero o el punitivismo que lamentablemente domina el panorama actual de las regulaciones penales, ahondando en la falsa creencia de que a mayor pena, mayor protección.

seguridad en el siglo XXI se cuentan no solo la guerra y los conflictos internacionales, sino los disturbios civiles, la delincuencia organizada, el terrorismo y las armas de destrucción en masa. También se cuentan la pobreza, las enfermedades infecciosas mortales y la degradación del medio ambiente, puesto que también pueden tener consecuencias catastróficas. Todas estas amenazas pueden ser causa de muerte o reducir gravemente las posibilidades de vida. Todas ellas pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional».

El informe de Kofi Annan pone en evidencia las relaciones recíprocas entre las amenazas a la seguridad y a las libertades y el desarrollo humano, puesto que en la medida en que existan personas vulnerables a dichas amenazas no será posible garantizar su libertad, pues serán víctimas de las organizaciones criminales, la trata de personas, el tráfico de inmigrantes y las redes de explotación sexual o laboral que existen en el mundo. Efectivamente, como se señala en este documento, las personas tienen derecho a ser gobernadas por su propio consentimiento, y para ello deben estar libres de la miseria, algo que parece olvidarse cuando se legisla desde el púlpito. La pobreza, la falta de horizontes para los jóvenes es el caldo de cultivo de las organizaciones criminales, tanto de víctimas como de victimarios. La criminalidad organizada se nutre en muchas partes del mundo de jóvenes desencantados que no ven otra salida laboral que enrolarse en las filas de las organizaciones criminales. El Estado ausente, el Estado neoliberal que no provee de un bienestar mínimo a sus ciudadanos y menos a sus futuras generaciones, donde todo está «privatizado»³ al albur de las reglas del mercado, deja espacio a otros poderes como las organizaciones criminales, que sí dotan de seguridades a sus afiliados. Indudablemente, desde este enfoque la política criminal contra la criminalidad organizada no puede leerse solo desde la represión, sino también desde la prevención. Como ya decía Von Liszt, «la mejor Política Criminal es una buena Política Social», cuestión que merece la pena recordar.

El concepto de libertad (respeto a los derechos humanos) como «libertad para vivir sin temor», pone el acento en la vulnerabilidad de los seres más débiles para consentir, para decidir sobre su futuro, fuera de las fuerzas de las amenazas que se transforman en poderes contra las personas. Como se sostiene en el Informe en el punto 16: «Si bien no puede decirse que la pobreza y la negación de los derechos humanos sean la “causa” de las guerras civiles, el terrorismo y la delincuencia organizada, todos ellos incrementan considerablemente el peligro de la inestabilidad y la violencia». De ahí que desarrollo humano y seguridad vayan de la mano. La violencia e inestabilidad política que generan la criminalidad organizada, las

3 En muchos casos estas privatizaciones han propiciado el negocio ilícito al convertirse en empresas pertenecientes a sectores vinculados al poder público.

guerras y el terrorismo producen mayor vulnerabilidad de los grupos indefensos y esta vulnerabilidad favorece estos fenómenos criminales, en un círculo vicioso que solo se puede quebrar con la promoción de los derechos humanos y el imperio de la ley. El Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000 señala con acierto: «En la Cumbre del Milenio los dirigentes de todo el mundo proclamaron que la liberación del temor y de la miseria era uno de los valores esenciales del siglo XXI. No obstante, en todo el mundo hay millones de personas a quienes todavía se niega el derecho a vivir con dignidad y liberados del temor y de la miseria. Se niega ese derecho al niño que trabaja bajo contrato de cumplimiento forzoso, sometido a explotación, al padre que tiene que dar soborno para conseguir atención médica para su hijo o hija, a la mujer condenada a una vida de prostitución forzosa». Kofi Annan insiste: «Considero que la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. Se trata de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más. Tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la cruel indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. El destino de esas personas más vulnerables es una afrenta para la dignidad humana y un grave problema para todo Estado, todo pueblo y toda comunidad».

Los desequilibrios económicos y sociales de los últimos tiempos no auguran que estemos yendo por el buen camino para desactivar estas amenazas que condenan a millones de personas a vivir sin dignidad, sin libertad, dentro de una miseria esclavizante. El Informe sobre Desarrollo Humano de 2016 señala que, pese a los importantes avances de los últimos años para erradicar la pobreza, aún «una de cada nueve personas en el mundo padece hambre y una de cada tres malnutrición. Anualmente, alrededor de 15 millones de niñas se casan antes de los 18 años, es decir, casi una cada dos segundos. En todo el mundo mueren al día 18 000 personas debido a la contaminación atmosférica, y el VIH infecta a dos millones de personas al año⁴. En promedio, 24 personas por minuto se ven desplazadas forzosamente de sus hogares. Estas carencias básicas son comunes entre diversos grupos. Las mujeres y las niñas, las minorías étnicas, los pueblos

4 Precisamente en la supervivencia frente al sida se pueden apreciar claramente las diferencias sociales y económicas. Mientras en los países desarrollados esta enfermedad se convierte en crónica gracias a los fármacos, en los países con bajo desarrollo contraerla significa la muerte.

indígenas, las personas con discapacidad y los migrantes se ven privados de las dimensiones básicas del desarrollo» (PNUD, 2016, p. 5).

Otros informes de organismos internacionales también inciden en que el crecimiento mundial no está repartido, sino que cada vez se concentra más en unos pocos. El conocido dato de que el 1% más rico de la población mundial posee más riqueza que el resto del planeta, es el marco de la gran desigualdad persistente que muestra a los perdedores de la crisis sin poder salir de sus carencias para acceder a los servicios básicos. Pero también son importantes otros datos vinculados al ámbito empresarial: diez empresas en el mundo obtuvieron una facturación superior a los ingresos públicos de 180 países juntos; 10 000 trabajadores de las fábricas textiles de Bangladesh gana en un año lo mismo que el director general de cualquier empresa incluida en el índice bursátil FTSE 100; 100 000 millones de dólares pierden los países en desarrollo como consecuencia de la evasión y elusión fiscal de grandes empresas a través de paraísos fiscales; 69 de las 100 mayores entidades del mundo son empresas y no Estados⁵. Estos últimos datos redundan en el poder económico y político de las empresas en el mundo actual, principales actores en la globalización, con gran capacidad para incidir en las decisiones políticas nacionales y mundiales.

Precisamente en esta línea apuntan las propuestas más modernas que inciden en exigir responsabilidades a las empresas. La empresa como agente económico y social, que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, ha de tener derechos, pero también deberes, entre los cuales se incluye la responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a esta). O, como apunta Vogel: «El precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad (*responsibility*)... un Pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas» (2004, p. 130). Hay, pues, una necesidad de encauzar jurídicamente la ética del mercado (De Maglie, 2002), por medio de la demanda social de responsabilidad de la empresa, dentro de la cual, la responsabilidad penal no puede ser sustraída, toda vez que se trata de una forma de responsabilidad pública, con mensajes a todos los ciudadanos.

De otro lado, tal como estoy planteando esta cuestión existen varios presupuestos que requieren explicaciones:

5 Cfr. datos en *El Economista*, 2017. Este reportaje se ha basado en el Informe de Oxfam sobre desigualdad de 2016, «Una economía para el 99%». <http://eleconomista.com.mx/internacional/2017/01/16/10-datos-sobre-desigualdad>.

- ¿Cuáles son las finalidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?
- ¿Qué vinculación existe entre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas y los derechos humanos?
- Después de contestar esas cuestiones, voy a argumentar por qué la regulación actual (y la jurisprudencia existente) no es idónea para la protección de los derechos humanos.

2. ¿CUÁLES SON LAS FINALIDADES POLÍTICO-CRIMINALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Detrás de toda decisión político-criminal, como lo es optar por exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas —irresponsabilidad que hasta finales del siglo XX resultaba un asunto incontrovertido—, siempre hay —o debe haber— unos objetivos, unas finalidades. En todo caso, la opción regulativa por sancionar penalmente a organizaciones, corporaciones, empresas, partidos políticos, sindicatos, entes colectivos en general, no resultaba a comienzos de siglo una opción pacífica. La doctrina dominante concebía que solo la persona humana individual era capaz de soportar el juicio de reproche penal suficiente para exigir la responsabilidad más dura del sistema jurídico de un Estado. Entonces, si existía un consenso general a favor del *societas non delinquere*, habrá que convenir que existían finalidades poderosas para cambiar la tradición penal. Aún hoy, pese a la corriente de reformas a favor de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el panorama jurídico europeo, existen voces autorizadas en la línea de no reconocer el carácter penal de estas sanciones, solo achacables a sujetos individuales.

Pero las leyes están para aplicarse y el legislador, como decía Von Kirshmann, echa por tierra bibliotecas enteras o, al menos discusiones enteras. La responsabilidad penal de las personas jurídicas está entre nosotros desde 2010 y ha venido para quedarse, por muchas razones que conviene recordar y no olvidar, pues el legislador de 2015, al limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, parece desconocer estas razones, que no son otra cosa que fines político-criminales que pretenden conjurar.

2.1. Un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se cometen en el ámbito de las personas jurídicas

Un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se cometen en el ámbito de las personas jurídicas, empresas u otros organismos estructurados, como fundaciones, partidos políticos, sindicatos, ONG. La colectivización de la sociedad ha dado

lugar a que las relaciones sociales y económicas se desarrollen mayoritariamente en contextos de personas jurídicas de derecho privado y de derecho público. La centralidad de la persona jurídica⁶ en el núcleo de las nuevas formas de criminalidad que amenazan las estructuras económicas, sociales y políticas de nuestras sociedades es palpable con datos de la realidad a los que cotidianamente asistimos a través de casos en los que el uso de sociedades legales y ficticias es el instrumento para realizar actividades ilícitas. El terrorismo, la criminalidad organizada, la criminalidad empresarial y la corrupción, tanto pública como privada, se sirven de las fórmulas del derecho mercantil para crear, fusionar, transformar, desaparecer y aparecer sociedades que actúan como máscaras para encubrir negocios ilícitos. Como señala el profesor de derecho mercantil de la Universidad de Salamanca, Fernando Carbajo: «Las instituciones del derecho privado patrimonial se utilizan para dar apariencia de legalidad a operaciones ilícitas de ocultación y desviación de activos y fondos públicos y privados... Un uso instrumental con fines ilícitos de instituciones jurídico-privadas (uso perverso) para dar apariencia de licitud, es decir, maquillar operaciones fraudulentas» (Carbajo, 2012, pp. 307-308).

2.2. Evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades

Los estudios y la realidad social demuestran que los delitos cometidos desde estructuras complejas no consiguen ser identificados, procesados y castigados. Existe una gran cifra negra de la criminalidad en el ámbito socioeconómico, como delitos contra el medio ambiente, delitos contra los trabajadores, responsabilidad por el producto defectuoso, etcétera, dejando en la indefensión a las víctimas de los mismos. Muchos de ellos son delitos con bienes jurídicos colectivos, donde los afectados no son solo personas individuales, sino grandes grupos de personas, cuando no toda la sociedad. Piénsese en los daños sociales producidos por la corrupción, para lo cual se puede elaborar una investigación propia. Lo que sucede con la afección a bienes jurídicos de carácter colectivo es que, al no ser tangibles —como la vida o la salud— la percepción social de su dañosidad se morigera o se invisibiliza, pues parece alejada de los ciudadanos, cuando lo cierto es todo lo contrario: puede realizar daños ostensibles en la vida cotidiana de las personas, con sus consecuencias económicas y políticas de largo alcance.

6 Es muy crítico, desde hace mucho tiempo, De Castro: «¿Cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de riesgo?» (1991, p. 1408).

Esa impunidad se debe en gran parte a la imposibilidad de individualizar la responsabilidad personal en estructuras complejas. Al individualizar la responsabilidad penal, lo que suele suceder es que se carga todo el peso de la misma en una persona que actúa como «chivo expiatorio», o no se consigue probar la realización del delito por parte de una persona, por lo que hay impunidad. Ello porque el delito cometido en estructuras complejas suele ser producto de una serie de acciones y omisiones dolosas y culposas realizadas por varios individuos a los que no cabe atribuir el tipo objetivo y el tipo subjetivo a la vez, dada la información parcializada, la estructuración de los comportamientos en escalones y la delegación de funciones, principalmente. De ahí que la doctrina los categorice como una «actitud criminal de grupo» o una política defectuosa de la empresa, es decir, una acumulación de comportamientos corporativos. No hay que olvidar que se trata de un injusto de organización, esto es, donde se han dividido funciones, se han profesionalizado sus miembros y donde se trabaja coordinadamente para un fin determinado, que es lo que da cohesión al grupo (Zúñiga, 2009a, pp. 247-262). Además, la pertenencia a la organización otorga a sus miembros cierta opacidad, los parapeta para realizar conductas que no se atreverían a realizar en solitario, lo cual da mayores fortalezas para delinquir.

2.3. Prevenir futuros comportamientos corporativos que puedan dañar bienes jurídicos importantes

Sin entrar en el debate de si estamos ante una segunda o tercera vía, lo cierto es que las sanciones punitivas a empresas («sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», como demandan los convenios internacionales) que son consecuencia jurídica de un supuesto de hecho grave considerado delito conforme a las leyes vigentes, ha de tener las reglas de imputación propias del sistema penal, con toda la adaptación que corresponda a su carácter corporativo.

Ciertamente, el supuesto de hecho determina la consecuencia jurídica y no al revés. Es decir, quien realiza una conducta considerada típica por el Código Penal realiza un injusto penal⁷ y la consecuencia jurídica del mismo ha de ser también de carácter penal. De lo contrario estamos enviando un mensaje contradictorio a los ciudadanos («si el hecho se realiza con la cobertura de una persona jurídica no es delito»), propiciando así una indefensión frente a los ataques a los bienes jurídicos por parte de corporaciones. Bien es cierto que la realización de un comportamiento corporativo tiene la particularidad de tenerse que realizar a través

7 Ha de tenerse en cuenta que aquí ya se han seleccionado los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes; por tanto, estamos ante delitos considerados graves.

de una serie de sujetos y, por tanto, puede disociarse quién actúa y quién responde. Pero esta es una dificultad que ha de ser solventada, no una imposibilidad que demuestre la inviabilidad del razonamiento anterior. También es cierto que las estructuras lógico-penales han sido construidas desde el prisma de una persona física con capacidad de voluntad, pero nuevamente hay que decir que ello no invalida la demanda político-criminal de imponer sanciones penales a las personas jurídicas cuando desde su seno y, en provecho propio, realicen comportamientos corporativos delictuosos. La construcción de los mecanismos de imputación de carácter penal está en marcha con las discusiones teóricas y prácticas de la doctrina y la interpretación jurisprudencial, así como con los aportes del derecho comparado, pero ello no contradice la necesidad perentoria de hacer responder a los entes colectivos —llámese empresas, partidos políticos, sindicatos, fundaciones, ONG, etcétera—, cuando realizan comportamientos criminales de manera estructurada.

Los principales argumentos por los que es posible admitir un juicio de reproche penal para la respuesta sancionatoria a los delitos que se cometen desde el ámbito de las personas jurídicas se sustentan en las dos funciones básicas del derecho penal: protección de bienes jurídicos y motivación. Los bienes jurídicos que resultan afectados son de relevancia penal, porque son los más valiosos para la convivencia social: medio ambiente, derechos de los trabajadores, Hacienda Pública, mercado, etcétera. Aunque no es posible hacer referencia en este trabajo a todos los posibles delitos que pueden realizarse desde el ámbito de las personas jurídicas, puede resultar ilustrativa la tutela del medio ambiente. Soslayar a las empresas de la comisión de delitos medioambientales constituye una muestra de debilidad de la protección social del medio ambiente. Digamos que en materia medioambiental parece claro que las personas jurídicas, concretamente las empresas, son los principales actores de riesgo de los ecosistemas, con sus posibles vertidos contaminantes en tierras y aguas, emisión de CO₂ a la atmósfera, talas indiscriminadas de bosques, producción de desechos industriales, etcétera⁸. Esta función de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal resulta relevante cuando se refiere a bienes jurídicos colectivos —como los que convoca normalmente el derecho penal económico— y podrían ser lesionados por empresas, cuya dificultad para determinar la lesión (incluso el grado de peligro) se presenta como una de las cuestiones más controvertidas de este campo. La vulneración del mercado, del propio medio ambiente, los daños causados por la corrupción o la

8 La producción industrial es un sector que utiliza grandes dosis de energía proveniente de combustibles fósiles, los más contaminantes del planeta, por lo que la necesidad de sujetar dicha actividad a reglas que limiten lo máximo posible la emisión de gases tóxicos a la atmósfera resulta de crucial importancia.

complejidad de los intereses comprometidos por la criminalidad organizada son cuestiones mucho más complejas que no se pueden determinar fácilmente, y en muchos de estos supuestos se trata de bienes jurídicos tan preciados que se pueden identificar con los derechos humanos (Isea Silva, 2011, p. 8)⁹.

Desde el punto de vista de la función de motivación del derecho penal, la demanda de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas es aún más nítida. En una sociedad de riesgos es deber del Estado controlar a los agentes de riesgos y garantizar sanciones por los incumplimientos (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE). De lo contrario, se estaría dando un mensaje de impunidad, esto es, de que no existen consecuencias importantes a los comportamientos de riesgo, asumiendo la sociedad a fondo perdido las actividades productivas que generan daños sociales y económicos, en aras de sus supuestos beneficios¹⁰. La psicología social demuestra que la ejecución de conductas delictivas exitosas genera apreciación de capacidad para repetir las y convierte a la delincuencia en la construcción social de su propia identidad (autoeficacia) (Garrido, Masip & Herrero, 2009, p. 97). Por tanto, los comportamientos corporativos que carecen de respuestas contundentes producen más bien un estímulo para seguir delinquiendo, toda vez que la actividad de riesgo en sí ya produce un beneficio económico y, si, además, aun produciendo daños sociales no existe ninguna contención, refuerzan las conductas y fomentan la reincidencia. Como sostienen Garrido, Masip y Herrero: «El delito supone riesgo, osadía, metas difíciles, caminos abruptos. Una vez resueltos con éxito, producen una gran confianza en uno mismo. El relajo y el gozo de no haber sido pillado suben la percepción de autoeficacia, causa de acciones ilegales más dificultosas» (p. 99). Esta aseveración es aún más evidente para el ámbito de los delitos socioeconómicos, toda vez que la actividad económica es una actividad de riesgo en la que en muchos casos se roza la ilegalidad para generar beneficios, y los delincuentes de este ámbito no suelen tener conciencia moral de la ilicitud de su comportamiento. Por ello, siguiendo a estos mismos autores, «quizás la mayor

9 En cuanto a desplazamientos forzados, cabe mencionar que en Camboya, en enero de 2009, la empresa de construcción 7NG desalojó por la fuerza a 152 familias en Phnom Penh. Sobre salud y medio ambiente, en febrero de 2011, en Ecuador, un tribunal condenó a Chevron a pagar más 8000 millones de dólares por los daños ambientales cometidos entre 1964 y 1990 por la compañía Texaco (adquirida por Chevron en 2001) asociados a una alta incidencia de cáncer entre poblaciones indígenas, entre otros.

10 Beneficios que en el mayor de los casos son para los socios y más aún para los directivos, quienes actúan sin asumir ninguna clase de riesgo. Así, por ejemplo, los directivos del Banco Popular, recientemente intervenido, se asignaron 74 millones en pensiones, pese a ser responsables de la quiebra del banco (*El Mundo*, 21 de febrero de 2017, «Banco Popular asigna 74 millones a Ángel Ron y su cúpula», <http://www.elmundo.es/economia/2017/02/21/58ab58a2e2704ebc748b45bc.html>).

virtud del derecho penal resida precisamente en la claridad con la que, a través de él, la sociedad enseña lo que considera moral e inmoral» (p. 151), o legítimo e ilegítimo.

2.4. Quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo

La empresa es uno de los principales agentes de riesgo de la sociedad actual. La producción industrial se presenta como un típico sector de la sociedad de riesgo: realiza actividades que se consideran altamente necesarias porque proveen de bienes a la sociedad de masas y de trabajo a miles de familias. Sin embargo, a la vez genera riesgos para los ecosistemas, la vida y la salud de las personas. Incluso la amenaza nuclear puede producir daños medioambientales, por tanto, nos estamos refiriendo a una serie de actividades económicas que se realizan desde el ámbito de personas jurídicas, que pueden producir daños al disfrute de los recursos naturales, derecho constitucionalmente reconocido (art. 45 CE). De ahí que la prevención de los comportamientos para que no desborden los riesgos permitidos se convierta en un tema central dentro de la protección jurídica del medio ambiente. La utilización de mecanismos penales y administrativos en dicha prevención constituye un instrumento político-criminal clave para asegurar tal protección, donde los comportamientos más graves han de referirse al ámbito penal y los menos graves al ámbito sancionador. El papel del derecho administrativo sancionador para el control de los riesgos funciona como prevención de los daños que pudiera ocasionar la actividad de riesgo; de ahí las sinergias entre derecho administrativo sancionador y derecho penal en las infracciones económicas y sociales de las empresas, donde se ha postulado una asimilación de los principios propios del derecho penal, por ser los que más se han desarrollado. Nuevamente, el tema topa con la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica, único asunto donde la asimilación resulta complicada, pero no imposible. Otra actividad en la cual se perciben claramente estas relaciones entre infracción administrativa de control e infracción penal es cuando fracasa el control es la prevención de riesgos laborales. Los países que, como España, han desarrollado una normativa importante de prevención para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores pueden observar la importancia de estas regulaciones para prevenir actividades empresariales que desborden los peligros que genera la propia actividad industrial. Toda esta normativa actúa realmente como necesidad de contemplar *compliance programs*, en la medida en que obliga a las propias empresas a desarrollar reglas de cumplimiento obligatorio, cuya inobservancia genera responsabilidad administrativa o, en su caso, responsabilidad penal. Desde el ámbito de la no discriminación de género en las relaciones laborales también se puede observar esta sinergia entre reglas de

cumplimiento de autocontrol de la propia empresa (autorregulación), derecho administrativo sancionador (en este caso de protección social) y derecho penal¹¹.

Por todas estas consideraciones, desde los convenios internacionales sobre criminalidad organizada, corrupción, protección del medio ambiente, financiación del terrorismo¹², principalmente, se introducen disposiciones conminando a los Estados a establecer «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias» para las personas jurídicas cuando desde las mismas se realizan delitos correspondientes a estos fenómenos criminales. Aunque las disposiciones no exijan expresamente una sanción penal, lo cierto es que de manera prácticamente unánime se ha interpretado que se trata de sanciones punitivas, esto es de carácter afflictivo y con efectos preventivos generales y especiales.

3. ¿QUÉ VINCULACIÓN EXISTE ENTRE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CON LOS DERECHOS HUMANOS?

Las líneas divisorias entre las diferentes formas de criminalidad que utilizan estructuras legales se diluyen en las realidades cotidianas de los flujos sociales y económicos. Los «conductores del crimen» (*drivers of crime*) —como los denomina el último informe SOCTA 2017 (UE, 2017, p. 24)—, la tecnología, el contexto geopolítico, lugares clave para el crimen y las estructuras legales de negocios, son los nuevos lubricantes de un sistema de intercambios que nutre todas estas formas de delincuencia organizada y grave. De todos ellos, me centraré en las estructuras legales de negocios y el uso de personas jurídicas —reales y ficticias— dentro del engranaje de las redes criminales. Las fórmulas personas jurídicas o sociedades han resultado ser conceptos jurídicos funcionales para diversificar los riesgos, esconder el origen del dinero, camuflar las actividades ilícitas y transformar las ganancias

11 En Castilla y León un grupo de profesores desarrollamos una investigación interdisciplinar de estudio y propuestas sobre igualdad de género en la negociación colectiva de empresas de la Comunidad. El proyecto culminó con el libro *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva en Castilla y León* (Sanguinetti, 2011), en el que se trataron temas que implican el desarrollo de los derechos humanos de igualdad en lo referente al acoso laboral, el acoso sexual, etc.

12 Hay una serie de convenios internacionales propiciados por las Naciones Unidas que inciden en la obligación de los Estados de establecer sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» contra las personas jurídicas, como la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional (2000), la Convención contra la corrupción de Mérida (2003), la Convención de la OCDE contra la corrupción en transacciones internacionales de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 2002. Además de una serie de acciones comunes y directivas de la UE en materia de criminalidad organizada, delitos contra el medio ambiente, fraude de subvenciones de la UE, etcétera, todos acuerdos internacionales en materia de lucha contra la criminalidad organizada, la corrupción, delitos contra el medio ambiente y terrorismo.

obtenidas de manera ilícita. Toda una serie de funcionalidades que hacen de la persona jurídica un concepto extremadamente dúctil para realizar actividades ilícitas.

En efecto, los delitos graves que se cometen de manera organizada actualmente llevan el sello de una persona jurídica, máxime cuando se trata de fenómenos transnacionales que pueden abarcar diversas legislaciones. De ahí la preocupación de la UE por atajar estos supuestos de utilización de estructuras de negocios legales, con la conciencia de que no estamos ante una criminalidad ordinaria, sino ante entramados financieros que son realizados por expertos profesionales que asesoran a los delincuentes (corruptos, mafiosos, etcétera). Por supuesto que es distinto cuando se trata de meras formas jurídicas encubridoras de actividades ilegales, en cuyo caso podemos estar claramente ante organizaciones criminales (tratamiento penal del art. 570 bis o 570 ter CP) que, cuando se trata de entidades jurídicas con actividad económica legal que por un defecto de organización y en beneficio propio realizan comportamientos delictivos, estamos ante la responsabilidad penal de la persona jurídica (tratamiento penal del art. 31 bis CP).

Ahora bien, lo preocupante es que se dan situaciones híbridas: la utilización de negocios legales y de entidades formales con prestigio económico incluso en el ámbito empresarial por parte de la criminalidad organizada y la corrupción (de la mafia y de los gobernantes y empresarios corruptos). Desenmarañar estos entramados societarios es una tarea ardua de especialistas altamente calificados que juegan a favor de la impunidad. La preparación que requieren los aparatos del Estado para investigar estas construcciones jurídicas no está al alcance de todos los países, de ahí que las transformaciones societarias, el movimiento de los negocios a nivel transnacional y las diversas formas de ingeniería financiera resulten idóneos para sortear los límites de las leyes penales. Esta dificultad se manifiesta más aún ante Estados débiles, ya sea minimizados por los recortes en materia de policías, jueces y fiscales, o porque su institucionalidad es democráticamente débil, en contraposición a los poderosos despachos de abogados que asesoran en la creación, desarrollo y luego defensa de estos entramados, en su caso, de los sujetos imputados y de las empresas implicadas.

Lo cierto es que en todos estos supuestos de utilización de personas jurídicas, ya sea cuando se utiliza para encubrir una actividad claramente criminal como cuando se realizan delitos desde las estructuras de negocios legales, se trata de diversos actores sociales con gran capacidad de influir en la vida social y económica de las personas, por tanto, en los derechos humanos. De ahí que en los últimos años se haya desarrollado la responsabilidad social corporativa, con el fin de dotar a las empresas del siglo XXI con objetivos que vayan más allá de los fines meramente económicos, como actores sociales con responsabilidad social. Las exigencias

sociales de protección del medio ambiente, del respeto a los derechos humanos (contra la explotación laboral, respeto a la seguridad de los trabajadores) proclaman un modelo de empresa que, siguiendo el código de buen gobierno de la empresa sostenible, se caracteriza porque «crea valor económico, medioambiental y social a corto y largo plazo, contribuyendo de esta forma al aumento del bienestar de las generaciones presentes y futuras, tanto en su entorno inmediato como en el planeta en general» (Nieto & Fernández, 2004, p. 1).

El Pacto global de derechos humanos de Naciones Unidas (2000), las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre empresas multinacionales (1996, 2000) y los Objetivos del Milenio son iniciativas internacionales que fomentan la ciudadanía corporativa, invitando al sector empresarial a ejercer protagonismos en temas de responsabilidad social y desarrollo sostenible. El fundamento de todas estas iniciativas se encuentra en la integración de diez principios enmarcados en declaraciones universales, acuerdos y convenios de respeto a los derechos humanos y laborales, la protección al medio ambiente y la lucha contra la corrupción (D'Andreis, 2012, p. 1). Precisamente, se trata de los aspectos de la criminalidad organizada y la criminalidad de empresa que más demandas plantea para la política criminal moderna.

Coincidiendo con D'Andreis, «las empresas tienen una obligación de evitar resultados que dañen a la comunidad, al medio ambiente y deben ser garantes al igual que el Estado de la protección de los derechos humanos, lo cual puede sustentarse en la figura de la posición de garante contemplada en el Código Penal, cambiando la percepción de que ser responsables socialmente es una moda, un lujo o una acción voluntaria y por el contrario debe entenderse como una obligación que ante su incumplimiento por parte de las empresas puede generar sanciones» (2012, p. 2). En efecto, no se trata de un *soft law*, de meras recomendaciones de autocontención o autorregulación, sino de obligaciones reales y tangibles que se expresan en la frontera de los tipos del Código Penal, cuyo incumplimiento ha de desencadenar sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» que pueden ser de carácter penal en los casos más graves o de carácter administrativo en los supuestos menos graves.

Una de las labores más importantes sobre esta materia en los años recientes ha sido la del representante especial del secretario general de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el profesor John Ruggie, cuya misión culminó en marzo del 2011 con la publicación de los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'» (ONU, 2011, p. 2). Se trata de un documento conformado en tres partes: 1) el deber del Estado de proteger los derechos humanos; 2) la responsabilidad de

las empresas de respetar los derechos humanos; y 3) el acceso a mecanismos de reparación. Esta especie de silogismo resulta sumamente interesante para explicar el fundamento de dicha responsabilidad y su finalidad, en este caso centrada en la reparación del daño.

Asimismo, estos principios rectores se basan en el reconocimiento de: «a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento» (ONU, 2011, p. 2). Se trata, precisamente, de fundamentos que expresan los argumentos anteriormente desarrollados: si el Estado tiene el deber de proteger los derechos humanos y las empresas como agentes económicos y sociales también están obligadas por ley a respetar los derechos humanos; ergo, el Estado está en el deber de establecer consecuencias jurídicas cuando las empresas incumplan y ocasionen daños a los derechos humanos. Es más, el documento va más allá, pues admite que «estos Principios Rectores deben aplicarse de manera no discriminatoria, prestando atención especial a los derechos, necesidades y problemas de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones con mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación» (ONU, 2011, p. 4), con lo cual hay una especial referencia a los sectores vulnerables, esto es, los más desfavorecidos que presentan mayor debilidad en las relaciones sociales.

El principio N° 1 reza: «Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia» (ONU, 2011, p. 4). Toda una declaración de principios en la que se concentran las bases para exigir responsabilidad a las personas jurídicas, tanto penal, como administrativa o civil. En primer lugar, queda claro que las empresas, de acuerdo al principio de libre competencia, no pueden sustraerse de las reglas sobre respeto a los derechos humanos vigentes en un país. Las empresas, al igual que cualquier ciudadano, están sometidas al imperio de la ley y a la vigencia de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución del Estado. En segundo lugar, el Estado, que posee el monopolio de la tutela de los derechos ciudadanos, está en el deber de establecer regulaciones apropiadas para «prevenir, investigar, castigar y reparar» las violaciones de derechos humanos efectuadas por las empresas. El sometimiento a la justicia estatal es un imperativo que deviene del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva y a la necesaria protección de las víctimas que han sufrido vulneraciones a los derechos humanos por los incumplimientos legales graves de las empresas.

Merece especial atención la obligación del Estado de «prevenir, investigar, castigar y reparar» las violaciones de los derechos humanos perpetradas por las empresas. Como se ha puesto de manifiesto líneas arriba, cuando se trata de prevenir y castigar estos comportamientos, normalmente no se exige una obligación de sancionar *penalmente* a las empresas, pero si conjugamos prevención con sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias», indefectiblemente iremos al ámbito penal de la consecuencia jurídica del comportamiento corporativo, toda vez que hoy en día el derecho penal es el encargado de dar el mensaje social de los límites entre lo prohibido y lo permitido, especialmente cuando se trata de comportamientos graves que se realizan en el ámbito de los negocios, como son las violaciones a derechos humanos, sin olvidar las posibles consecuencias individuales, esto es, la responsabilidad penal personal de directivos, administradores u otros, que pueda concurrir paralelamente y conlleve incluso penas de prisión, si fuera el caso.

La criminalización de las conductas lesivas a los derechos humanos por parte de los Estados resulta necesaria en los supuestos más graves (intervención mínima), en cuanto condición práctica imprescindible para una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales (Vigano, 2013, p. 323). El ejercicio público de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal garantiza una tutela reforzada frente a delitos graves como los que tratamos. Normalmente las víctimas en supuestos de violaciones de derechos humanos son individuos débiles frente a los abusos de otros más fuertes¹³, máxime si se trata de grandes empresas nacionales y transnacionales. Como sostiene Vigano, «precisamente por esta razón necesita un apoyo de los poderes públicos para obtener la reparación del daño causado» (p. 324). Además, desde la teoría de la pena, el carácter penal de la respuesta resulta aún más justificado. Ciertamente, el principio hace alusión a la finalidad reparadora a la víctima, con lo cual pareciera que el mensaje correspondiente es el de la reparación civil, pero realmente esta puede estar perfectamente asociada a la sanción penal y pueden ser acumulativas, porque responden a finalidades diferentes. La pregunta es si la prevención eficaz de las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas puede hacerse por fuera del derecho penal (huida del derecho penal).

Sobre la obligación del Estado de proteger de manera eficaz con la investigación y castigo proporcional por las violaciones a los derechos humanos de los agentes

13 Piénsese en las víctimas de vertidos contaminantes por parte de empresas, por ejemplo, o la explotación laboral de los seres más débiles. Las dificultades que tienen estas personas para denunciar estos hechos son palpables, por lo que la tutela de sus derechos humanos por parte del Estado resulta aún más acuciante.

del Estado y de otros terceros, se han ocupado extensamente tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos. Es verdad que en la mayoría de casos las sentencias han estado referidas a los derechos humanos vulnerados por agentes del Estado, pero es posible traspasar toda esta doctrina también a los supuestos en que los agentes vulneradores sean empresas o entes colectivos, en la medida en que son terceros sobre los cuales el Estado tiene también la obligación de hacer responder. Los tribunales internacionales consideran como asunto central el asegurar que el Estado cumpla correctamente su tarea de prevenir de manera efectiva las violaciones materiales a los derechos humanos dentro de su jurisdicción. Con el fin de realizar una prevención efectiva, entienden que la sanción criminal cumple la función eminentemente pública de prevención general, al enviar un mensaje general de evitar futuras violaciones, y prevención especial, a fin de que los propios condenados no vuelvan a realizar la vulneración. Es más, en reiterada doctrina se pone el acento en la posible omisión por parte del Estado, lo cual conllevaría su propia responsabilidad, algo que puede suceder cuando se produce la impunidad de los autores de la violación, o con una pena demasiado débil (digamos que simbólica, solo para sostener que formalmente está castigando el hecho) al ser equivalente a una impunidad (Vigano, 2013, p. 325). Ergo, una tutela proporcional y efectiva de los derechos humanos obliga a la criminalización y sanción penal de las empresas que realizan graves violaciones a los derechos humanos. Por consiguiente, paralelamente a la obligación de reparar el daño causado, se presenta la obligación de sancionar penalmente por las violaciones de derechos humanos de las empresas.

Los principios rectores también hacen alusión a los riesgos para los derechos humanos que pueden desencadenar las empresas en su actividad económica y su obligación de contención. Esto es importante porque las empresas y muchos entes colectivos poseen una dinámica propia y son agentes económicos y sociales relevantes en la esfera pública. La obligación de que las propias personas jurídicas sean responsables de la contención de los riesgos que ellas mismas desencadenan es uno de los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El principio de injerencia reza que quien desarrolla un riesgo tiene la obligación de mantenerlo dentro de la esfera de lo permitido; de lo contrario puede generar responsabilidad (principio del riesgo permitido). Este principio es más comprensible aún si el riesgo generado es para desarrollar una actividad en provecho propio, como es la actividad económica de la empresa. De ello se ha derivado la necesidad de autocontención y el desarrollo de los programas de cumplimiento preventivo de ilícitos, también llamados *compliance programs*. Desarrollar códigos éticos al interior de las empresas se ha convertido en un imperativo propio de la responsabilidad social corporativa desde hace unos años. Ahora bien, el peso que

han de tener dentro de la responsabilidad penal de las empresas es algo a discutir aún.

Los principios rectores se ocupan del tema en el Principio N° 19: «Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas» (ONU, 2011, p. 25). En el comentario del propio documento queda muy clara la obligación de desarrollar medidas de prevención y control dentro de la empresa para conjurar la posibilidad de vulnerar derechos humanos: «Una empresa que provoque o pueda provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos debe tomar las medidas necesarias para ponerles fin o prevenirlos» (p. 26). Esto es muy evidente en el ámbito del medio ambiente o la seguridad de los trabajadores en su actividad laboral; de lo contrario, la empresa tendrá que reparar el daño causado. Precisamente a los efectos de que se pueda agenciar una sanción patrimonial reparatoria acorde con el daño concurrente y la capacidad económica de la empresa, es que se entiende asimismo la necesidad de una responsabilidad directa y autónoma de la sociedad¹⁴.

4. ¿LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS REALIZA UNA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Se puede decir que todas las razones u objetivos político-criminales que llevaron al cambio de paradigma en la legislación española en el año 2010, de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (con la incorporación del art. 31 bis CP) no solo persisten, sino que se han acrecentado. Los hechos de la realidad criminal actual en España, donde se observa un protagonismo del uso de las fórmulas societarias para encubrir negocios ilícitos, especialmente en las diversas formas de corrupción pública y privada, demuestran que la persona jurídica sigue siendo el instrumento dúctil para llevar a cabo conductas de enriquecimiento ilícito. Continuamente se destapan tramas económicas de corrupción en las que se utilizan diversas estructuras legales para delinquir. Lamentablemente, en estos casos la amenaza del castigo es inversamente proporcional al aumento delictivo, en

¹⁴ Las leyes han contemplado mayormente multas, como es el caso de Bélgica o Suiza, pero también el decomiso de las ganancias obtenidas, en muchos casos encaminadas a reparar a las víctimas por los daños ocasionados con el delito. También el artículo 27 del decreto legislativo 231/2001 de responsabilidad administrativa del ente, «De la obligación por el pago de la sanción pecuniaria responde el ente con su patrimonio o con el fondo común». Ver más ampliamente De Simeone, 2012, p. 245.

clara trayectoria divergente con el punitivismo que se reclama para la criminalidad común, porque se trata de la llamada criminalidad de cuello blanco o criminalidad de los poderosos (Zúñiga, 2012, pp. 27-47)¹⁵. A partir de aquí desarrollaré los argumentos que me llevan a señalar la benignidad de la regulación actual española sobre responsabilidad penal de las personas, y como esta respuesta débil del Estado español representa un incumplimiento de los acuerdos internacionales sobre la obligación de tutelar los derechos humanos frente a las violaciones por parte de las empresas.

Sin ánimo de extenderme en el análisis de la regulación del art. 31 bis CP, porque este no es el lugar para ello, señalaré concretamente los aspectos que me llevan a señalar que se está construyendo un derecho penal del amigo para las personas jurídicas (Mantovani, 2008, pp. 240-242)¹⁶. Efectivamente, así como se ha postulado un derecho penal del enemigo para los terroristas y contra la criminalidad organizada, la política criminal contra las personas jurídicas parece ser benigna, valoración que hago sustentada en los siguientes argumentos.

En primer lugar, una cuestión que ha llamado la atención es la ausencia de agravantes. Mientras existe un catálogo de atenuantes, en ningún momento la legislación planteó la posibilidad de agravantes. Es sabido que para determinar las penas los códigos suelen contemplar una serie de agravantes y atenuantes con el fin de adecuar las sanciones a la responsabilidad individualizada del autor. En el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador solo ha contemplado la posibilidad de morigerar la pena, nunca de agravarla, algo que dice del rigor penal —no tan exacerbado— para estos casos. No se ha contemplado ni siquiera el agravante de reincidencia. El nuevo art. 31 bis 2. CP se extiende más bien en un catálogo de causas de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuando esta deriva de la actuación de los directivos, siendo esta forma de responsabilidad derivada la que debería concentrar el mayor reproche penal, dado que se trata de las personas que tienen el poder de control y decisión dentro de la organización.

Lo que ha levantado la voz de alerta sobre buena parte de la doctrina es la reforma de 2015 del art. 31 bis, que cambia la incidencia de los *compliance programs*

15 No puedo analizar en este trabajo las razones de ello, importantes pero complejas, aunque son las propias del concepto desarrollado por Sutherland de la asociación diferencial en el «delito de cuello blanco» o la delincuencia de los poderosos; esto es, mayor prestigio si consiguen vulnerar las normas, una situación social que les garantiza mayor impunidad, poco remordimiento de sus acciones, persistencia en la vulneración de las leyes, desconfianza en las instituciones, etcétera. Todas ellas divergen socialmente de la categoría de la criminalidad común.

16 Sobre el *derecho penal del amigo*, ver también Vidales, 2013, para quien existe un derecho penal privilegiado en relación a determinadas manifestaciones de la delincuencia.

en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pasándolo de ser un atenuante a considerarlo una eximente de responsabilidad. Como sostiene Quintero Olivares, «el objetivo de la nueva modificación parece destinado a hacer casi imposible la imputación de personas jurídicas, así como a favorecer el consumo de catálogos de normas de conducta o programas de prevención, cuya sola existencia puede actuar como cortafuegos» (Quintero Olivares, 2016, p. 47). Los programas de cumplimiento han tenido un peso específico en las legislaciones del derecho comparado —como en la ley italiana o la ley suiza (responsabilidad por defecto de organización)— para modular la sanción, en la medida en que una empresa que se preocupa de establecerlos y llevarlos a cabo demuestra una real disponibilidad para prevenir delitos. Sin embargo, tampoco pueden considerarse para una exención de responsabilidad, puesto que ello constituiría una puerta abierta a la impunidad. De hecho, muchas de las empresas que han delinquido tenían programas de cumplimiento, lo que no fue óbice para delinquir. Por tanto, del hecho que sea recomendable, necesario y aconsejable que las empresas implementen medidas de autocontrol, compliance programs, incluso que su incumplimiento genere responsabilidades administrativas, a que por el solo hecho de que se implementen, aunque sea con «eficacia», y exonere de responsabilidad penal a las personas jurídicas es dar un gran paso hacia la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.

Asimismo, llama la atención que la primera sentencia condenatoria de responsabilidad penal de la persona jurídica sea por un caso de tráfico de drogas (STS 154/2016, 29 de febrero), para lo cual no era necesario esta nueva regulación, pues ya existían las reglas de las consecuencias accesorias del art. 129 CP desde 1995, aplicadas parcamente para los supuestos de criminalidad empresarial «en provecho de la persona jurídica», para la cual ha sido pensada la normativa del art. 31 bis CP.

Como sostiene Carbajo, la delincuencia de la corrupción pública y privada que encontramos en la realidad actual demuestra la ineficacia de los códigos de buen gobierno y demuestra que se precisan medidas del Poder Legislativo para establecer obligaciones que favorezcan la gestión diligente y comprometida con el interés de la empresa y la sociedad (Carbajo, 2012, p. 289). A falta del cumplimiento de protección de los Estados nacionales, se requieren nuevos mecanismos de responsabilidad civil, administrativa y penal para los casos de incumplimiento que configuren un nuevo movimiento de neo-regulación o re-regulación impulsado desde los organismos internacionales.

Ciertamente, el desiderátum de algunos sectores empresariales es el de la nula injerencia de los poderes públicos en el ámbito empresarial, pero esto solo favorece a las empresas fuertes y, como la experiencia enseña, no ayuda a prevenir comportamientos que afectan los derechos humanos, como la explotación laboral,

sexual, daños al medio ambiente, entre otros. Establecer sanciones penales para las personas jurídicas supone un fortalecimiento y no un debilitamiento del derecho penal económico y financiero (Ontiveros, 2017, p. 145), en la medida en que el llamado de la norma penal como garante del respeto a las reglas económicas genera confianza en el mercado y finalmente garantiza una libre competencia entre las empresas. Esto es evidente, especialmente en el ámbito de la corrupción pública y privada, en la medida en que las empresas favorecidas por los poderes corruptos concurren con ventajas ostensibles frente a las que no entran en el juego sucio de la corrupción, que se encuentran claramente perjudicadas.

5. CONCLUSIONES

1. Las razones político-criminales que impulsaron al legislador español a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010 —esto es, que un porcentaje altísimo de delitos socioeconómicos se cometen en el ámbito de las personas jurídicas, que es necesario evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades, que se debe prevenir futuros comportamientos corporativos que puedan dañar bienes jurídicos importantes y que quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo— permanecen vigentes y obligan a los Estados a la tutela de los bienes jurídicos.
2. Desde el prisma de los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales como la OCDE se encuentran comprometidos en establecer una serie de obligaciones a los Estados para «prevenir, investigar, castigar y reparar» estas vulneraciones cuando las realizan las empresas. La seguridad, el desarrollo humano y los derechos humanos van de la mano y, por tanto, existe un especial interés en evitar la impunidad de los comportamientos contrarios a la ética del mercado que se despliegan desde las empresas y vulneran los derechos humanos de los más débiles.
3. De acuerdo a una serie de convenios internacionales, los Estados están en la obligación de contemplar sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» contra las empresas que realicen comportamientos que se puedan encuadrar en la corrupción privada y pública, delitos contra el medio ambiente, explotación laboral, discriminación, financiación del terrorismo, criminalidad organizada, entre otros. Ello significa la criminalización de los hechos más graves, dejando la sanción administrativa para los supuestos de control de riesgos e infracciones menos graves.

4. El legislador español introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, pero en 2015 realizó una reforma que limita notablemente la punición de las personas jurídicas, al establecer una serie de exenciones cuando los hechos provienen de conductas imputables a los directivos y, lo más criticable, cambiar la valoración de atenuante a eximente el hecho de que la empresa contemple *compliance programs*, dejando una puerta abierta hacia la impunidad, con lo cual el Estado español incumple sus obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos.

LA POLÍTICA CRIMINAL EN CONTEXTOS PLURALES: BOSQUEJO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL INTERCULTURAL DESDE EL PERÚ

Antonio Peña Jumpa

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto clásico de política criminal. 3. La realidad plural del Perú. 4. Los límites de la política criminal clásica en el Perú plural. 5. La parcial solución desde el sistema penal peruano. 6. Bosquejando una política criminal intercultural. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El contexto plural de países como el Perú permite pensar el derecho penal y, específicamente, la política criminal que lo guía en forma diferente a la concepción regular o clásica en que se diseñan y aplican.

El derecho penal y su política criminal se diseñan y aplican, normal y globalmente, a toda una sociedad teniendo en cuenta su nivel nacional, sin distinguir la compleja pluralidad que caracteriza su interior. Tanto el contenido de la política criminal como el de las normas penales —en especial el Código Penal— siguen esta metodología de modelo nacional o general de un país. Este modelo supone la existencia de relaciones sociales homogéneas entre sus miembros que pueden asimismo ser reguladas penalmente por igual.

Sin embargo, el modelo de sociedad concebido, el derecho penal y la política criminal en que se fundamenta se manifiestan de manera diferente. No hay una

sociedad general, homogénea, sino una pluralidad de sociedades, por lo que no es posible asegurar la corrección de una política criminal sobre un tipo de delincuencia determinada si no se tiene en cuenta la pluralidad de sociedades que caracteriza esa sociedad general o el país. La determinación de la criminalidad o delincuencia tiene tras de sí un componente cultural, lo que hace indispensable tomar en cuenta la pluralidad cultural del país. El tema se complica más si es que a esta diversidad cultural se le suma la pluralidad de grupos humanos estratificados social y económicamente. De acuerdo a ello, la política criminal sobre un tipo de crimen o delito tendría que considerar los aspectos culturales, sociales y económicos.

En las páginas siguientes reflexionaremos —a partir de este contraste de perspectivas— sobre la concepción de la política criminal que guía el derecho penal en países con contextos plurales. Para ello, partimos del concepto clásico de política criminal. Luego, describimos el contexto plural del Perú, que constituye nuestro referente de estudio, para seguidamente analizar los límites del concepto clásico de política criminal en dicho contexto. Finalmente, nos ocuparemos de la búsqueda de nuevas alternativas para el entendimiento de la política criminal en contextos plurales como el peruano, adelantando el concepto de política criminal intercultural en su bosquejo.

El presente trabajo parte de la siguiente hipótesis: la política criminal que guía el derecho penal de países como el Perú tiene como base un modelo de sociedad homogénea de nivel nacional. Sin embargo, este modelo encuentra limitada su aplicación práctica en contextos plurales, donde la diversidad cultural se ve complementada por la estratificación social y económica.

2. EL CONCEPTO CLÁSICO DE POLÍTICA CRIMINAL

El profesor Hurtado Pozo define la política criminal como «la reacción organizada de la colectividad [o sociedad] frente a las acciones delictuosas (*latu sensu*) que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico» (Hurtado, 2005, p. 59), definición que sintetiza la concepción clásica de la misma. Adicionalmente, el mismo autor, citando a Prado (1985) y a Ancel (1975), indica que todo sistema social tiene una política criminal, y que «cuando más evolucionada es la sociedad, la política criminal deviene en una estrategia frente a la delincuencia, elaborada a partir de los datos y las enseñanzas aportadas por la observación objetiva» (Hurtado, 2005, p. 59).

A su vez, en la misma cita se suma el ámbito de acción de la política criminal y los objetivos que dicha disciplina pretende alcanzar: «La misma denominación [de política criminal] es utilizada para designar la disciplina o el método de estudio de la reacción contra la criminalidad, tal como es, efectivamente, practicada. Es tarea de esta disciplina describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia» (Hurtado, 2005, p. 59).

Siguiendo lo anterior, sintetizamos el concepto de política criminal en los siguientes términos: la política criminal es la disciplina o método de estudio que se ocupa de analizar y comprender, a través de evidencia empírica, la reacción de la sociedad (en su sentido colectivo) contra la criminalidad (entendida en su sentido de acción delictuosa), con la finalidad de determinar los lineamientos o estrategias orientados a controlar eficazmente dicha criminalidad para que no afecte la cohesión y el desarrollo armónico de dicha sociedad. Cabe mencionar que lo interesante de esta definición es la estrecha relación entre la política criminal y la sociedad; específicamente, porque esta última será la encargada de definir aquella, a través de las características de su reacción colectiva frente a la criminalidad. Para comprender dicha reacción se recurre al análisis de las siguientes fuentes de información: denuncias sobre delitos registradas en las comisarías a nivel nacional, las quejas públicas de los ciudadanos, el discurso y su cobertura de los medios de comunicación y en las redes sociales, así como aquellos datos relevantes durante la intervención o investigación de los agentes policiales.

Además, en cuanto al objeto y fin de la política criminal, se concluye que el estudio de la reacción de la sociedad contra la criminalidad tiene la finalidad de controlarla y prevenirla. De ahí que su objeto consista en controlar la criminalidad a partir de la reacción de la misma sociedad, con la finalidad de mantener la cohesión y el desarrollo armónico de la misma. En otras palabras, la política criminal busca mantener a la sociedad en su sentido de cohesión y desarrollo armónico.

En ese sentido, la definición de política criminal, entendida como el estudio de la reacción de la sociedad contra la criminalidad para mantener su cohesión y desarrollo armónico, tiene como inicio y fin a la sociedad.

Al respecto, cabe resaltar que se parte de un presupuesto idealista de sociedad, es decir, de la creencia de que al interior de esta sociedad existen o predominan relaciones armónicas y de cohesión entre sus miembros. Además, presupone a la sociedad como aspiración o paradigma, ya que el sentido armónico y de cohesión es posible en una sociedad homogénea, en la que, dadas las condiciones de cierta igualdad entre sus miembros, no predominan o no existen motivos para que predominen los conflictos, sino que se concibe a la sociedad como el conjunto integrado de sus miembros como *unidad*. Si bien siempre es difícil establecer una unidad absoluta, su cohesión y desarrollo armónico se puede establecer por una mayoría significativa o por el colectivo la identifica.

3. LA REALIDAD PLURAL DEL PERÚ

El Perú, con una población aproximada de 31 millones de habitantes¹, tiene en sus antecedentes históricos un pasado cultural y plural muy valioso. En su territorio existieron y se desarrollaron numerosos grupos culturales. Desde la era incipiente, del periodo preagrícola (9000 a 4000 años antes de Cristo) hasta la era de apogeo, en su período imperialista (1440 a 1532 años después de Cristo), incluyendo las eras de desarrollo y florecimiento, y los períodos de agricultura temprana, formativos, de culto, experimentales, de desarrollo, expansionistas y urbanistas, el Perú tuvo decenas de grupos culturales que poblaron su territorio (Mason, 1968, 1978). Por ejemplo, algunos de los que se establecieron en los Andes y en la costa peruana fueron los paracas, los chavín, los nazcas, los tiahuanacos, los waris, los mochicas, los chimús, los aimaras y los incas o quechuas. A ellos se suman otras decenas de grupos culturales que poblaron y pueblan la Amazonía, como los ashánikas, los aguarunas, los kandozis, los shapras, los shipibos, los quichuas, los yaneshas, entre más de sesenta grupos étnicos².

Posteriormente, el arribo de los españoles y otros europeos desde 1532, así como la migración forzada desde el África y Asia, supuso el incremento de la diversidad de grupos culturales en territorio peruano. A raíz de esta migración, los grupos culturales originarios derivaron en dos clases: aquellos que se mantuvieron como unidad y de cierta forma «puros» (bajo la identidad de una mayoría identificada como tal); y aquellos que se mezclarían con los grupos culturales migrantes o entre ellos mismos. Los primeros pueden encontrarse en los Andes, en cientos de comunidades quechuas y aimaras, así como en la Amazonía en las decenas de grupos étnicos organizados igualmente en comunidades. Por su parte, los grupos culturales mestizos se encuentran distribuidos en las grandes ciudades del Perú y en las áreas rurales donde los grupos prehispánicos se unieron a los descendientes de europeos, africanos y asiáticos. Cabe mencionar que en este último proceso de mestizaje también es posible que se hayan mantenido grupos «puros» desde los migrantes, como es el caso de los «criollos» identificados como los «blancos» peruanos de origen europeo. En ese sentido, el Perú es un país integrado por esta diversidad de grupos culturales, distribuidos a lo largo del territorio nacional.

Por otro lado, a la diversidad cultural mencionada se suma la diversidad socioeconómica, menos histórica, pero igualmente notoria. Esta diversidad se basa

1 Exactamente la población del Perú es calculada en 31 millones 488 mil 625 habitantes al 11/07/2016. Ver <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-peru-tiene-una-poblacion-de-31-millones-488-mil-625-habitantes-9196/> (visitado el 10/07/2017).

2 Ver por ejemplo el mapa cultural presentado por Hans Jürgen Brandt sobre las familias lingüísticas y grupos culturales vinculados a su lengua, en el capítulo «Ordenamiento, conflicto y sanción en comunidades nativas de la Amazonía Peruana» (1986, pp. 25-88).

en la estratificación de la población según sus niveles de ingreso económico, acceso a los servicios públicos (como la salud, la educación y la justicia), condiciones de consumo en diversión, vestidos y viajes, y forma de participación en gremios u órganos de gobierno del Estado.

Ahora bien, la diversidad socioeconómica está muy relacionada con la diversidad cultural o étnica. Por ejemplo, algunos estudios internacionales³ normalmente identifican a quienes tienen más ingresos, mejores servicios y mayor participación en las decisiones del gobierno con la población «blanca» o criolla, que constituye menos del 10% de la población nacional. Debajo de este grupo se ubica un estrato o clase media, integrada mayormente por personas mestizas, con altos ingresos debido a su condición profesional y a su acceso a una educación superior. Ambos grupos constituyen un 30% de la población nacional. Por su parte, el 70% restante de la población peruana se distribuye en un estrato o clase pobre o semipobre, cuyos ingresos no alcanzan para cubrir una alimentación adecuada sostenible ni para acceder a los mejores servicios públicos en salud, educación o justicia. Precisamente, este último estrato se encuentra integrado por un gran grupo de mestizos y de población originaria de los Andes y la Amazonía.

Al interior de cada uno de los estratos o clases sociales, identificados como «rico», «medio» y «pobre», es posible ubicar, a su vez, otra multitud de grupos humanos o sociales. Así, aparecen grupos humanos identificados con un club de diversión en los niveles de la clase social «rica», o grupos de migrantes (de las zonas rurales a la ciudad) que conforman rondas urbanas para suplir la falta de seguridad ciudadana en los niveles de clase social «pobre».

De ahí que pueda afirmarse que el Perú, con 31 millones de habitantes, es objetivamente un país plural. Esta pluralidad está definida por la existencia de muchos grupos culturales cuyo origen se remonta a miles de años atrás, así como por la presencia de numerosos grupos humanos estratificados según su condición socioeconómica, cuyo origen es más reciente.

4. LOS LÍMITES DE LA POLÍTICA CRIMINAL CLÁSICA EN EL PERÚ PLURAL

La pluralidad cultural, social y económica descrita en el apartado anterior dista mucho del concepto de sociedad en el que se basa el concepto de política criminal esbozado previamente. En las páginas siguientes trataremos de relacionar ambos conceptos, con la finalidad de destacar los límites de una política criminal para países pluriculturales como el Perú.

En ese sentido, la aplicación del concepto tradicional de política criminal en el contexto peruano plantea las siguientes interrogantes:

3 Ver por ejemplo las entradas sobre el Perú en la *Encyclopedia Americana* (1999) o la *Encyclopaedia Britannica* (1986).

- Considerando solamente la pluralidad cultural del Perú, ¿existe una sociedad peruana o más bien decenas de sociedades?
- ¿Cómo identificar un concepto de sociedad en la masa mestiza, estratificada socio-económicamente, que vive el proceso de transformación de las diferencias culturales y socioeconómicas?
- ¿En qué consiste la criminalidad —entendida como acción u omisión delictuosa— en grupos culturales diferentes?
- ¿En qué consiste la criminalidad en un país extremadamente estratificado social y económicamente?

Estas cuatro preguntas generales nos adelantan lo difícil que es establecer una política criminal en países como el Perú. Por un lado, es muy difícil sustentar el ideal de la cohesión o desarrollo armónico de la «sociedad peruana»; y por otro lado es más difícil aún sustentar la concepción de crimen o delito en una diversidad de culturas con estratificación socioeconómica.

Bajo la premisa anterior, destacamos dos limitaciones del concepto de política criminal. La primera consiste en afirmar que no es posible hablar de una única sociedad peruana, sino de varias o decenas de sociedades peruanas. Cada grupo cultural, como los aimaras o los aguarunas, conforma una sociedad en los términos de cohesión y desarrollo armónico promovido desde el concepto de política criminal previamente esbozado. Esto significa, al mismo tiempo, que tras el concepto de sociedad aimara o sociedad aguaruna también encontraremos propios conceptos de crímenes o delitos. De ahí que existan tantos tipos de crímenes sobre una misma materia que fomentan una reacción desde la población, como grupos culturales podemos identificar. De ahí también la necesidad de identificar la pluralidad cultural del país, para saber cuántas políticas criminales se pueden diseñar y aplicar.

Un ejemplo puede confirmar esta afirmación. En los aimaras y en los aguarunas existen propios conceptos de matrimonio. Los primeros permiten la convivencia de la pareja en el inicio del matrimonio, antes de que se produzca su celebración formal ante una autoridad municipal o religiosa, e incluso, pueden tener uno o tres hijos antes de que dicha celebración se produzca. En ese contexto, la unión es concebida como un paso para iniciar una familia, antes que para fortalecer la relación de pareja. En este matrimonio es normal que la mujer sea una menor de 18 años, edad en la que se alcanza la mayoría de edad según el Código Civil del Estado peruano, mientras que el varón puede ser mayor de edad. En tales circunstancias, la edad de catorce o quince años en la mujer aimara puede marcar el inicio de la convivencia, solicitada normalmente por el varón a través del diálogo entre las familias y con el consentimiento de los padres de la mujer quienes, a su vez, tienen en cuenta el consentimiento de su hija. Aceptado el inicio de la

unión, la mujer se traslada a la casa de la familia del varón, donde se iniciará la convivencia (Peña Jumpa, 2006, pp. 223-226). Estos hechos narran el inicio de la institución del matrimonio del grupo cultural aimara, aunque desde otros grupos culturales esta práctica también puede ser entendida de forma diferente, tal como ocurre desde la sociedad urbana limeña en la que dicha situación podría configurar infracciones penales tipificadas como raptó o secuestro⁴ y violación⁵.

Por su parte, los aguarunas conciben el matrimonio de forma semejante a los aimaras. La unión matrimonial es para iniciar una nueva familia, más que para la

4 El delito de secuestro aplicable para el caso, desde una perspectiva de la sociedad urbana limeña y de su política criminal regulada en el actual Código Penal del Perú, puede conducir a la sanción de pena privativa de la libertad no menor de treinta años o de cadena perpetua en el extremo. Así se regula en el artículo 152º, inciso 1º, segunda parte, del Código Penal:

Artículo 152. Secuestro

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

1. La pena será no menor de treinta años cuando:

2. Se abusa, corrompe, trata con crueldad o pone en peligro la vida o salud del agraviado.

3. Se pretexto enfermedad mental inexistente en el agraviado.

4. El agraviado o el agente es funcionario o servidor público.

5. El agraviado es representante diplomático de otro país.

6. El agraviado es secuestrado por sus actividades en el sector privado.

7. El agraviado es pariente, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas referidas en los incisos 3, 4 y 5 precedentes.

8. Tiene por finalidad obligar a un funcionario o servidor público a poner en libertad a un detenido o a conceder exigencias ilegales.

9. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.

10. Se comete para obtener tejidos somáticos del agraviado.

11. Se causa lesiones leves al agraviado.

12. Es cometido por dos o más personas o se utiliza para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

13. El agraviado adolece de enfermedad grave.

14. La víctima se encuentra en estado de gestación.

La misma pena se aplicará al que con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de secuestro, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio, o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

La pena será de cadena perpetua cuando:

1. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años.

2. El agraviado sufre discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia.

3. Si se causa lesiones graves o muerte al agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto.» (negritas adicionadas).

5 El delito de violación resulta gravemente sancionable desde la misma perspectiva de la sociedad urbana limeña y la política criminal regulada en el Código Penal del Estado peruano. La pena

unión de la pareja. Lo particular del matrimonio aguaruna es que la mujer puede constituirse en esposa desde los doce años, y la decisión es tomada por los padres de ella a favor de miembros cercanos de su comunidad. Cabe mencionar que en esta sociedad no existe la obligación de consultar a la mujer y el esposo puede ser también un menor de edad. Además, la convivencia se produce en la casa de la familia de los padres de ella, donde el varón se integra bajo la vigilancia y control de esta familia⁶. Nuevamente, la situación descrita, contemplada desde otros grupos culturales como el de la sociedad urbana limeña, criminalizaría dichos actos: si bien de un lado liberaría a los aguarunas del delito de rapto o secuestro porque la niña o adolescente esposa queda en su vivienda familiar (a diferencia de los aimaras), de otro lado agravaría la configuración del delito de violación por tratarse de una niña o adolescente esposa menor de doce años de edad⁷.

Los casos citados nos muestran las diferencias de una misma institución bajo culturas diferentes y su relación con el concepto de criminalidad. Para los aimaras y aguarunas la unión de la pareja, en la que la mujer puede ser menor de edad, configura su concepto de matrimonio; mientras para otros grupos culturales como el urbano limeño, bajo la política criminal que guía el Código Penal del Estado se trata de delitos serios como el secuestro o rapto y la violación con

puede consistir en pena privativa de dieciocho años para la pareja y los padres de la niña dada en matrimonio. Así se regula en el artículo 170° del Código Penal:

Artículo 170. Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
 6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.
- 6 Entrevista a Felipe Shimbutat Taish realizada en Lima, el 10 de julio de 2017. Ver Peña Jumpa, 2009.
- 7 Siguiendo el sentido del grupo cultural limeño y de la política criminal regulada en el Código Penal del Estado peruano, el delito de violación sexual de la menor de edad que se identificaría en el caso sería sancionado severamente. Tratándose de una menor de 14 años, la pena actual (2017)

participación de los miembros familiares de la pareja. Esta diferente concepción de instituciones jurídicas nos conduce objetivamente a confirmar la relación que existe entre sociedad y criminalidad bajo el componente cultural, pero sobre todo nos permite confirmar la limitación de concebir la existencia de una sociedad a nivel nacional aparentemente cohesionada y bajo un desarrollo armónico. En la realidad, tras los casos presentados apreciamos la existencia de tres sociedades, con su propio concepto de cohesión y desarrollo armónico, donde se incluye la propia concepción de matrimonio o delito, respectivamente.

La segunda limitación consiste en afirmar que la diversidad producto de la estratificación socioeconómica en contextos como el Perú también incide en los conceptos de sociedad y criminalidad. Frente a un 70% de la población nacional identificada como pobres o semipobres y un 30% de la misma población nacional identificada como estratos medios y «rico», es imposible sustentar una relación social cohesionada con un desarrollo armónico. Por ejemplo, si atendemos a los ingresos económicos de los dos estratos identificados, resulta imposible sustentar intereses comunes cuando el segundo estrato (de los «ricos» y la clase media) es propietario de al menos el 70% de los ingresos económicos nacionales; mientras que el segundo estrato (de los pobres o semipobres, que es mayoritario) tiene acceso a menos del 30% de dichos ingresos. Esta desigualdad de intereses se agudiza cuando separamos al estrato más rico respecto de los otros estratos: menos del 10% de la población «rica» es propietaria de más del 50% de los bienes e ingresos económicos del país⁸. En este contexto, el concepto de crimen y delito aparecerá,

es de hasta 35 años de pena privativa de libertad, y en caso la pareja sea un familiar de la menor, la pena es de cadena perpetua. Así se regula en el artículo 173º del Código Penal:

Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.
3. En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

8 Ver por ejemplo la *Encyclopedia Americana* (1999). El dato es confirmado por Oxfam cuando establece que la minoría de ricos en el mundo son dueños del 50% de la riqueza y en el caso de Latinoamérica y el Caribe aboga por una justicia fiscal. Ver los informes de los años 2014 y 2015 de Oxfam: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/justicia_fiscal_para_reducir_la_desigualdad_en_latinoamerica_y_el_caribe.pdf (visitado el 22 de octubre de 2017).

pero será para confirmar la desigualdad, si se sigue el modelo de sociedad general de nivel nacional.

Al respecto, pongamos como ejemplo el caso de la informalidad urbana en la comercialización de productos de arte u ocio. En el Perú, por lo menos el 80% del comercio de DVD sobre música y películas es informal⁹. Existen lugares conocidos popularmente en Lima y el Perú, como El Hueco en el Centro de Lima, donde la actividad comercial se practica cotidianamente, y donde regularmente se realizan intervenciones de fiscalización, «batidas», para incautar la mercancía adulterada. ¿Quiénes específicamente consumen este producto? ¿Por qué lo consumen? ¿Puede ese 80% de la población acceder a los productos originales? Estas son preguntas que no guían la política criminal del Estado. Frente al caso citado, la política criminal vigente identifica la comisión de delitos contra el derecho a la propiedad intelectual, sancionados hasta con ocho años de pena privativa de la libertad¹⁰. Sin embargo, el supuesto hecho delictivo continúa, bajo la vista de todos, sin que la norma y su política criminal se hagan efectivas. ¿Por qué? Porque sería simplemente imposible detener la demanda y los intereses de ese 80% de la población.

El caso citado de informalidad muestra la incongruencia existente entre la política criminal y la actitud masiva «criminal» de la población, ya que aquella no coincide con lo que el colectivo de la población considera como reacción criminal.

9 Si bien carecemos de datos oficiales, esta afirmación es conocida a partir de estudios académicos como los realizados por estudiantes en los cursos de Sociología del Derecho de la PUCP (1993-2017).

10 Esta política criminal se encuentra regulada en los artículos 217° y 218° del Código Penal del Estado peruano. En estos artículos se regula el delito de «reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor» en su forma simple y agravada, bajo los siguientes términos:

Artículo 217. Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:

1. La modifique total o parcialmente.
2. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
3. La comunique o difunda públicamente, transmita o retransmita por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.
4. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.

La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades

Esto es, no sigue lo que la mayoría de la población pobre o semipobre y parte de la clase media considera como una actitud regular al consumir copias de música y películas, ya que el acceso a la música y películas es, para esta población, más importante que el respeto de los derechos intelectuales y económicos de los autores. Si bien la razón principal de esta preferencia es el precio económico del producto, que afecta la calidad, ellos entienden de forma diferente los derechos intelectuales y económicos de los autores. No rechazan ni dejan de reconocer a los autores de la música o película en cuestión; por el contrario, sienten que al acceder a ellos de manera informal los hacen más populares en nuestro medio.

Así, la estratificación socioeconómica del país guía esta falta de cohesión y desarrollo armónico de la sociedad peruana en general y, con ello, la diferente concepción de crimen o delito. Solo un grupo pequeño de la población, menos del 20% identificado con las personas de mayores ingresos económicos, accede o puede acceder a los DVD legales de música y películas, respetando los derechos intelectuales y económicos de los autores, conforme a la política criminal plasmada en el Código Penal. Esto significa que solo un porcentaje menor al 20% de la población nacional se identificaría con esa sociedad general y su política criminal, mientras más del 80% de la población nacional estaría en la situación de supuestos «criminales» o, más bien, se identificaría con otras sociedades y otras políticas criminales.

Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno.

Artículo 218.- Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa cuando:

1. Se dé a conocer al público una obra inédita o no divulgada, que haya recibido en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre, sin el consentimiento del titular.
2. La reproducción, distribución o comunicación pública se realiza con fines comerciales u otro tipo de ventaja económica, o alterando o suprimiendo el nombre o seudónimo del autor, productor o titular de los derechos.
3. Conociendo el origen ilícito de la copia o reproducción, la distribuya al público, por cualquier medio, la almacene, oculte, introduzca en el país o la saque de éste.
4. Se fabrique, ensamble, importe, exporte, modifique, venda, alquile, ofrezca para la venta o alquiler, o ponga de cualquier otra manera en circulación dispositivos, sistemas tangibles o intangibles, esquemas o equipos capaces de soslayar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas, o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos que no están autorizados para ello.
5. Se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales, como si fueran propios, o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos.

5. LA PARCIAL SOLUCIÓN DESDE EL SISTEMA PENAL PERUANO

Ante el problema y los casos planteados, el sistema penal peruano ha brindado algunas soluciones. Para hacer frente a las limitaciones que nos ofrece la diversidad cultural y la estratificación socioeconómica, se han incluido normas excepcionales que buscan paliar penalmente las omisiones de la política criminal general o nacional aplicada en nuestro país. Sin embargo, estas inclusiones han sido parciales y hasta inconvenientes en determinadas situaciones. A continuación, describiremos brevemente cada una de estas propuestas de solución.

Frente a la compleja pluriculturalidad del país, se implementó el actual artículo 15° del Código Penal, conceptualizado como «Error de comprensión culturalmente condicionado». El contenido textual del artículo es el siguiente:

Artículo 15. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Si bien la norma se presta a un análisis dogmático desde el derecho penal¹¹, para los propósitos de nuestro análisis importa apreciarlo en el contexto de la política criminal general de nuestro país. Al respecto, caben algunos comentarios que en gran medida retoman las ideas presentadas en trabajos previos (Peña Jumpa, 2004, pp. 77-78).

1. La excepcionalidad de dicha norma (artículo 15° del Código Penal) frente a un problema histórico nacional y concreto, es de carácter abstracto. Si la pluralidad cultural del país fuera excepcional, cabría la aceptación de la norma como regulación excepcional. Al tratarse de un problema histórico nacional y concreto, que desborda la política criminal, dicha regulación es limitada.
2. La norma citada tiene un contenido etnocéntrico. Como hemos señalado en nuestro trabajo previo, el artículo 15° del Código Penal regula como «error de comprensión del hecho punible» aquello que puede identificar como elemento cultural a un grupo étnico o social determinado (Peña Jumpa, 2004, p. 78). Es decir, se estaría agravando doblemente a la persona de cultura diferente: no solo no se acepta su actitud cultural dentro del sentido o contenido de una política criminal, sino que además se le

11 Ver, por ejemplo, los trabajos de Zaffaroni (1988), Francia (1993), Hurtado Pozo (2003), Villavicencio (2011) y Meini (2007).

estigmatiza como un «error» explicitado en el contenido de excepción de la norma frente a una supuesta cultura «superior» o dominante.

3. El caso suma un problema de búsqueda de pruebas. Como también hemos señalado en nuestra investigación previa, la «incomprensión del hecho punible» debe ser probada con mucha rigurosidad por el inculpado o acusado de cultura diferente, mientras sus juzgadores, por tratarse de materia penal, lo exigirán por ser un tema de interés público y pertenecer a la autoridad central, lo que confirma el dominio de una cultura sobre otra. Al final, la autoridad central siempre tendrá formas de controlar o someter a los miembros de grupos étnicos diferentes (Peña Jumpa, 2004, p. 78).

De otro lado, frente a la estratificación socioeconómica del país, el sistema penal prevé normas que atenúan la pena, mas no eximen de responsabilidad. Casos como el planteado, sobre informalidad urbana en la comercialización de productos de arte u ocio, tendrían como ventaja la aplicación del artículo 45° del Código Penal que regula los presupuestos para fundamentar y determinar la pena. Así:

Artículo 45. El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
2. Su cultura y sus costumbres.
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

El artículo citado también tiene limitaciones para afrontar los problemas de política criminal derivados de la estratificación socioeconómica del Perú.

1. La norma citada (artículo 45° del Código Penal), no trata o cuestiona el tipo penal o la evaluación del ilícito penal, sino la racionalidad al momento de aplicar la pena que corresponde al tipo delictivo. Esto significa que no se pone en duda el hecho punible y sus efectos, como sí ocurre con el problema pluricultural antes referido.
2. Coincide con el problema pluricultural cuando el contenido de la norma aparece como excepcional frente a un hecho que es practicado por una población mayoritaria en el país. En el caso citado, el problema de la informalidad urbana involucra al 80% de nuestra población. Bajo estos porcentajes, la norma en su contenido aparece desbordada.

3. Igualmente, sobre el problema pluricultural el artículo 45° del Código Penal suma un problema de búsqueda de pruebas. La persona vulnerable o limitada social y culturalmente debe demostrar su condición, y forma parte de las facultades de la autoridad central aceptar dichas pruebas e incluirlas en la aplicación proporcional de la norma.

Al final, ambas normas, el artículo 15° y el artículo 45° del Código Penal, no resuelven las limitaciones u omisiones que brotan de la aplicación de una política criminal general y nacional en el Perú. Ambas eximen o disminuyen la responsabilidad penal, o disminuyen la determinación de la pena, respectivamente, pero no reconocen las diferencias culturales en la tipificación del hecho punible o las causas de estratificación socioeconómicas para la comisión de un delito. El hecho es criminalizado o no deja de existir delictualmente, a pesar de esa eximición o disminución de pena.

6. BOSQUEJANDO UNA POLÍTICA CRIMINAL INTERCULTURAL

Tras las preguntas, ejemplos y límites que hemos explicado, aparecen nuevas preguntas y dudas sobre el tratamiento y análisis de la diversidad y las políticas criminales en países como el Perú. Contextos diversos como el peruano configuran un país de multitud de sociedades con posibilidades de multitud de políticas criminales. ¿Es ello posible en la realidad? ¿Es posible fraccionar o multiplicar las políticas criminales y con ello fraccionar o multiplicar códigos penales o sistemas penales?

Una respuesta coherente que sigue la situación de facto de la multitud de sociedades en nuestro país nos conduce a responder dichas preguntas afirmativamente. El Perú nunca fue homogéneo culturalmente, y hoy es menos homogéneo social y económicamente, por lo que corresponde el reconocimiento de una pluralidad de sociedades y, por tanto, de políticas criminales.

Sin embargo, también es necesario sopesar los efectos de un posible fraccionamiento inmediato de ese nivel, que puede conducir a una situación más perjudicial que beneficiosa. En este sentido, la respuesta positiva a las preguntas formuladas nos abre la puerta a otras preguntas que son también de urgente respuesta: ¿cómo llevar adelante ese reconocimiento de la diversidad de sociedades y de políticas criminales en países como el Perú?, ¿es conveniente un fraccionamiento inmediato y, por tanto, que cada grupo humano o social establezca su propia política criminal y códigos penales pasándose solo a una etapa de coexistencia bajo separación de sistemas penales?

Respecto a este segundo grupo de preguntas nuestra respuesta es negativa. Nuestro país, a pesar de su diversidad cultural y estratificación socioeconómica, ha construido hilos de cohesión y desarrollo armónicos que limitan la aceptación de tal fraccionamiento. Se tiene conciencia de un territorio nacional, de una nacionalidad peruana (aunque muy general) y de actividades nacionales como el vóley, el fútbol o la gastronomía, que nos conducen a cierta unidad respaldada por la mayoría de las distintas sociedades que componen la población nacional.

Estos hilos de cohesión nos pueden conducir por una propuesta gradual de cambio o mejora en el diseño y aplicación de una o más de una política criminal en países plurales como el Perú. Existen mayores condiciones de unificación que de separación de la pluralidad de sociedades o grupos sociales. Al margen de una decisión final, que brotará con el quehacer de los miembros de esa pluralidad o diversidad y, particularmente, de la nueva generación de ciudadanos que ha sumado la tecnología como un instrumento adicional de multiplicación virtual de grupos humanos o sociales, proponemos iniciar esos cambios con pequeños puntos de partida, siendo el primero aquel que se basa en la reflexión y reconocimiento de la diversidad cultural. Cabe mencionar que dicha opción no deja de lado el tratamiento y estudio de políticas criminales alternativas frente a la multitud de grupos humanos o sociales conformados por la estratificación socioeconómica, sino que nuestra propuesta inicial busca concentrarse en los grupos culturales.

La identificación del mestizaje y de los grupos sociales que se conforman a partir de la estratificación socioeconómica es muy variable y compleja, por lo que resulta importante continuar comprendiendo dichos grupos, recogiendo información a partir de los casos específicos que se denuncian, investigan o juzgan. En cambio, la diversidad de grupos culturales es más conocida y evidente en sus necesidades, tal como hemos apreciado en los ejemplos del matrimonio aimara y aguaruna antes presentados, y, además, brinda las posibilidades de encontrar el propio origen del proceso de mestizaje y de la estratificación socioeconómica, lo que orienta nuestra decisión de propuesta inicial.

Teniendo en cuenta esta opción, cabe precisarla sometiéndola comparativamente a la discusión de propuestas presentadas anteriormente. Así, frente a la diversidad de grupos culturales o sociedades cohesionadas por interés cultural o identidad étnica, es posible, a su vez, construir dos tipos de políticas criminales. La primera sería una que recoja de forma independiente el interés de cada grupo cultural y, por tanto, configure tantas políticas criminales como grupos culturales se identifiquen. La segunda, una que busque integrar el conjunto de intereses de los grupos culturales a través de una política criminal multisocietal o intersocietal, basada en el componente cultural y que podríamos denominar «política criminal intercultural».

Por otro lado, siguiendo los hilos de cohesión existentes en el territorio del Perú, creemos que a pesar de nuestra diversidad de grupos culturales es posible también optar por una política criminal intercultural. Sin embargo, es importante resaltar que esta opción es compleja y desafiante. Al ser un medio de integración y no de división, solo funcionará en tanto exista la voluntad y condiciones para ella por parte del conjunto de grupos culturales diferentes.

En ese sentido, la política criminal intercultural tendría las siguientes características esenciales:

- Tiene como base la pluralidad de grupos culturales del país. Solo es posible su diseño y aplicación tras la aceptación y ratificación permanente de los diferentes grupos culturales o sociedades cohesionadas étnicamente.
- El diseño y aplicación de una política criminal intercultural no anula la originaria política criminal que caracteriza por naturaleza a cada grupo cultural. Por el contrario, se construye sobre la base de la política criminal de cada grupo cultural.
- La política criminal intercultural hace posible la integración de los diferentes grupos culturales. Es una instancia de diálogo y coordinación que permite tomar decisiones y adoptar acuerdos.

Nótese que la propuesta es solo inicial y, por tanto, parcial. Las características esenciales identificadas solo buscarían bosquejar cómo sería una política criminal intercultural. De ahí que quede pendiente la reflexión sobre su implementación: específicamente, sobre cómo se configuraría el derecho penal o, más precisamente, el sistema penal y, con este, nuestro propio sistema jurídico. Consideramos que será necesario pensar el derecho en su conjunto de manera diferente. Retomando el mismo sentido de integración intercultural, podríamos afirmar que es la oportunidad para pensar en un derecho intercultural basado en la pluralidad de derechos existentes de acuerdo a cada pueblo o grupo cultural.

Nótese también que tal como está bosquejada esta política criminal intercultural, no es muy distante integrarla a lo que conocemos como una justicia intercultural (Peña Jumpa, 2014). Esta, en nuestro concepto, está basada en las mismas características esenciales: surge a partir de los sistemas de resolución de conflictos de los grupos culturales, se diseña e implementa sin desconocer cada sistema de resolución de conflictos de los grupos culturales, y existe y se consolida solo cuando los diferentes grupos culturales dialogan y coordinan sus acuerdos. Este concepto de justicia intercultural es el que da sustento y hace viable el propio concepto de política criminal intercultural.

6. CONCLUSIONES

Podemos concluir que la hipótesis formulada al inicio del presente trabajo se cumple en el caso del Perú. Esto es, la política criminal que guía el derecho penal de países como el nuestro se basa en un modelo de sociedad homogénea y la aplicación práctica de este modelo se ve limitada en contextos donde hay diversidad cultural, social y económica.

Al respecto, las limitaciones que hemos analizado y destacado en relación al concepto clásico de política criminal desde la realidad peruana responden a las siguientes afirmaciones:

1. No es posible sustentar la existencia de una «sociedad» peruana, sino de varias, incluso decenas de sociedades peruanas y con ellas la existencia de varias o decenas de políticas criminales de acuerdo a la diversidad de grupos culturales que históricamente han poblado el territorio del Perú. Desde hace más de 9000 años los grupos culturales han venido construyendo su concepto de sociedad plural o una multitud de sociedades, lo que se diversificó aún más con el arribo de los europeos, africanos y asiáticos a nuestro territorio. Los ejemplos que hemos presentado sobre los matrimonios aimara y aguaruna nos conducen a demostrar la persistencia de esta diversidad.
2. La diversidad de grupos humanos producto de la estratificación socioeconómica en contextos como el peruano también limita los conceptos de sociedad y política criminal. Frente a un 70% de la población nacional identificada como pobre o semipobre y un 30% de la misma población identificada como clase media y «rica» es imposible sustentar una relación social cohesionada y armónica, y menos aún afirmar el respeto de una sola política criminal. El ejemplo anteriormente presentado de la informalidad en el comercio de los DVD de música y películas lo demuestra.
3. El artículo 15° y el artículo 45° del Código Penal no constituyen una solución a los problemas previos analizados, sino solo proveen de una solución parcial. Desde dichas normas no se alcanza a comprender la multitud de grupos étnicos y sociales involucrados en la calificación de los hechos punibles que regulan, haciendo más compleja la aplicación de una política criminal general o de nivel nacional.

Frente a estas limitaciones hemos bosquejado como alternativa inicial el concepto de política criminal intercultural. Considerando que se trata de un concepto por implementar, hemos destacado su conexión inevitable con el debate de códigos y sistemas penales interculturales, que obligan a abordar los conceptos de derecho y justicia intercultural.

BREVES NOTAS SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LOS INICIOS DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

José Hurtado Pozo

Sumario: 1. Introducción. 2. Política criminal. 3. Colonia. 4. Sistemas punitivos en la Metrópoli y en la colonia. 5. Influencia de la Ilustración. 6. Estado débil e inestable. 7. Penas de muerte y crueles. 8. Estabilidad política y represión penal. 9. Orden y tranquilidad. 10. Prisión por deudas. 11. Criterios políticos y morales. 12. Código Penal boliviano. 13. Reglas de policía. 14. Nación homogénea política y culturalmente. 15. Primer Código Penal republicano. 16. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Es lugar común afirmar que todo Estado tiene y practica una política criminal, sin importar si la ha expuesto o no de manera expresa en su programa de gobernabilidad. También lo es que dicha política criminal forma parte de la política general del Estado, de donde se deduce que constituye la forma como sus responsables se representan la manera en la que se debe reaccionar ante la delincuencia y los medios que deben ser utilizados para combatirla.

También es frecuente que, a pesar de esta correcta referencia a la índole política de la reacción estatal, los penalistas no profundicemos en el análisis de los factores sociales y económicos que acondicionan el ejercicio del poder punitivo del Estado. Asimismo, que utilicemos parcamente los estudios realizados por especialistas en ciencias sociales, como historiadores, sociólogos, antropólogos, etnólogos y todos aquellos que abordan directamente el fenómeno social de la delincuencia o el contexto social, económico y político en el que esta se da y desarrolla o se presenta y evoluciona la reacción estatal. Esto último, debido a que, igualmente con frecuencia, los científicos sociales no toman debida consideración de la influencia que puede tener la criminalidad en el desenvolvimiento de la situación social estudiada.

En nuestra condición de juristas, los penalistas hemos dado preferencia a los estudios dogmáticos, participando en la elaboración de un metalenguaje especializado referente al lenguaje de las leyes y de las sentencias de los jueces que las aplican, casi sin preocuparnos de las concepciones políticas de los autores en cuyas obras nos inspiramos y apoyamos para comprender la legislación y menos aún por conocer los fundamentos políticos de las leyes que interpretan los autores foráneos, sobre todo aquellos que aparecen como creadores de corrientes de pensamiento que han producido cambios esenciales de orientación (por ejemplo, finalismo o funcionalismo). De modo similar, la evolución y orientación de las concepciones de política criminal varían de acuerdo a los cambios de la política y de los estudios de las ciencias sociales, por lo que no es nada sorprendente que ahora se hable de política criminal de la «sociedad del rendimiento» en oposición a «la política criminal disciplinaria» (cfr. Sparks & Loader, 2011; Zizek, 2012, p. 30).

Debido a que la actividad de los penalistas (teóricos, jueces, fiscales, abogados, funcionarios, etc.) explica, fundamenta y facilita la aplicación de la legislación penal —uno de los medios de la política criminal estatal—, ellos participan en la aplicación y desarrollo de la reacción del Estado frente a la delincuencia. Por lo tanto, los criterios políticos de los penalistas forman parte, sin duda, del análisis de política criminal.

Conscientes de que carecemos de la formación y experiencia necesarias para llevar a cabo una tarea como la que suponen los párrafos precedentes, nos atrevemos a escribir este artículo con la esperanza de presentar un bosquejo de análisis de un aspecto de la política criminal peruana que vaya en esa dirección y en la espera de incentivar a estudiosos mejor capacitados para que aborden esa tarea.

2. POLÍTICA CRIMINAL

Antes de entrar en materia, consideramos conveniente efectuar las siguientes precisiones. Una de las insuficiencias que hay que destacar es que cuando se define la política criminal se personifica en el Estado —sociedad políticamente organizada— al responsable de las innumerables actividades dirigidas a determinar y controlar los comportamientos de las personas. En este sentido, Kuhn afirma que la «comisión de delitos impone la reacción de la sociedad políticamente organizada. Así, el Estado tiene el monopolio del poder punitivo. Su ejercicio se concreta en la delimitación de lo prohibido y lo permitido, además de la determinación de la sanción a imponer al responsable del comportamiento prohibido. Una de las cuestiones que se plantea actualmente es si la reacción punitiva consiste solo en la utilización de la prisión o si “hay otras maneras” de mantener la cohesión social» (Kuhn, 2012, p. 20). De este modo, se estima que los demás entes o instituciones sociales desempeñan un papel secundario o complementario. Se distingue, entonces, entre el control social de primer nivel, a cargo del Estado, y el control social indirecto o de segundo nivel practicado por las demás entidades.

Tal vez sería conveniente abandonar esta perspectiva para tratar de mejor definir y apreciar el papel decisivo y equivalente que juegan todos los mecanismos de control social. En este horizonte, pensamos que, por ejemplo, en lugar de afirmar que la policía está al servicio de la administración de justicia, digamos, como lo hace Foucault (2013, pp. 1136-1149), que esta se encuentra, por el contrario, al servicio de aquella. La afirmación resulta incomprensible si el término «policía» es entendido de manera restringida como la institución estatal o administrativa, pero si la entendemos en un sentido amplio se trata del llamado «poder de policía», en manos de las diversas entidades sociales que buscan disciplinar, orientar y controlar los comportamientos y las relaciones de los individuos, a los que recurre el Estado recurre para, reforzando su poder, promover y consolidar el bienestar del cuerpo social (González Guarda, 2017, pp. 185 y 190). La administración de justicia refuerza, registra y reviste de formalidad estos mecanismos de control social.

En el siglo XVIII, la monarquía administrativa francesa crea un ente para organizar y canalizar de modo eficaz el control de la población. La finalidad era constituir una instancia de regulación social, vigilancia permanente y corrección del comportamiento de las personas, es decir, una instancia de normalización, de imponer una manera de actuar «normal» (Foucault, 2002, p. 216).

Por ello, la comprensión de la política criminal de un Estado requiere analizar el proceso de formación y afianzamiento del aparato estatal y la manera como este se amolda, explota y modifica los numerosos medios destinados a vigilar y controlar los miembros de la sociedad, tanto de modo directo como mediato.

En este sentido, la cuestión de este breve texto es la de analizar cuál fue «la política criminal» del nuevo Estado republicano, establecido después de nuestra emancipación de la monarquía española. En razón de las restricciones de esta contribución, centraremos nuestra atención al ámbito del sistema de sanciones penales, dejando así de lado, aunque no ignorándolo, el referente a la incriminación de comportamientos delictivos.

3. COLONIA

Lo que sucedió en ese periodo inicial, como no podía ser de otra manera, está estrechamente vinculado al periodo colonial precedente, sobre todo debido a que la Independencia no comportó un cambio sustancial con respecto a las estructuras económicas y los fundamentos básicos de las relaciones sociales. Esto se refleja, por ejemplo, en la subsistencia de una élite social dominante y de una mayoría sometida, conformada por diversos sectores sociales. En el seno de la élite se plantearon tres orientaciones políticas respecto al sistema de organización del nuevo Estado. Una consistía en el mantenimiento de la dependencia con España, a la que se oponía aquella radicalmente partidaria de la emancipación total de la metrópoli colonial. Una posición intermedia patrocinaba que se implantara una monarquía constitucional. Triunfaron los partidarios de la segunda orientación y se instauró el régimen soberanista republicano. En los debates sobre la manera de constituirlo se enfrentaron liberales y conservadores, así como centralistas y federalistas.

Las circunstancias que condicionaron esta situación deben buscarse muy lejos, sin duda en el contexto en el que se originó el proceso que acarrearía la inserción de los pueblos que habitaban el Nuevo Mundo, que sería bautizado con el nombre de América y primigeniamente con la denominación de Indias Occidentales. La empresa descubridora se financió y organizó en un periodo que correspondió a la Edad Media, cuando regía el sistema feudal. Las monarquías entonces existentes no lograron instituir una organización política y administrativa que pudiera ser llamada Estado (cfr. Fiestas Loza & Tomás y Valiente, 2016, p. 109), sino que se da más bien un sistema señorial que, si bien genera diversos conflictos, no implica lo que algunos autores han calificado de «anarquía feudal». Por el contrario, comporta un poder local eficaz, que logró imponer un sometimiento intenso de los sectores sociales dominados (Baschet, 2009, p. 581).

Dicho sistema señorial no significó un conjunto de células señoriales separadas, pues se fueron formando poderes supralocales de acuerdo a intereses y necesidades comunes. Es el caso de la conjunción de los reinos de Castilla y de Navarra, que se unieron para reconquistar los territorios ocupados por los árabes y expulsar a los

judíos y a los jesuitas. La unidad de este sistema señorial feudal fue fuertemente condicionada por la Iglesia católica, que impuso un sistema eclesial caracterizado por el ejercicio de un poder terrenal y la promoción de creencias y valores con pretensiones universales (Manrique, 1995, p. 44).

La conquista del Nuevo Mundo se produjo como acontecimiento culminante de la dinámica feudal, la misma que perduró hasta dar lugar a la modernidad. La conjunción de las fuerzas del sistema señorial y la influencia predominante de la Iglesia condicionaron los fines pregonados de la empresa de conquista y colonización: por un lado, la búsqueda de riquezas a favor de las arcas de la Corona y, por otro, la difusión de la fe cristiana, considerada la única y verdadera (Baschet, 2009, p. 595).

Los contratos y convenios suscritos por la Corona y los responsables de las empresas descubridoras y conquistadores —comenzando con Cristóbal Colón, eran de índole feudal en la medida, por ejemplo, en el que se les otorgaba cierto poder señorial sobre las tierras y los pobladores de los dominios conquistados, en contrapartida a la entrega a la Corona de una parte de las riquezas obtenidas (Millones, 1995a, p. 47). Este régimen perduró hasta que, en vista del poder creciente de los conquistadores, la Corona decidió imponer un sistema administrativo que evitara la pérdida del control sobre los dominios conquistados, para lo cual creó el sistema de virreynatos y envió a sus representantes para que los administraran en calidad de representantes del poder monárquico. Esta organización requirió la instauración de un marco administrativo y legislativo.

Se reconoció entonces la aplicación de la legislación de la Metrópoli en las colonias (*Las Siete Partidas, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, el Fuero Real*) y, en relación con las condiciones y relaciones específicas propias a los nuevos dominios, se dictaron regulaciones particulares que constituyeron las denominadas *Leyes de Indias*¹. Buena parte de estas últimas estaban orientadas a regular la conducta de los españoles frente a los nativos, no solo por considerar que requerían ser protegidos por su condición de inferiores, sino también para que se beneficiaran con la fe y la civilización cristianas.

Igualmente trascendente fue la política desarrollada para controlar a la población nativa, la que, debido a la organización económica del Imperio, vivía principalmente en las zonas rurales. Los centros urbanos incaicos estaban destinados sobre todo a la administración, por lo que los colonizadores buscaron obligar a los nativos a vivir en las denominadas «reducciones», con la finalidad tanto de formarlos a que vivieran en orden según las pautas europeas, como de

1 Consultar textos en: <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/ldb/ldb.html>. Las Leyes de Indias se encuentran en el enlace: http://www.leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.aspx.

mejor organizar el cobro del tributo y de facilitar la evangelización (Pease, 1992, p. 289)².

La labor de los misioneros de convertir a la fe cristiana a los no creyentes nativos comportó cambios sustanciales de índole moral y familiar. Considerando que vivían en la promiscuidad, promovieron la lucha contra los llamados «vicios carnales» para establecer un nuevo orden sexual (Pastor, 2013, p. 165). Impusieron como modelo familiar la «unidad doméstica» de acuerdo a las reglas católicas, con lo que variaron los criterios para determinar y excluir los casos de incesto.

De esta manera, el sistema eclesial —fuerza motriz esencial del sistema feudal— logró imponer sus valores universales a la organización social, económica y política de las colonias. Este universalismo conlleva la exclusión de los valores éticos, religiosos y culturales de terceros y su éxito se debió a que, a pesar de su rigor monoteísta, la Iglesia Católica representaba a Dios en la Trinidad (Padre, Hijo y Espíritu Santo), sostiene el culto a la Virgen María (Madre del Hijo divino) y admite la advocación de numerosos santos (relacionados de manera particular con la divinidad), lo que facilitó su aceptación en pueblos politeístas. Estas circunstancias permitieron comprender el sincretismo práctico que lograron los nativos en relación con sus creencias paganas, y hasta ahora se habla del catolicismo «peculiar» de los pueblos indígenas.

De manera similar, respecto a la vigencia y aplicación de las leyes y los mandatos dictados por la Corona, hay que destacar que estas disposiciones no tuvieron la eficacia esperada debido a que no fueron realmente aplicadas, aunque autoridades y administrados las reconocieran como vigentes («la ley se acata, pero no se cumple»). La Corona, ante las dificultades de asegurar sus beneficios económicos, se esforzó en mantener a las colonias estrechamente sometidas a la Metrópoli, garantizando en su favor el monopolio del comercio marítimo, impidiendo que desarrollaran una economía de producción de mercaderías y acentuando su papel tanto de exportadoras de materias primas (especialmente de oro y plata) como de mercados de los productos metropolitanos (Suárez, M., 2001, p. 253; 2014, p. 43).

Estos intereses económicos condicionaron la designación de los virreyes y demás funcionarios. La «venta de los cargos» desempeñó un papel importante en la implementación de la organización administrativa (cfr. Bronner, en Millones, 1995b, p. 196; y Suárez, M., 2001, p. 258) que realizó la Corona por necesidades de orden financiero, en detrimento del escogimiento en razón de las capacidades personales o en mérito a los esfuerzos desplegados a favor de los intereses del monarca. En todo caso, cada nuevo funcionario español asumía el cargo con la

2 Cfr. Pastor, 2013, p. 182; Espinoza, 1979, pp. 214 y 221.

finalidad de hacer fortuna. Por ejemplo, el virrey elegido se trasladaba a América rodeado de una corte de allegados, quienes buscaban establecerse y enriquecerse bajo el amparo y al servicio del virrey. Con este objeto, realizaban una serie de actividades contrarias a la legalidad y a los intereses de la Corona (García Marín, 2010, p. 761)³, circunstancias que determinaron la degradación del sistema administrativo que la Corona había tratado de instaurar para controlar y consolidar el gobierno colonial. En este contexto se multiplicaron diversas actividades ilegales fomentadas por el sistema complejo de la economía, la tributación y la política, las mismas que tenían lugar en relación con alguna actividad económica importante, por ejemplo, la producción de la plata y la recolección de la renta producida a favor de la Corona y que era defraudada en la medida en que no se remitía lo que realmente se había recaudado por el impuesto del quinto real, después de deducirse los gastos de las diferentes ramas de la administración colonial. Esta situación requirió que se dictaran numerosas medidas para asegurar que se registrara debidamente la circulación de la plata y sancionar a los responsables de la circulación de plata no registrada, pues mediante esta actividad se evadían los impuestos, destinados muchas veces a cubrir gastos debidos al funcionamiento del mismo virreinato. Otra forma de defraudación fue el contrabando en detrimento del monopolio comercial establecido por la Corona, ilegalismo que «se transformó en una institución en el siglo XVIII», y que perjudicó, igualmente, a la economía de los mercaderes locales (Pease, 1992, p. 252).

4. SISTEMAS PUNITIVOS EN LA METRÓPOLI Y EN LA COLONIA

Como en las colonias se aplicaban las mismas leyes que en la Metrópoli —salvo los casos regulados en las Leyes de Indias—, los sistemas punitivos eran, en buena cuenta, los mismos (Batalla Rosado, 1995, p. 73). De acuerdo a los criterios imperantes en los reinos europeos, el soberano personificaba la ley; por tanto, quien la violaba mediante un comportamiento delictivo no solo perjudicaba a la víctima sino también atentaba contra el monarca. La aplicación de las sanciones por los funcionarios en nombre del rey no era percibida como un arbitraje en el conflicto entre infractor y víctima, sino como una intervención «destinada a hacer respetar los derechos de cada uno. Es una réplica directa contra quien lo ha ofendido» (Foucault, 2002, p. 53). De esta manera se restaura el orden y se rechaza el mal ejemplo, reacción punitiva que se materializaba en la previsión y aplicación de sanciones corporales como suplicios y hasta pena de muerte.

3 Sobre el juicio de residencia, consultar García Marín, 2010, pp. 761-775.

La ejecución revestía la misma publicidad y escenificación que en la Metrópoli. Se cita a manera de ejemplo la condena dictada en un caso de homicidio por la Real Sala del Crimen el 7 de enero de 1632, en la que se ordenó que el delincuente debía «ser llevado por las calles de esta ciudad y a cortarle la mano derecha, en frente a la casa donde cometió el delito y después a ser ahorcado» (Suardo, 1935, p. 210). La severidad de esta reacción punitiva fue ratificada y reforzada con la implantación de la Santa Inquisición en América⁴.

La diversidad y la falta de sistemática de la legislación aplicada en el periodo colonial impiden conocer la frecuencia con que se aplicaron dichas penas corporales. Teniendo en cuenta lo que sucedía en Europa, es de admitir que se dio un alejamiento claro entre lo establecido por la norma y la realidad de la aplicación de dichas sanciones, lo que representó cierta atenuación del sistema punitivo (Jiménez de Asúa, 1964, I, p. 699).

La detención o arresto del denunciado o imputado de haber cometido un delito, en una cárcel o lugar de detención, no constituía una pena⁵. En sus inicios se presenta, más bien, como una medida coercitiva de índole procesal, una especie de «detención preventiva», destinada a asegurar la presencia del sospechoso o denunciado hasta el momento de su juzgamiento y de la imposición de la pena corporal. En tanto pena privativa de libertad, era «sustancialmente distinta a la actual» (Palop Ramos, 1996, p. 94). Sus modalidades eran las galeras, presidios o servicios de armas. Como presidio se habló de «presidio africano, americano y peninsular» (pp. 94-96). Este último devino, en los casos graves, en condena a trabajos forzados en obras públicas y, en los leves, en reclusión en hospicios y casas de misericordia. Por lo tanto, respecto a esta época, cuando se habla de cárceles o

4 «El terror como estrategia de gobierno. La ley penal y su ejecución como política. ¿Cómo conseguir que la gente no realice o bien delitos contra la fe o bien delitos de otra índole? —que también de alguna manera son contra la fe, incluso el hurto, puesto que el mandamiento correspondiente, creo que es el octavo, dice aquello de “no hurtar”—. ¿Cómo conseguir eso? Matando a los enemigos de Dios, haciéndonos así amigos de Dios o matando a los enemigos del rey que es el defensor máximo de Dios y el amigo máximo de Dios pues que bastante enemigos de Dios mata. La coherencia me parece muy clara» (Tomás y Valiente, 1996, p. 256).

5 «El estudio histórico-jurídico sobre los orígenes y la naturaleza jurídica de la prisión finaliza a las puertas del siglo XIX, cuando precisamente la ciencia jurídico penal nacida de la Ilustración la redefine y consolida en el ordenamiento jurídico español como medida cautelar, de un lado, y como su más característica forma de sancionar, de otro. La prisión como ‘pena de las sociedades civilizadas’ se impuso entonces a otras penas propias del Antiguo Régimen, porque comenzó a considerarse que la libertad era el único bien que pertenecía a todos de la misma manera (es el castigo ‘igualitario’), y porque incorporaba el elemento de utilidad que comenzaban a reivindicar cada vez con más fuerza los pensadores ilustrados (s. XVIII y XIX)» (Ramos Vásquez, 2008, p. 26).

prisiones no se trata de las penas privativas de libertad instauradas a partir de la gran codificación generada por la Revolución francesa.

5. INFLUENCIA DE LA ILUSTRACIÓN

Las concepciones filosóficas y políticas del Siglo de las Luces inspiraron los movimientos de emancipación americana, a semejanza de aquellos que combatieron y eliminaron las monarquías absolutas europeas. Los principios de libertad, igualdad y confraternidad repercutieron de manera sustancial en el sistema punitivo, en particular contra su crueldad y arbitrariedad.

Este trascendente y revolucionario proceso social estuvo condicionado por la complejidad de las relaciones económicas, políticas y culturales. Respecto al ámbito del sistema punitivo, es de destacar que en la segunda mitad del siglo XVIII la actitud frente a la severidad de las penas, en particular frente a la pena de muerte, cambió sustancialmente. Surgió como necesario, por un lado, el abandono del criterio de que la reacción punitiva constituía un enfrentamiento cruento entre el Soberano y el infractor; por otro, la instauración de un nuevo sistema punitivo que comportara una función general de la sociedad ejercida de la misma manera sobre todos sus miembros y en la que todos estuvieran igualmente representados. Es decir, la organización de un sistema judicial autónomo y un mecanismo eficaz para el ejercicio del poder de policía.

Mediante este poder de policía se controlaba y vigilaba a la población de manera general y continua, dejándose así de lado la reacción individual y espectacular propia a la monarquía, para impulsar un poder estatal que se ejercía con discreción, medida y de modo sistemático. Sin embargo, se mantuvo, por ejemplo, la pena capital, aunque su ejecución dejó de ser pública.

En base al reconocimiento preminente de la libertad como fundamento del nuevo régimen político, se hace de la privación de libertad, factible de ser fraccionada, la sanción moderna y central del nuevo sistema punitivo. Su ejecución fue marcada por el criterio de disciplina de las personas, también promovido por la Ilustración. La privación de la libertad será utilizada para disciplinar corporal y espiritualmente a los detenidos. La persona deviene en el límite del poder punitivo, pero igualmente en el objeto a corregir y transformar.

Esto se puede comprender si se tiene en cuenta que «al nivel de principios, la nueva estrategia se plantea fácilmente en la teoría general del contrato», lo que «supone que el ciudadano ha aceptado una vez por todas, con las leyes de la sociedad, aquella por la que el mismo puede ser castigado. El criminal aparece entonces como un ser paradójal». Viola el pacto, por lo que es enemigo de toda la sociedad, pero participa, igualmente, en la imposición del castigo que padece.

El delito más leve ataca toda la sociedad, comprendido el delincuente, quien participa en la imposición de la más ligera sanción. «El castigo penal es pues una función generalizada, coextendida al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Es entonces que se plantea el problema de la “medición” y de la “economía del poder de castigar”» (Foucault, 2002, pp. 78 y 85).

En Francia, se plantea la cuestión del encarcelamiento como esquema general de la punición al discutirse la elaboración del *Code Pénal*. Por ejemplo, se afirmó: «Si ahora, se pregunta sobre cuál es el sentimiento universal y constante que puede servir de base para establecer el sistema de represión y de penas, todos los seres sensibles responderán al unísono: es el amor de la libertad, libertad, este bien sin el que la vida misma deviene un verdadero suplicio; la libertad tan deseada que ha generado entre nosotros tanto efectos valerosos; libertad, por último, cuya pérdida, a la que se puede agregar la privación de todos los goces de la naturaleza, puede constituir una pena real, represiva y durable, que no altera las costumbres del pueblo, hace más sensibles a los ciudadanos el precio de una conducta conforme a las leyes, pena susceptible además de ser graduada de manera a aplicar a los diversos crímenes y permitir que se observe entre ellos esta proporcionalidad si importante que exigen los diferentes grados de perversidad y de daño causado»⁶.

Esta concepción fue adoptada en la elaboración de los primeros códigos españoles, así por ejemplo en el de 1848-1850, que fue copiado con bastante fidelidad por el legislador peruano al elaborar el primer código republicano de 1863. En la Constitución de 1834, se prevé que «las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo; toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida» (art. 157), declaración que será retomada en las constituciones siguientes.

Bajo la misma influencia, se había descalificado previamente a las penas corporales e infamantes. Así, en el art. 10 de las bases de la Constitución de 1822, se decretó «la abolición de todas las penas crueles y de infamia trascendental». De manera más amplia, se dispuso, en el art. 115 de la Constitución de 1823: «queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El código criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente la merezcan». Esta disposición se reitera en términos similares en las constituciones de 1826 (art. 122), 1828 (art. 129), 1834 (art. 154), 1839 (art. 165) y en el Estatuto Provisorio de 1855. En la constitución liberal de 1828 se prohibió explícitamente el tormento como pena.

San Martín, como Protector del Perú, realizó «una visita general de las cárceles» de Lima (Flores Galindo, 1984, p. 163; Gaceta del Gobierno del 15 de octubre de

6 Foucault, 2013, p. 66, citando a A. Duport, en *Archives Parlementaires*, 1786-1860: 648, col. 1.

1821)⁷. Ordenó además que no se utilizaran más las celdas, llamadas «infiernillos», en las que se detenía a los infractores desde la Colonia. Mediante decreto del 23 de marzo de 1822, firmado por Torre-Tagle (orden de Bernardo de Monteagudo), estatuyó un breve reglamento carcelario (García Basalo, 1954).

Los fundamentos de este decreto muestran claramente la percepción que se tenía de la delincuencia, ideas generales que revelan las tendencias morales, los estereotipos «científicos» y las creencias superficiales de la realidad social. Sin embargo, se observa asimismo la fe en el progreso civilizador y humanitario del nuevo sistema republicano frente a la «barbarie» del reglamento colonial.

Las leyes son consideradas medios incapaces de eliminar la «malicia» (el mal de la delincuencia) y el crimen como un doble mal: la agresión y la pena «aumentan las miserias» que afligen a la sociedad. Con realismo, admiten que siempre se cometerán delitos, más aún que «desgraciadamente es necesario que haya delincuentes, y que estos sean inmolados en las aras de la justicia para disminuir su número».

Así, creen en cierta eficacia de la punición, pero esta que debe ser utilizada adecuadamente. En este sentido, se estima que el «rigor que se ejercita en desagravio de las leyes es santo, cuando es proporcionado a su infracción: más el menor abuso a este respeto, presenta un nuevo culpado en el mismo que administra el poder contra los que lo son». Los abusos en su ejercicio son calificados de propios de los gobiernos despóticos como el colonial, en consecuencia «nada prueba los progresos de la civilización de un pueblo, como la moderación de su código criminal».

Para aproximarse a ese nivel de civilización, en el mencionado decreto se dispone «construir una nueva cárcel en Guadalupe, que consulte la seguridad y el alivio de los miserables que antes han gemido en lugares impropios por su localidad y falta de desahogo» e, igualmente, el reglamento carcelario que, unido al de la administración de justicia, harán extensiva la filantropía del gobierno a las demás cárceles del territorio independiente.

Ese reglamento estaba destinado a regir en todo el territorio, «en cuanto lo permitan las circunstancias locales, y la cantidad de fondos aplicables a este fin», lo que informa de su inaplicabilidad, vista la pobreza de las arcas fiscales, sobre todo teniendo en cuenta que se preveía que toda cárcel contaría con cuatro departamentos: el primero destinado a los «reos de gravedad», el segundo a «las

7 Flores Galindo indica que existirían en Lima tres cárceles llamadas «de Corte, Ciudad e Inquisición», de «estado deplorable». En las que, en realidad, solo estaban encarcelados un número reducido de presos, debido a que la mayor parte de reos purgaban sus penas «en centros laborales: en las edificaciones del puerto, construcciones urbanas... hospitales, la casa de desamparados, las zapaterías y, sobre todo, en los centros de abastos y de elaboración de pan».

mujeres», el tercero a «los niños hasta la edad de 15 años» y el cuarto a «los detenidos por deudas o sospechas que no hayan sido comprobadas» (arts. 1 y 2). Todos estarían a cargo de personal dirigido por el alcaide.

En garantía de la manera como debían ser tratados los detenidos se señalaba, en primer lugar, que los alcaides solo recibirían detenidos por «orden de juez competente librada por escrito» (salvo en caso de *in fraganti* o de noche) (art. 3) y los someterían, pasadas 24 horas, a un reconocimiento facultativo para establecer su estado de salud. En caso de enfermedad, deberían ser trasladados para su tratamiento (art. 8) y en ningún caso podían «tomar para su servicio preso alguno de cualquier clase que sea» (art. 14).

En cuanto a la ejecución de la detención, se estatuyó que las puertas de los calabozos deberían ser abiertas a las seis de la mañana en verano y a las siete en el invierno, «para que salgan los presos a hacer la limpieza de su respectivo departamento, u ocuparse de las demás obras a que se destinen con la debida precaución: las puertas volverán a cerrarse al ponerse el sol» (art. 9). Los incomunicados solo tenían derecho a salir «una hora en la mañana y otra en la tarde, con el centinela de vista que tengan, a respirar un aire libre fuera de sus calabozos, pero sin alejarse de ellos, sino lo preciso para que tengan desahogo, siempre con las precauciones convenientes» (art. 10). Las celdas debían estar en orden, debiendo el alcaide, «a horas intempestivas» visitarlas «cuidando muy particularmente del aseo de las camas y cuartos de los presos» (art. 12). Durante la noche no habrá luz en ningún calabozo, salvo permiso del alcaide (art. 13).

Los presos portarían un uniforme, «todo blanco conforme al modelo que se dará» (art. 17), podrían escribir cartas que el alcaide debía transmitir «del modo que las reciba» (secreto de correspondencia) y recibir visitas de familiares u otras personas «los jueves y domingos», salvo permiso especial (art. 16).

Finalmente, en el art. 20 se disponía que ejemplares impresos del reglamento fueran fijados «en las puertas interiores de las cárceles para conocimiento de los presos».

6. ESTADO DÉBIL E INESTABLE

En las primeras décadas de los inicios de la República, la situación política fue inestable y muy dominada por el militarismo. Económicamente, el Perú era un país rural, con una actividad comercial muy reducida, casi sin productividad industrial, basado sobre todo en las fuerzas de la mayoría de la población indígena, explotada en el campo y en las minas. Esta situación era similar a la de la Colonia, debido a que la instauración del régimen republicano, como ya hemos señalado, no comportó un cambio estructural profundo (Aguirre, 2008, p. 241).

El incipiente Estado era débil, deficiente y afectado por las insuficiencias y lacras de la administración colonial (cfr. Walker, 1990, p. 118). Amplias zonas de su territorio, cuyas fronteras no estaban del todo determinadas, escapaban a su control. Los órganos administrativos coloniales fueron abandonados progresivamente, sin que se implementaran los nuevos debidamente, debido a la inexistencia de un sector social dirigente capaz y fuerte. La «carencia de una clase burguesa hizo de la República en apariencia un Estado burgués» (Flores Galindo, 1979, p. 109; López Soria, 1979, p. 104).

El militarismo caudillista generado por las guerras de emancipación y promovido por los conflictos internos en torno al ejercicio del poder no solo fue un obstáculo para la organización de un Estado liberal y democrático, sino que también fue una fuente de desorden social, manifestado, sobre todo, en la proliferación de bandidos y actos antisociales violentos (Flores Galindo, 1979, pp. 107, 115)⁸.

Para determinar cómo el Estado incipiente e inestable enfrentó la delincuencia de la época y a qué recursos punitivos recurrió, resulta útil, además de otros medios, consultar las disposiciones legales, decretos o resoluciones que dictaron quienes asumieron el poder o los parlamentos que se instauraron⁹. En el Perú, se puede tener como marco referencial general el estatuido en las bases de la Constitución, aprobadas en diciembre de 1822, en las que se fijaron someramente los lineamientos de la nueva organización estatal y se estatuyeron criterios sobre los derechos de las personas. Debido a las limitaciones de un texto como el presente, nos limitaremos a presentar algunos ejemplos con el objetivo de sacar a la luz las concepciones que influyeron en la reacción estatal punitiva.

7. PENAS DE MUERTE Y CRUELES

Para justificar la abolición de la pena de azotes, en un decreto de San Martín, de octubre de 1821, se decía que la «humanidad, cuyos derechos han sido tanto tiempo hollados en el Perú, debe reasumirlos bajo la influencia de leyes justas, a medida que el orden social, trastornado por sus mayores enemigos, comienza a renacer. Las penas afflictivas que con tanta liberalidad se imponían sin exceptuar sexo ni edad, y cuyo solo recuerdo estremece a las almas sensibles, lejos de corregir

8 Cfr. Mathison, 1973, p. 95; Proctor, 1973, p. 119.

9 Los textos de las diversas disposiciones legales citadas y concerniendo el inicio de la República han sido consultados y tomados del enlace: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNoNumE.aspx> (buscadas por fecha de publicación).

al que las sufre, le endurece en el crimen, haciéndole perder enteramente todo pudor, y aun la estimación de sí mismo».

Esta justificación ponía en evidencia una política contraria a las penas afflictivas y, al mismo tiempo, protectora de la dignidad de las personas. Sin embargo, en el art. 3 de este mismo decreto, se reconocía la subsistencia de la esclavitud al decretarse con cierto paternalismo que «ningún amo podrá azotar a su esclavo, sin intervención de los comisarios de barrio, o de los jueces territoriales, bajo la pena de perder el esclavo que probase legalmente haberse infringido esta disposición; y solo empleará castigos correccionales moderados, cómo son encierros, prisiones y otra clase de privaciones». Se ignoraban además los maltratos y abusos que se cometían con los indígenas, sometidos al poder de los encomenderos, hacendados o mineros.

El mismo criterio de rechazo a las penas crueles y corporales se evidenció en la decisión de abolir la pena de horca, suscrita por San Martín y Monteagudo el 3 de enero de 1822. En el art. 1 se estatuyó que «los desgraciados contra quienes se pronuncie la justicia el fallo terrible serán fusilados indistintamente» y, en el art. 2, que los condenados por «altos crímenes de traición o sedición serán ejecutados del mismo modo, con la diferencia de ser puestos en la horca sus cadáveres para hacer más impresivo su castigo», reminiscencia de la pena colonial que buscaba que sirviera de escarmiento general (Batalla Rosado, 1995, p. 74; cfr. Palop Ramos, 1996, p. 93).

Debido a la situación crítica y bélica que reinaba en el país, Bolívar decretó, en marzo de 1824, que toda «deserción sea simple o con circunstancia agravante será castigada con pena capital, cualquiera que sea el número y clase de los que cometiese». Como justificación, se expuso que por «cuanto las medidas suaves empleadas por los jefes del ejército, y por los prefectos departamentales no han bastado para impedir las bajas de los cuerpos por el crimen de deserción protegido en todo tiempo por los mismos pueblos, a las cuales se les ha dispensado de las conscripciones y reclutas; y atendiendo a que la salud de la patria y la conservación del ejército obliga a emplear otros medios, que, aunque fuertes son de una eficacia conocida».

Este derecho de guerra se refería a un «delito militar» por el cual no solo se reprimía la deserción, simple o agravada, sino también el conato (art. 2), no solo a los autores, sino también a los promotores, auxiliares o encubridores, castigados como los mismos desertores (art. 4), y a los «pueblos» a los que se había dispensado de «conscripciones y reclutas» (art. 6). Incluso se llegó a establecer, para quizás asegurar la aplicación de castigos tan graves, que en las «clases» enumeradas en el art. 4 «serán comprendidos los jueces que no acrediten haber perseguido los desertores, y los que supieren el paradero de ellos y no dieren parte» (art. 4, *in fine*).

La deserción era definida de manera confusa definida, estableciéndose sus «límites» en el art. 2 del mismo decreto.

Ante la inseguridad causada por los ataques graves y frecuentes de los «bandoleros» (cfr. Vivanco, 1990, p. 28; Manrique, 1995, p. 62)¹⁰, ya existentes antes de la declaración de la independencia tanto en el campo como en las zonas urbanas, Bolívar decidió, el 24 de marzo de 1825, que se organizase «una partida montada al mando de un oficial, que perennemente cele el orden y tranquilidad». Con lo que se trataba de «precaer los males que, por falta de tropa de línea en esta capital, pudieran suceder, y de la que suelen aprovecharse los malhechores para cometer desordenes» (art. 1). En el art. 2, dispuso que «todo individuo que se aprehendiere robando será pasado por las armas, previo un consejo verbal». Respecto a los demás males estatuyó que los «que se encontraren cometiendo algún otro desorden, o parezcan sospechosos, serán igualmente juzgados por el mismo consejo, y castigados conforme al crimen que se descubriere».

Para comprender esta severidad penal hay que tener en cuenta el contexto político y social, propio de una época en la que no se había logrado consolidar la independencia, amplias zonas estaban ocupadas por las huestes realistas y las masas populares vacilaban entre alinearse —por propia decisión o coaccionadas— a favor de uno u otro bando. Por tanto, no basta afirmar que se trataba del recurso a la pena máxima por parte de un Estado que practicaría «sin saberlo» un derecho penal calificado —en lenguaje de las últimas décadas— como «derecho penal del enemigo».

Comentario aparte merece el proyecto de Código Penal elaborado por Lorenzo de Vidaurre (Hurtado Pozo, 1979, p. 29), quien fue designado por Bolívar presidente de la comisión encargada de redactar los códigos civil y penal de la nueva República. Esta comisión no cumplió su tarea, pero Vidaurre, en 1828, presentó su proyecto personal al Congreso Nacional. Tuvo como criterios rectores que, por un lado, la legislación penal tiene como fin principal evitar que se cometan crímenes y, por otro, que la meta de la pena es «resarcir el mal causado y evitar el venidero» (Vidaurre, 1828, p. 38), pena que, además, debía «ser proporcionada a los delitos» (p. 23). Asimismo, consideró que el delito es el «daño causado a la sociedad con conocimiento» (p. 7) y que la mejor política para evitar

10 La agresividad y osadía de los bandoleros se acentuó debido a que, por pedido o coacción de los caudillos políticos, aumentaron en número y poder. Un caso ejemplar es la invasión y saqueo de Lima por los bandoleros encabezados por León Escobar en enero de 1836, acontecimiento que sucedió cuando Salaverry marchó a combatir a Santa Cruz, propulsor de la Confederación Perú-boliviana, y las tropas de Orbegoso aún no llegaban a Lima. Los bandidos fueron combatidos por marineros provenientes del Callao. Ya vencidos fue capturado León Escobar, a quien fusilaron, sin proceso, en la plaza de armas delante de mucho público.

su comisión es la preventiva (p. 40). En las disposiciones generales del proyecto, no se estableció expresamente qué es el delito. De modo impreciso, se refiere a los medios punitivos y a la manera en que deben ser aplicados. Excluyó del catálogo de infracciones ciertos comportamientos calificados por entonces, indebidamente, de punibles. Ha sido considerado como «el primer paso legislativo» en materia penal (cfr. Jiménez de Asúa, 1926, p. 28).

8. ESTABILIDAD POLÍTICA Y REPRESIÓN PENAL

La inestabilidad política condicionó mucho el dictado de disposiciones legales destinadas a asegurar la existencia misma del Estado, para lo cual se trató desde el inicio de fortalecer la vigencia del orden constitucional. El 20 de julio de 1828, Manuel Salazar y Baquijano, vicepresidente de la República, decretó que quien «infringiere algún artículo constitucional, a más de las penas que le correspondan por las leyes generales y existentes, según los casos y materia de infracción, será suspenso del ejercicio de la ciudadanía, y de cualquier empleo civil, político, militar, o eclesiástico que obtenga, sin poder ser rehabilitado sino por el Congreso».

Sin embargo, esta finalidad política del ejercicio del poder punitivo será especialmente notoria en la represión de delitos graves contra el Estado, como ya hemos señalado anteriormente. Las diversas disposiciones que se dictaron reflejan los cambios frecuentes en la dirección política del aparato estatal.

Así, por decreto del 17 de noviembre de 1826, Santa Cruz derogó el decreto dictatorial del 16 de marzo de 1824 relativo a la desertión, en razón a que «felizmente han variado las circunstancias que dieron lugar» a su emisión (art. 1). En lugar de pena de muerte, al desertor se le impondría, en tiempo de paz, cuatro meses de prisión y ocho años de servicio en su mismo cuerpo (art. 2). El reincidente por segunda vez «sufrirá seis carreras de baquetas¹¹ por doscientos hombres y diez años de presidio u obras públicas» (art. 3). En caso que «tenga iglesia», se le impondrá «un año de prisión en su cuerpo, y ocho años de presidio u obras públicas» (art. 4). Para los promotores, auxiliares inmediatos de la desertión, se prevenían penas de multa (art. 8).

La aplicación de la pena capital fue, nuevamente, precisada mediante decreto del 22 de octubre de 1829, dictado por de la Fuente. En este decreto se enumeraron, primero, art. 1, los casos en los que el Ejecutivo no podía conmutar esta pena: (1) en los homicidios atroces y alevosos, (2) si antes se hubiese conmutado al reo la pena de muerte y (3) cuando la sentencia que la impone admite recurso

11 Castigo militar que consistía en que el condenado corría con la espalda desnuda entre dos filas de soldados que le azotaban.

ordinario en lo judicial. Segundo, se dispone que la pena en cuestión solo pueda ser conmutada en otra que la de destierro o presidio, al menos por seis años (art. 2). Por fin, en cuanto a la ejecución de la pena se ordena que no «se ejecutará ninguna sentencia de muerte, sin comunicarlo antes al Supremo Poder Ejecutivo con el correspondiente informe, para que pueda tener efecto la atribución 30 del art. 90 de la Constitución» (art. 3).

La inestabilidad política y legislativa se refleja igualmente en la regulación procesal. Así, invocando que la «seguridad del Estado requiere que la averiguación de los crímenes de tumulto, sedición y traición, y la imposición de la fecha sean prontas para evitar mayores males, y llegar sin retardo al término que el Gobierno se ha propuesto de consolidar la tranquilidad pública». El 30 de mayo de 1835, Felipe de Salaverry dispuso que esos crímenes «serán juzgados dentro de 24 horas por el Tribunal de la Acordada: y militarmente en el mismo término, en los lugares donde no se hubiere establecido; y a los que fueren convencidos de ellos se les aplicará la pena de muerte» (art. 1). Tratándose de «tumultuarios, sediciosos o traidores, que se descubrieren en los cuerpos militares, serán juzgados en el término de dos horas; y los comandantes de ellos quedan autorizados para mandar ejecutar la sentencia» (art. 2). La misma autorización se otorga a «los Comandantes Generales, quienes deberán mandar ejecutar la sentencia dentro de 24 horas» (art. 3). Finalmente, en el art. 4, se previó que estos «juicios serán verbales en los cuerpos militares: y para consultar los derechos de los reos y la responsabilidad de los jueces, constarán por escrito las diligencias siguientes, averiguaciones del delito y del delincuente, audiencia y defensa de este y sentencia que le condene o absuelva».

En ocasión de la época de la Confederación Perú-Bolivia y de la crisis con Chile, no era de extrañar, que se modificasen las disposiciones a este tipo de delitos, las mismas que se produjeron de acuerdo al sector político militar que ejerciera el mando. Así, por decreto del 7 de abril de 1836, Orbegoso, presidente provisional, ordenó que se observara el decreto dictado el 29 de agosto de 1836 por el Jefe Superior del Ejército Unido y pacificador del Perú, Santa Cruz, regulando los delitos de rebelión, sedición y otros. Para este efecto se consideró que «la impunidad de los delinquentes de rebelión o sedición ha fomentado la perpetración de estos delitos», que «lejos de reprimirse estos excesos, han sido premiados sus autores con empleos y ascensos en su carrera y que «continuando esta política desorganizadora, no sería posible restaurar el orden público, y el imperio de las leyes». Se consideraron tres clases de responsables de los delitos de sedición y rebelión y para los que incurrían en el primer tipo se prescribió la pena de muerte.

En la parte final de su decreto, Orbegoso expresó, por un lado, que «para ser feliz la República solo necesita paz y tranquilidad, y que de estos preciosos dones se puede disfrutar precaviendo oportunamente las revoluciones» y, por otro, que «las

medidas adoptadas en el decreto anterior son las únicas por las cuales se pueden contener los trastornos y revueltas».

El 18 de noviembre de 1836, Santa Cruz dictó un nuevo decreto relativo a esos mismos delitos, en el que señaló que «el origen de todos los males que ha sufrido hasta ahora el Perú, ha sido el espíritu de sedición y de rebeldía, propagados por los ambiciosos, propensos a invadir la autoridad legítimamente establecida para usurpar su poder». Asimismo, que «la obediencia de las autoridades subalternas a todo poder ilegal y revolucionario, es un reconocimiento de este, y un atentado criminal contra la nación». Por ello consideraba necesario, sobre todo teniendo en cuenta la crisis con Chile, «tomar medidas de seguridad, de defensa y de precaución». Con lo cual el Gobierno no hacía sino cumplir con «la obligación sagrada en que se halla con los pueblos que lo han erigido, cuyos votos más ardientes son por la conservación del orden y de la paz, de que ya disfrutaban».

En consecuencia, decretó (art. 1) que todo «autor, cómplice, fautor u ocultador de los delitos de sedición, revolución, infidencia, motín y connivencia con los enemigos exteriores, será juzgado por un consejo de guerra permanente, y castigado con la pena de muerte, que se ejecutará a las dos horas de pronunciada la sentencia». Precizando en el art. 2 que debe entenderse «por autor de cualquiera de los delitos mencionados en el artículo precedente, además de los que la ley reconoce como tales, a todo el que intente seducir con promesas, dádivas o amenazas a los militares de cualquier grado, para que abandonen sus banderas, o a cualquiera clase de funcionarios públicos para que obedezcan a una autoridad ilegítima, o cooperen de cualquier modo a la perpetración de los delitos preindicados». En las disposiciones siguientes se mandaba la represión de comportamientos relacionados con los delitos antes indicados hasta con la pena de muerte. Por ejemplo, en caso de traición (art. 4): «Cualquier persona perteneciente a los Estados de la Confederación, que viniere unida a los invasores de su patria, o que coadyuvare de algún modo a las miras de ellos, es traidor, tiene pena de muerte, y será condenado en consejo verbal».

Los vaivenes políticos y la pluralidad compleja de intereses sociales y económicos condicionaron una vez más la regulación del delito de rebelión. Considerando que las leyes dictadas «para prevenir conspiraciones contra el orden público y la Constitución del Estado, no están en armonía con los principios liberales que ha adoptado la República, no son bastantes a evitar la repetición de los excesos que han perturbado la tranquilidad pública, ni a reprimirlos con prontitud», se estimó urgente dictar un nuevo decreto, el mismo que fue promulgado el 13 de agosto de 1851. En su art. 1, se definió la rebelión como «el levantamiento de la fuerza armada o cualesquiera otras personas, con el objeto de desobedecer la Constitución o leyes que rigen en la República, o establecer otro orden o sistema político» y en

la disposición siguiente se amplió esta definición diciendo que constituye también este delito «cualquier tumulto o asonada de gente, con armas o sin ellas...». Se declararon cómplices de este delito (art. 3) «cualesquiera corporaciones, o empleados civiles, o políticos o de hacienda, o militares, o eclesiásticos, o ciudadanos particulares que suscriban actas u otros documentos, proclamando en ellos principios contrarios...». Después de prescribir diversas medidas respecto a la responsabilidad de los prefectos a combatir la rebelión (art. 4), a la detención de los rebeldes (art. 5), a la pérdida de todo fuero por rebelión (art. 7), se dispone de manera general, en el art. 13, que las personas que se empleen notoriamente a trastornar el orden público o incitar al delito de rebelión serán conminadas para que reformen su conducta y en caso de reincidencia podrán ser trasladadas, por un tiempo limitado, de un punto a otro de la República.

A pesar de haberse declarado la prohibición de las penas corporales, según lo hemos indicado previamente, parece que esto no se respetaba plenamente. Así, por ejemplo, el Congreso dio una ley del 4 de setiembre de 1827, siendo presidente José de La Mar, que consideraba que «la pena correccional de palos introducida en el ejército es de suyo bárbara, infamante, y propia de los españoles que la practicaron en la guerra de nuestra independencia» y que «de sus resultas han muerto muchos a quienes se ha aplicado», se prohibió «en el ejército y armada la pena de palos, no conociéndose otras que las de ordenanza» (art. 1). Asimismo, dispuso (art. 2) que «si un militar contraviniere el artículo anterior, queda por el hecho privado de su empleo, y responsable a los daños y perjuicios». En la siguiente disposición estatuyó que, si «de los palos resulta muerte, será el contraventor juzgado como asesino».

Abolida la pena de muerte mediante el art. 16 de la Constitución, Castilla se vio obligado a establecer, mediante decreto del 21 de noviembre de 1856, la pena sustitutoria que debía imponerse. Así, se dispuso, a la espera de que se sancione el Código Penal, que el máximo de la pena que los jueces y tribunales podían aplicar «es de quince años de presidio con trabajo forzado y prisiones que eviten la fuga de los reos».

9. ORDEN Y TRANQUILIDAD

La represión de comportamientos delictuosos, además de los graves que merecían hasta la pena de muerte, fue igualmente modificada por decisiones particulares, además de las declaraciones generales de que la legislación colonial continuaba siendo aplicada en la medida en que no contradijera los principios del nuevo régimen republicano. Las modificaciones estuvieron impulsadas por las necesidades

de asegurar el orden y la tranquilidad en beneficio tanto de los intereses individuales como colectivos.

Como en la colonia, el funcionamiento del sistema administrativo y la informalidad con la que los funcionarios ejercían sus cargos fueron preocupaciones centrales respecto a la organización del nuevo Estado. Siguiendo criterios precedentes, el Congreso dictó una ley sobre el juicio de residencia (26 de octubre de 1822). En el art. 1, se dispuso que «todo funcionario público está sujeto a residencia» y, se agregó, que «el juez que la tomare, a responsabilidad efectiva por acción popular». Así mismo, se ordenó, art. 2, que los «que actualmente gobiernan las provincias, y de cuya conducta reclamaren los habitantes de ellas, serán pesquisados conforme a las leyes», estatuyendo, nuevamente, que queda «sujeto el pesquisador a la responsabilidad que indica el art. 1» y, finalmente, que «los Gobernadores que resultaren criminales, se declaran desde luego inhábiles para estos y otros destinos» (art. 3). Con gran perspicacia, Basadre comenta este acto legislativo diciendo: «Así se inició, con normas incumplidas, la legislación nacional para abordar el problema de la responsabilidad inherente al ejercicio de la función pública» (Basadre, *s/f*, I, p. 20).

Buscando garantizar la seguridad y tranquilidad públicas, Unanue dictó, el 27 de mayo de 1826, un decreto que establecía que «el consejo militar permanente debe ser sostenido en toda extensión de sus atribuciones, para que los crímenes, que con tanto escándalo se han repetido no solo en la capital y dentro de las cinco leguas de su distrito, sino a mayor distancia, queden condignamente corregidos, y asegurada la tranquilidad pública: que son los objetos sobre los cuales debe velar el Gobierno. Para lo que estatuyó que «por el simple hurto sin otra calificación sea el delincuente penado, conforme a las circunstancias que el hecho ministre, con reclusión desde tres meses hasta diez años al presidio del Callao u obras públicas» (art. 1). Previó la misma pena para los que en, «iguales circunstancias [...] perpetren los mismos excesos en todo el distrito de las cinco leguas» (art. 2). Mientras que para «los demás reos, que se remitiesen de mayor distancia», dispuso que «sean juzgados por las leyes comunes de la República» (art. 3). El cumplimiento del decreto era responsabilidad del «Ministro de Estado en el departamento de la guerra» (art. 4).

10. PRISIÓN POR DEUDAS

El uso del poder represivo fuera del ámbito penal se dio, en la época colonial, con el recurso a la «prisión por deudas». Santa Cruz, por decreto del 10 de enero de 1827, dispuso que a «ningún peruano se le impondrá la pena de prisión, ni otra alguna corporal, por deudas puramente civiles, sea cual fuere su importancia» y

que «los acreedores podrán usar de otros medios, y pedir las demás seguridades que les concedan las leyes» (art. 1), con lo que, además de excluir del ámbito penal asuntos meramente civiles, se reafirmó en cierta forma el principio de que no hay pena sin delito. Este sentido es aclarado cuando en el primero de los considerandos se recuerda que el art. 117 de la Constitución estatuye que «ningún peruano puede ser preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal...».

Además, en el resto de considerandos, se alegó que «a pesar de esta declaración, los jueces de la República continúan aplicando las leyes españolas que prescriben indistintamente la prisión de los deudores», y que esta práctica es «tan opuesta a los principios de equidad, como a las bases primordiales de nuestras instituciones». También se destacó que, de manera repetida, se ha ordenado que solo «se observen las antiguas leyes en la parte que no contraríen al presente sistema, ni ataquen arbitrariamente la libertad personal, que es la primera necesidad como el primer derecho del hombre social». Por último, se subrayó que «es un deber del Gobierno remover cuantos abusos empañen la recta administración de justicia, y sostener las garantías constituciones por todos los medios que estén a su alcance».

En los artículos siguientes, de modo insuficiente respecto al principio de la legalidad, se previeron ciertas incriminaciones. Como excepción a la regla establecida en el art. 1, se estatuyó, en el art. 2, que «sin embargo, los deudores a quienes se probare fraude, a los que el art. 18 de la Constitución suspende el goce de la ciudadanía, pueden y deben ser presos como delincuentes atentadores a la propiedad pública o privada, y ser juzgados civil y criminalmente según las leyes determinen». En el art. 3, después de señalar, con deficiente técnica legislativa, que es «un deber sagrado de todo ciudadano o habitante de la República, corresponder al beneficio de la protección de las leyes, contribuyendo, a proporción de sus haberes, para costear los gastos del Estado», se declara no aplicable el art. 1 a «las personas que tratasen de eludir el cumplimiento de este deber, excusándose sin motivo legítimo de pagar la contribución que les corresponda con arreglo a la ley, no gozarán del privilegio concedido en el art. 1 debiendo ser considerados como comprendidos en el pf. 2 del art. 18 de la Constitución».

11. CRITERIOS POLÍTICOS Y MORALES

Los criterios políticos, éticos y religiosos de los gobernantes iniciales de la República se manifiestan de manera evidente, aunque confusa, en los argumentos expuestos en la parte considerativa del decreto del 3 de agosto de 1825, dictado por el Consejo de Gobierno conformado por Hipólito Unanue, Juan Salazar y José de Larrea y Loredo, por el que se combate y reprime a autores y difusores de

publicaciones obscenas. Junto a declaraciones sobre derechos esenciales como la libertad de pensamiento, se expresan diversos criterios moralizantes que reflejan la influencia de la Iglesia católica e, igualmente, la convicción de la eficacia de la represión severa para reprimir a los responsables¹².

El punto de partida es considerar que así «como la más firme garantía de la seguridad individual es la libertad del pensamiento, su atrevida licencia es el medio más eficaz para destruirla», pues «difundiendo principios desorganizadores turba la paz doméstica, ataca el orden público, roe las entrañas de la sociedad, y disuelve sus pactos más solemnes». Así, la «desastrosa suerte de naciones opulentas que, en la antigüedad, y en nuestros días nos presentan mil ejemplos de esta triste verdad, debiera ser la lección más persuasiva para no adormecernos en el letargo de una falsa seguridad, ni ser sorprendidos por el espíritu de seducción y sofisma».

Señalando que el peligro está ya cerca, se afirma que a «vuelta de los pasados desaciertos y de los reveses de la guerra, ha ganado maravillosamente este contagio; y una prostitución abominable insulta con descaro la divinidad y moral pública, llevando la corrupción hasta la cuna de la inocencia», la que se evidencia en el hecho de que «diversos libros, por una desgraciada perversión del corazón humano, han adquirido a sus autores una infeliz celebridad, porque disfrazan la falsedad y el vicio con encantadores atavíos, se despachan en los mercados y circulan francamente, obstruyendo los canales de la verdadera ilustración, y oponiendo obstáculos enormes a la buena educación de la juventud». En razón de este «abuso escandaloso que se burla de una ley fundamental del Estado, y de un decreto del Gobierno Provisorio» es necesario «el impulso de una mano fuerte que lo reprima en tiempo oportuno», por lo que se justifica que el Gobierno dicte disposiciones contra esta situación, ya que «no puede serle indiferente un mal de tanta transcendencia; que no puede mirar, como patriotas, ni amigos de la República, a los que por un sórdido interés hacen el tráfico vergonzoso de estos libros contrarios a la tranquilidad de los estados».

Como fundamento legal se señaló, primero, que por decreto de 31 de octubre de 1821 «se prohíbe sin restricción alguna la introducción de libros obscenos con láminas o sin ellas, como contrarios a la moral pública y a la educación de la juventud» y se prescribe la «pérdida de ellos para ser quemados por mano del verdugo, y a más de esto, a la multa de 2000 pesos aplicables a la Biblioteca

12 «La gravedad de la pena que el Derecho secular establecía para una acción reprobable de carácter espiritual, explica a las claras la doble referencia con que hay que enjuiciar las acciones delictivas a lo largo de la Baja Edad Media y Moderna. En definitiva, la íntima relación que existía entre la noción de delito y la de pecado explica que el Derecho secular contemplase y castigase como verdaderos delitos acciones humanas que, en principio, sólo afectaban al fuero de la conciencia» (García Marín, 2000, p. 75).

Nacional». Segundo, que según el art. 9 de la Constitución «es un deber de la nación proteger constantemente la religión; y de todo habitante del Estado respetarla inviolablemente». Tercero, que «es inconciliable esta protección de libros impíos que la atacan, se burlan de ella y siembran máximas subversivas del orden social», por lo que se prohíben «los libros cuyo principal objeto es atacar directamente la religión del estado, y la moral pública» (art. 1). Se dispuso que los «reverendos obispos y venerables gobernadores eclesiásticos en uso de sus facultades ordinarias, nombren personas de conocida ilustración, rectitud y celo que cuiden de la ejecución del anterior artículo, requiriendo a las autoridades respectivas y representando al Gobierno acerca de los abusos que en ella advirtieren», con lo que se instituyó una censura en manos de la Iglesia, aunque se dispuso que el Gobierno debía nombrar «un comisionado que vele sobre los mismos objetos y promueva el exacto cumplimiento de las anteriores disposiciones bajo de la más estrecha responsabilidad».

De manera más breve, en el decreto dictado por Luis José Orbegoso el 5 de mayo de 1836, se recurrió a casi los mismos criterios para reprimir diversos ultrajes a los restos mortales de las personas. Esta medida refleja, en particular, la actitud de los gobernantes frente a los intereses de la Corona inglesa, debido a que los ingleses reaccionaban ante el hecho de que los cadáveres de súbditos de la Corona fueran «insultados y despojados de sus vestiduras». En uno de los considerandos del decreto se expone que «nada es más contrario a la piedad, a la razón y a la humanidad, que los ultrajes a los despojos mortales de la imagen del Criador, por la diversidad de cultos».

En consecuencia, se decreta (art. 1) que quien «insulte un cadáver que se conduce a la huesa, el que abra o quebrante cementerio, sepulcro o sepultura, bien para aprovecharse de sus materiales, bien para despojar a los cadáveres allí sepultados de sus vestiduras, bien para desenterrar sus restos o deshonorarlos de cualquier modo y bajo cualquiera pretexto, será juzgado y castigado como ladrón de cosas sagradas, aplicándosele irremisiblemente las penas que detallan las leyes a estos crímenes», disposición completada mediante la aclaración que «exceptúa el caso de exhumación por orden de autoridad competente».

Por último, se autorizó «la importación por el puerto del Callao de túmulos y lápidas sepulcrales, libres de todo derecho». Esta medida se comprende cuando se tiene en cuenta que en los considerandos del decreto se manifestaba que «el Gobierno debe proteger el cementerio británico, y propender a su mejor ornato y decencia, concediendo las franquicias necesarias, para dar una prueba de los sentimientos benévolos que le animan hacia todos los hombres residentes en el Perú, sea cual fuere su creencia».

Se percibe, del mismo modo, la influencia de los mismos criterios moralizadores y religiosos de la Iglesia católica (religión del Estado) en la ley dictada por el Congreso Constituyente, el 18 de noviembre de 1823, para completar la ley de imprenta¹³. En ella se destacaba la necesidad de ampliar la aplicación de dicha ley a los impresos que se introdujeran del extranjero en la República, para evitar que las medidas tomadas fueran infructuosas y hasta inútiles. Con este objeto dispuso, en el art. 1, que todo «peruano tiene derecho a denunciar los impresos que se introduzcan de otros estados, y que según la ley de libertad de imprenta no se pudieron imprimir en el territorio de la República». En caso de que esos «impresos versan sobre la Santa Escritura, artículos y dogmas de fe, moral, religión, y disciplina esencial de la iglesia», se ordenó que «pasará la denuncia con el impreso a la Junta conservadora de la libertad de imprenta para que los remita al ordinario, quien procederá a la censura con arreglo a la ley de la libertad de imprenta».

12. CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

A pesar de que, desde los inicios de la creación e implementación del nuevo Estado republicano se sintió la necesidad de sustituir la legislación colonial, en el Perú no se tomaron iniciativas serias para dictar un nuevo código en el ámbito penal. Durante años se subsanó esta situación, como hemos indicado, con el mantenimiento de la vigencia de las leyes españolas a condición de que no contradijeran los principios republicanos.

Las ideas a favor del dictado de dicho código fueron expuestas en el decreto del 28 de octubre de 1833 dictado por Santa Cruz, presidente de la Confederación Perú-boliviana, por el que puso en vigencia los códigos bolivianos del Estado Nor-Perú. Justificó esta decisión afirmando que, primero, «la regeneración del orden civil del Estado no puede llevarse a efecto, sin una legislación acomodada a sus necesidades, y que no lo es la que hoy rige, por la incoherencia de sus disposiciones, por la diferencia de las épocas y gobiernos en que se sancionaron, y por lo voluminoso de las colecciones en que se encierran»; segundo, que «es universal el clamor por los agravios y retardos que sufren los intereses privados, sometidos a una legislación tan imperfecta, y el deseo de su completa e ilustrada mejora»; tercero, que «la práctica de muchos años ha demostrado, por una dichosa experiencia, la sensatez, equidad, claridad y exactitud de las disposiciones legales contenidas en los Códigos Bolivianos, los cuales han sido además cuidadosamente revisados y acomodados a las circunstancias y necesidades de los pueblos que componen el Estado Nor-peruano».

13 <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1823111.pdf>.

Al producirse el derrocamiento de Santa Cruz y la desaparición de la Confederación, fueron sin más declarados «insubsistentes e inobservables» el código civil, el de procedimientos y el penal, «denominados Santa Cruz», mediante decreto del 31 de julio de 1838. En los considerandos de este decreto, dictado por Luis José Orbegoso, se expuso que «la opinión pública se ha pronunciado abiertamente contra dichos Códigos» y «que la experiencia ha hecho conocer la repugnancia con que los pueblos los recibieron, no menos que los embarazos que ha tocado en su observancia la administración de justicia» y que «solo a la Representación Nacional compete el sacrosanto derecho de dar leyes a los pueblos». En consecuencia, se restableció «la observación de la legislación preexistente a los Códigos», ordenándose que «los Tribunales y Juzgados se arreglarán a ella en lo sucesivo, mientras que la Representación Nacional delibere otra cosa».

13. REGLAS DE POLICÍA

Muchos años pasarían hasta que se promulgara el primer Código Penal de la República. Mientras tanto, se siguieron dictando leyes, decretos o reglamentos de índole punitiva.

Por ejemplo, por decreto del 9 de febrero de 1849, el prefecto Dávila autoriza al «intendente de policía para que imponga penas correccionales a los sirvientes, cocineras, lavanderas y nodrizas [...] por los abusos que cometieren». Basa esta medida en la opinión del fiscal de la Corte Superior de Lima sobre los efectos supuestamente perjudiciales de las actividades de estos trabajadores para corregir «semejantes desórdenes», aunque más bien parece referirse al comportamiento general de esos trabajadores, en la medida en que manifiesta que —según el intendente— el vecindario sufre ‘males’ debido al «estado de inmoralidad en que se hallan las lavanderas, cocineras y los demás sirvientes domésticos». Los cuales, a pesar de las quejas que recibió, no pudo remediar «porque el reglamento no lo faculta para entender en los juicios de esta clase». Por ello, pide que se agregue al reglamento de policía «un artículo adicional que fije la pena que por vía de corrección pueda imponer y será en su concepto desde cuatro hasta quince días de arresto al servicio de los hospitales».

En su informe del 1 de febrero de 1849, el intendente consideró que no «hay duda que el servicio doméstico está tan mal arreglado entre nosotros, que no hay padre de familia ni persona alguna que necesite de él, que no experimente los abusos que indica la intendencia. Es pues indispensable dictar una medida eficaz que corrija semejantes desórdenes, haciendo laboriosos exactos en el cumplimiento de sus pactos a los individuos que se dedican a esta clase de industria».

Así mismo, estimó que «el objeto de la policía, no solo debe ser el de castigar las infracciones de su reglamento, sino el de precaver los males que puedan ocasionarse, porque su misión debe ser paternal y benéfica». Por tanto, indicó que sería conveniente que, además de preverse la medida que propone, se dispuso que se lleve (1) «un registro de todas las personas destinadas al servicio doméstico en que se anotase la calle y el número de la casa en que vivían», (2) se les obligue «a que no variasen repentinamente de patrones sin que les avisasen ocho días antes de su separación, para que pudiesen proporcionarse otro que lo reemplace», (3) se les imponga «el deber de sacar un certificado de su buena conducta, sin cuyo requisito no podría admitírseles en otra casa».

En contra de la opinión del intendente, el fiscal, en cuanto al lugar de ejecutar arrestos, «no considera a propósito los hospitales, porque está prohibido expresamente por una ley de la Novísima, mandar a ellos a las personas viciosas, pues lejos de servir de provecho alguno, introducirían el desorden y alterarían la tranquilidad que debe haber en los asilos de la humanidad doliente». Por su parte, propuso que «el local aparente es el de amparadas por que esta ha sido su institución y a él se mandaba antiguamente a las mujeres corrompidas».

De conformidad en parte con la opinión del fiscal, el prefecto decidió autorizar al intendente para que conozca de dichos abusos y «aun para que pueda imponerles correccionalmente arrestos que no pasen de tres días, atendiendo también sus quejas sobre el pago de salarios o malos tratamientos». Sin dejar de subrayar que era notoria y «exigente la necesidad que hay de evitar a la mayoría de la población los perjuicios que sufre por el abuso de los sirvientes, cocineras, lavanderas y nodrizas».

Si bien es de destacar la referencia a los posibles conflictos que podían presentarse respecto a reclamos de salarios o a la comisión de maltratos de parte de los patrones, también es evidente que se estigmatiza a los trabajadores como inmorales y viciosos, y para disciplinarlos se recurre al poder punitivo de la misma manera como se había hecho en la colonia¹⁴.

14 De manera satírica Fuentes (1988, p. 178) se refiere a los guardianes del orden (serenos, celadores), a algunos castigos aplicados a ciertos trabajadores como los aguateros (privación temporal del oficio y la enmeladura) y los carretoneros (el arco). Fuentes (p. 185) cuenta que el aguador «tenía como contrapeso de su voluntad soberana, la más soberana del alcalde de su parroquia: la autoridad del alcalde era dictatorial y su Código Penal tan severo, que, a no recaer los castigos sobre los negros aguadores, quizás se hubiera sentido compasión hacía el castigado».

14. NACIÓN HOMOGÉNEA POLÍTICA Y CULTURALMENTE

Con la vigencia de los principios republicanos, sobre todo con el de igualdad de todas las personas, desaparecieron formalmente las diferencias establecidas entre los pobladores del país durante la Colonia. La constitución del nuevo Estado y la formación de la nación hicieron que se calificara a todos de «peruanos», formalmente con los mismos derechos y obligaciones. De esta manera se excluyó que se llamase a un grupo «indios» o «indígenas».

Este formalismo suponía que se considerase que el largo tiempo de colonización había remodelado plena y profundamente a los nativos, conforme al molde cultural hispánico. La realidad contradecía esta supuesta unidad demográfica y cultural, la misma que desconoció el régimen colonial en la medida en que se reconocieron las diferencias y la necesidad de adecuar las regulaciones a esta realidad. Es de recordar que las Leyes de Indias tuvieron su origen en esta necesidad de tratar diferentemente los aspectos particulares de la poblaciones y bienes de los territorios colonizados.

Los indios constituían la gran mayoría de la población de la nueva república (Espinoza, 1979, pp. 195, 202 y 210), vivían en comunidades colectivistas y se dedicaban principalmente a la agricultura. Una parte de ellos laboraba como yanacones al servicio de un terrateniente. Todos ellos fueron sometidos al pago de una «contribución indígena», reintroducida en 1826 después de haber sido abolida al momento de la emancipación de España. Este tributo era una especie de compensación al Estado por la garantía que este debería brindar a la posesión de las tierras que tenían las comunidades indígenas.

El porcentaje de población blanca era mínimo y estaba constituido por los hijos de españoles nacidos en el Perú, alfabetos e instruidos. Económica y políticamente privilegiados, eran hacendados, mineros, mercaderes, funcionarios, eclesiásticos. Estos criollos heredaron las riquezas y el poder de los grupos dominantes durante la colonia, y fueron ellos, igualmente —como ya hemos manifestado—, quienes impulsaron y dirigieron los movimientos independentistas.

Una vez en el poder, monopolizaron su ejercicio de acuerdo a la manera como constituyeron la administración pública, el congreso y el poder judicial (Suárez, M., 2001, p. 397)¹⁵, contando con el apoyo firme de la organización eclesial.

15 A pesar de las difíciles relaciones entre la corona y los mercaderes, éstos se declararon vasallos y fieles colaboradores de aquella. Los mercaderes lograron tener gran libertad de acción. Los puestos públicos habían sido tomados por criollos, el comercio era controlado por los mercaderes de Lima y la administración debía pactar con la élite para hacer cualquier reforma. Bastaba una contribución pecuniaria para que el rey permitiese que sus leyes fueran burladas. No había por tanto ninguna razón de peso para romper el vínculo con España... no había ningún motivo para propiciar un

Los indígenas fueron excluidos de los cargos que habían subsistido de la colonia (por ejemplo, autoridad de cabildos, intermediarios en la recolección del tributo indígena), y se les impidió, salvo durante un periodo relativamente corto, ser miembros del parlamento por ser analfabetos.

Según algunos análisis, las poblaciones indígenas, al experimentar el deterioro de su situación con respecto a la que tenían en la colonia, no se identificaron con el nuevo orden republicano, lo que explica que tuvieran una actitud de recelo que provocó rebeliones y aislamiento social y cultural.

Los mestizos, aprovechando la degradación de la situación de los indígenas, se infiltraron en las comunidades y ocuparon, por designación de los gobernantes, los puestos que correspondían, de acuerdo a las costumbres o al sobreviviente derecho colonial, a los indígenas, como era el caso de los que desempeñaban los caciques.

Mención aparte merece la minoría constituida por los pobladores de origen africano y los trabajadores asiáticos, los primeros sometidos a la esclavitud y los segundos a un régimen de servidumbre muy similar a esta última. La esclavitud fue abolida a inicios de la República, pero fue reintroducida años más tarde. Solo en 1854, durante el gobierno de Castilla, su abolición fue definitiva, para lo cual se recurrió a las arcas fiscales para indemnizar a los propietarios (Basadre, *s/f*, IV, p. 112).

Desde esta perspectiva, los sectores dominantes crearon la «nación imaginaria» Perú. La historia y cultura de los indios excluidos fue integrada como leyenda de un rico pasado, adoptando una serie de personajes y símbolos del Imperio de los incas. Este pasado glorioso coloreaba exteriormente a la República, que en realidad era la continuación de las estructuras sociales, económicas y culturales de la Metrópoli colonizadora.

Una vez asimilados a la categoría de «peruanos», iguales a los blancos, las peculiaridades étnicas y culturales de los indios fueron ignoradas cuando se elaboraron los primeros códigos republicanos en reemplazo de la dispersa legislación sobreviviente de la época colonial o dictada desordenadamente durante las décadas iniciales del nuevo Estado.

Para comprender el tratamiento dado a los indios, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la época en la legislación civil y las constituciones. Declarada la igualdad de todos los peruanos, se consideró constitucionalmente a los indígenas como ciudadanos, pero con derechos políticos restringidos. Uno de los criterios de restricción fue su condición de analfabetos, respecto a la cual se estableció una

alejamiento, al menos por parte de los mercaderes. De modo que el vínculo colonial se mantuvo en el XVII fue por la misma debilidad de la corona, que permitió que las élites americanas tuvieran en sus manos el control de su propio territorio.

excepción de no ser aplicada durante casi cincuenta años (1849 a 1895), lapso en el que se esperaba fueran alfabetizados en español. Esta medida, claro instrumento de desculturización, fracasó por la incapacidad económica y administrativa de hacerla efectiva.

En ningún artículo del Código civil de 1852 se mencionó a los indígenas, lo que no significó que sus disposiciones no implicaran una regulación implícita de la situación indígena (Basadre, s/f, III, p. 311). Por ejemplo, las reglas sobre la propiedad inmobiliaria influyeron sobre la propiedad y posesión de tierras de las comunidades andinas, los mismos efectos que tuvieron las normas sobre la libertad de comercio, pues los indios y comunidades pudieron enajenar sus propiedades. Asimismo, esto condicionó que la comunidad indígena fuera considerada como una especie de propiedad colectiva cuya abolición era necesaria de acuerdo con el sistema liberal.

Tampoco en el primer Código Penal de 1863 se mencionó a los indígenas o alguna de las circunstancias sociales o culturales que los distinguían de los demás, si bien no fueron plenamente ignorados, pues muy bien estaban presentes en los diversos debates sobre la instauración del nuevo sistema social y político, sobre todo como factor económico (tributo indígena) y personal (fuerza de trabajo en la agricultura y la minería). Por ello, en buena cuenta, fueron considerados como 'peruanos', al igual que los 'blancos', con la ilusión de que se integrarían plenamente a la nación.

Los 'blancos' eran considerados la 'raza superior'¹⁶ y debido a esto el mestizaje con la población india produciría descendientes en los que predominarían sus caracteres y, a la larga, la población peruana devendría en 'blanca'. Manrique señala que «de aquí nacen las grandes paradojas de la historia republicana» y constata enseguida la «existencia de una república sin ciudadanos, donde una minoría se sentía la encarnación de la nación, con el derecho de excluir a las grandes mayorías sociales» (1995, pp. 50 y 140)¹⁷. Debido a esta ceguera ideológica, es comprensible que la legislación penal fuera elaborada para esa imaginaria población de cultura homogénea.

No está de más recordar que en el mensaje de remisión del proyecto de 1859 se manifiesta la convicción de que «la comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones» (Tejada, 1859, p. III), para lo cual «el código

16 En el art. 2 de la ley del 14 de octubre de 1893, «Señalando un sistema de inmigración que permita explotar las riquezas naturales de la República», se estatuyó que son inmigrantes «1. Los extranjeros de raza blanca, menores de 60 años...».

17 Cfr. Turner, 2005, p. 15.

español [de 1848-50] ha servido de una luminosa guía en este trabajo, y la comisión juzga propio de su sinceridad rendirle aquí el homenaje debido, confesando que después de meditados estudios ha creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia». Esta fidelidad al modelo hispánico fue justificada por considerar que «estando las costumbres de los peruanos “vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla” no era posible alejarse de aquel modelo (Idem)».

Así, se habría producido el proceso colonial de sometimiento e integración de las poblaciones indígenas, sobre el cual se ha manifestado acertadamente: «A partir del virreinato de Toledo hasta el acceso de los Borbones al trono, se produce una organización social sistematizada y estatal que inserta las masas indias a la estructura total del país. Durante todo este proceso los españoles remodelan la ‘raza india’ como ‘casta’ perteneciente a la ‘cultura hispánica’, pero sometida a los ‘blancos’ en condiciones discriminatorias. En estas condiciones, la inserción de los ‘indios’ a las estructuras coloniales se logra cada vez más, pero conservando siempre para ellos los caracteres y las prescripciones que impiden el paso desde la casta discriminada hacia otros grupos sociales» (Bravo Bresani, 1970, p. 93).

15. PRIMER CÓDIGO PENAL REPUBLICANO

El primer Código Penal fue promulgado, después de una amplia discusión por parte de diversas comisiones, por Ramón Castilla (1863), primer gobernante que tuvo una visión integral de la problemática nacional. En el campo penal, durante sus dos gobiernos se dictaron, por ejemplo, diversos reglamentos de Policía y, además, se trató de mejorar la Gendarmería y de organizar el sistema carcelario y estatuir los primeros códigos. Con razón, Basadre escribió que fue Castilla, «desde el punto de vista cronológico, el primero en dar muchas veces eficacia a la tarea de hacer uso del Estado como instrumento para ir ampliando una empresa común de todos los peruanos en beneficio de la mayoría de los peruanos, dentro de una unidad de destino» (Basadre, 1968, p. 162; cfr. Mariátegui, 1972, p. 22; Belaunde 1980, p. 8).

Un aspecto interesante de esta época crítica del país (1850-1870) fue el desarrollo de los debates sobre el mantenimiento o la abolición de la pena de muerte, los que tuvieron lugar, principalmente, en el seno del Congreso o de la Convención. Así, al elaborarse la Constitución de 1856, de corte liberal, se impusieron los partidarios de la abolición. En su art. 16 se estatuyó que «la vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte», supresión que fue confirmada al redactarse la Constitución de 1858. Sin embargo, debido a la inestabilidad política, en el Congreso de 1860 continuó esta pugna en torno a la

pena capital y se planteó una solución intermedia, según la cual dicha pena solo debería ser impuesta a los responsables del crimen de homicidio calificado. Con ello que se otorgaba al juez la posibilidad de imponer o no la pena de muerte, según las circunstancias sociales, en este caso tan grave. De este modo, al mismo tiempo que se reforzaba el derecho de la sociedad a su propia conservación se restablecía el orden social como fin fundamental de la pena.

Los opositores a la restauración —aunque limitada— de la pena de muerte recurrieron al repetido argumento liberal que reconoce como objetivo exclusivo de las penas la corrección moral del criminal y al que niega a la sociedad el derecho de matar a un ser humano. Alegaron, igualmente, que las medidas más eficaces para combatir la delincuencia consistían en aumentar las fuentes de trabajo, ya que esta era promovida por la ociosidad, la vagancia y la miseria (Basadre, 1968, IV, pp. 212-213). Por mayoría, se aprobó el art. 16: «La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado». En opinión de Basadre, la gran conquista obtenida entre 1856 y 1961 fue la abolición del «cadalso político» (p. 298).

16. A MODO DE CONCLUSIÓN

La debilidad e inestabilidad del naciente Estado republicano explican su incapacidad para implementar un sistema gubernamental eficaz. La preocupación predominante fue de orden político, y se manifestó en las repetidas constituciones que se dictaron al ritmo de los cambios en la tenencia del poder.

En este contexto, las cuestiones relacionadas con la delincuencia fueron, consecuentemente, consideradas secundarias respecto a la organización de una reacción estatal, tanto en la elaboración de una legislación adecuada como en la implementación de un sistema conveniente de ejecución de penas.

La vigilancia y el control de las personas y de los bienes continuó de facto con los mecanismos establecidos a lo largo del periodo colonial, es decir, aquellos instituidos con la implementación de instituciones previstas normativamente, pero sobre todo por su funcionamiento directo e inmediato sobre las relaciones sociales.

Se produce entonces un claro distanciamiento entre el discurso ideológico, inspirado en las concepciones de los filósofos y políticos de la Ilustración, y las prácticas concretas de control social heredadas de la colonia. Este desfase se produjo también en la Francia republicana, donde, por ejemplo, se mantuvo la pena de muerte, pero aboliendo los suplicios y torturas para ejecutarla. La ejecución fue 'democratizada' y 'humanizada' según el discurso ideológico, ya que se impuso, con el recurso a la guillotina, una técnica expeditiva e igualitaria para aplicarla a cualquier condenado. En el Perú se escogió el fusilamiento. La frecuencia del

recurso a esta pena fue condicionada por las luchas políticas en el ámbito de lo que podría calificarse, en nuestra terminología, de delincuencia política (rebelión, sedición, traición, etcétera).

Los arrestos y las detenciones de carácter punitivo siguieron practicándose, al mismo tiempo que se rechazaban las condiciones inhumanas en que se afirmaba habían sido ejecutadas en la Colonia. Solo progresivamente y a medida en que se implementaba el Estado, la prisión fue transformada en pena principal, a la manera de lo que acontecía en España y demás países europeos. Sin embargo, nada eficaz pudo hacerse para que cumpliera los objetivos imaginados. Con frecuencia, su ejecución en locales privados como panaderías, manufacturas o haciendas, comportó una grave servidumbre. En el caso de las mujeres, se recurrió a centros de caridad o beneficencia a cargo de órdenes religiosas, donde se les preparaba, por ejemplo, para el servicio doméstico en las casas de familias pudientes.

El control y la administración penal de las trasgresiones fueron desiguales y discriminadores debido a la ideología de la élite dominante, que imaginaba al Perú como una nación única étnica, cultural, religiosa y políticamente. De aquí parten las raíces que han seguido y siguen creciendo hasta nuestros días, a pesar de que se haya avanzado formalmente en el establecimiento de un estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, Manuel (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra.
- Abanto Vásquez, Manuel (2012). *Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias*. En R. Pariona (dir.), *20 Años de vigencia del Código Penal peruano* (pp. 596-598). Lima: Grijley.
- Abanto Vasquez, Manuel (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Achenbach, Hans (1995). Sanciones con las que se pueden castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán. En J. M. Silva Sánchez (dir.), *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (pp. 381). Barcelona: Bosch.
- Aebi, Marcelo; Antonia Linde & Natalia Delgrande (2015). Is there a relationship between imprisonment and crime in Western Europe? *European Journal on Criminal Policy and Research*, 21(3), 425-446.
- Aguirre, Carlos (2008). La historia social del Perú Republicano. En *Denle duro que no siente. Poder y transgresión en el Perú Republicano* (pp. 241-269). Lima: Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, AFINED.
- Aguirre, Carlos & Charles Walker (eds.) (1990). *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú: siglos XVIII-XX* (pp. 137-182). Lima: Instituto de Apoyo Agrario.
- Albrecht, Hans-Jörg (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alcócer Povis, Eduardo (2009). *La inclusión del enemigo en el derecho penal*. Lima: Reforma.

- Alcócer Povis, Eduardo (2014). *Introducción al derecho penal, parte general*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Alessandri, Alberto (2000). *Manuale di diritto penale dell'impresa*. 2ª ed. Boloña: Monduzzi.
- Ancel, Marc (1975). *Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle*. París: A. Pedone.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2003). *Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial*. En Varios autores, *Poder, derecho y corrupción* (pp. 190-192). México: Siglo XXI.
- Arroyo, Luis; Paloma Biglino & William Schabas (eds.) (2010). *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arroyo, Luis & Mireille Delmas-Marty (eds.) (2013). *Securitarismo y derecho penal*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Artaza Varela, Osvaldo (2014). *Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal*. En J. C. Hortal y V. Valiente (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance, programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 231-270). Buenos Aires: Edisofer.
- Asociación Internacional de Derecho Penal (2015). *Documentación Histórica de la Asociación (1926-2014)*. *Revue Internationale de Droit Pénal – RIDP* 3-4, 851-914.
- Asúa Batarrita, Adela (1998). Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo). *La Ley*, 3, 1638-1646.
- Asúa Batarrita, Adela (2006). El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, 'finalidades terroristas' y conductas periféricas. En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (I, pp. 239-276). Montevideo: Edisofer.
- Austin, Reginal & Maja Tjernström (2003). *Funding of Political Parties and election Campaigns*. Estocolmo: IDEA Internacional.
- Bacigalupo, Silvina (2001). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo Zapater, Enrique (2005). *Las teorías de la pena y el sujeto del derecho penal*. En G. Jacobucci (dir.), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*. Lima: Ara.
- Bacigalupo Zapater, Enrique (2012). *Compliance y derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

- Bajo Fernández, Miguel (1994). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo actual*. Cuadernos de Derecho Judicial - CDJ, 7, 101-119.
- Balvig, Flemming (2004). When law and order returned to Denmark. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 5(2), 162-187.
- Basadre, Jorge (1968). *Historia de la República del Perú 1822-1933*. T. I, III, IV. Lima: Editorial Universitaria.
- Baschet, Jérôme (2009). *La civilización feudal. Europa del año mil a la colonización de América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Batalla Rosado, Juan José (1995). La pena de muerte durante la Colonia —siglo XVI— a partir del análisis de las imágenes de los códices mesoamericanos. *Revista Española de Antropología Americana*, 25, 71-110.
- Baumann, Zygmunt (2006). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Beckett, Katherine & Steve Herbert (2010). *Banished. The new social control in urban America*. Nueva York: Oxford University Press.
- Belaunde, Víctor Andrés (1991). *La realidad nacional*. Lima: Horizonte.
- Bell, Daniel (1976). *The Coming of Post-Industrial Society*. Nueva York: Basic Books.
- Berenguer Mediavilla, Rafael (1989). «Miedo al delito: origen y prevención». Tesis doctoral. Facultad de Psicología de la Universidad de Valencia.
- Bernhard, William & David Leblang (2006). *Democratic Processes and Financial Markets. Pricing Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Björklund, Fredrika & Ola Svenonius (eds.) (2013). *Video surveillance and social control in a comparative perspective*. Londres: Routledge.
- Bock, Dennis (2011). *Criminal compliance*. Baden-Baden: Nomos.
- Bonilla, Heraclio (1974). *Guano y burguesía en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Bonilla, Heraclio & Karen Spalding (1972). *La independencia en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Jaime Campodónico.
- Bosch, Nikolaus (2002). *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos.
- Bottke, Wilfried (1996). Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland. En *Deutsche Wiedervereinigung, Unternehmenskriminalität* (III, pp. 73-97). Colonia: Heymann.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel (2008). *Manual de derecho penal. Parte general*. 4ª ed. Lima: Eddili.

- Brandáriz García, José Ángel (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson.
- Brandt, Hans-Jürgen (1986). *Justicia popular: nativos y campesinos*. Lima: Fundación F. Nauman.
- Bravo Bresani, Jorge (1970). Mito y realidad de la oligarquía peruana. En J. Bravo Bresani, Julio Cotler, José Matos Mar & Augusto Salazar Bondy, *Perú actual: sociedad y política* (pp. 45-71). Ciudad de México: UNAM.
- Brock, Bernard (2005). *Making Sense of Political Ideology: The Power of Language in Democracy*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- Brodeur, Jean Paul (2007). Comparative penology in perspective. En M. Tonry (ed.), *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective* (pp. 49-91). Chicago: University of Chicago Press.
- Bronner, Fred (1992). Church, Crown and Commerce in Seventeenth Century in Lima. A Synoptic Interpretation. *Jahrbuch für Geschichte, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 29, 75-89.
- Busch, Richard (1933). *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Leipzig: Weicher.
- Bustos Gisbert, Rafael (2000). La corrupción política de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal. En Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (pp. 36-37). Salamanca: Ratio Legis.
- Cameron, Iain (ed.) (2013). *EU Sanctions: Law and Policy Issues concerning restrictive measures*. Cambridge: Intersentia.
- Cancio Meliá, Manuel (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la Democracia*, 44, 19-26.
- Cancio Meliá, Manuel (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.
- Carbajo, Fernando (2012). Corrupción en el sector privado I. La corrupción privada y el derecho privado patrimonial. *Iustitia, Revista de la Universidad Santo Tomás*, 10, 281-342.
- Caro John, José (2010). *Normativismo e imputación jurídico penal: estudios en derecho penal funcionalista*. Lima: Ara.
- Caro John, José (2015). La autoría delictiva del funcionario público. *Ius Puniendi, Sistema Penal Integral*, 1(2).

- Castaño Tierno, Pablo (2014). ¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 538-561.
- Castells, Manuel (2000). *The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture*. Vol. 1. 2ª ed. Malden: Blackwell.
- Castillo Alva, José Luis & Percy García Caveró (2007). *El delito de colusión*. Lima: Grijley.
- Castiñeira, María Teresa & Ramón Ragues (2004). Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal supremo de los Estados Unidos. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 14, 59-86.
- Cavadino, Michael & James Dignan (2006). *Penal Systems: A comparative approach*. London: Sage.
- Cerezo Domínguez, Ana (2010). *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cervelló Donderis, Vicenta (2015). *Prisión perpetua y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cingari, Francesco (2011). Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. En F. Palazzo, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa* (pp. 15-16). Firenze: Firenze University Press.
- Coca Vila, Ivó (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En J. M. Silva Sánchez (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance* (pp. 43-76). Barcelona: Atelier.
- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2007). *Observación general número 10*. Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10.
- Congreso de la República (2016). *Narcotráfico y política. Informe de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, movimientos regionales y locales*. Lima: Congreso de la República.
- Corrado, Michael Louis (2006). Sex offenders, unlawful combatants and preventive detention. *North Carolina Law Review*, 84, 77-122.
- Coyle, Andrew; Helen Fair; Jessica Jacobson & Roy Walmsley (2016). *Imprisonment Worldwide: the current situation and an alternative future*. Bristol: Policy Press.
- Cubas Villanueva, Víctor (2000). *Constitución, proceso y poder político*. Lima: Palestra.
- Cubas Villanueva, Víctor (2009). *El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra.

- Cuerda Riezu, Antonio (2001). Los medios de comunicación y el derecho penal. En Luis Arroyo Zapatero & Adán Nieto Martín (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* (I, pp. 187-208). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Curbet, Jaume (2003). La producción de inseguridad en la sociedad global. En C. Binetti y F. Carrillo (eds.), *¿Democracia con desigualdad?* (pp. 130-161). Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- D'Andreis Zapata, Alberto Carlo (2012). *Los derechos humanos y la responsabilidad social empresarial. Pensamiento Americano*, 5(9), 9-17.
- Dannecker, Gerhard (1998). Das Unternehmen als good Corporate Citizen: ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung? En Alwart (Hrsg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft* (pp. 5-35). Munich: Hampp.
- Dannecker, Gerhard (2001). Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände: Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 151, 101-130.
- De Castro, Federico (1991). *La persona jurídica*. 2ª ed. Madrid: Civitas.
- De Maglie, Cristina (2002). *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*. Milán: Giuffré.
- De Simone, Giulio (2012). *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili stotici, dogmatici e comparatistici*. Firenze: ETS.
- Del Rosal Blasco, Bernardo (2009). ¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad? *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11(8), 1-64.
- Díaz Pita, María del Mar & Patricia Faraldo Cabana (2002). La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995. *Revista Derecho y Proceso Penal*, 7, 119-149.
- Díez-Picazo, Luis (2000). *La criminalidad de los gobernantes*. 2ª ed. Barcelona: Crítica.
- Díez Ripollés, José Luis (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35(103), 63-97.
- Díez-Ripollés, José Luis (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6(03), 1-34.
- Díez-Ripollés, José Luis (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(01), 1-37.
- Díez Ripollés, José Luis (2007). *Estudios penales y de política criminal*. Lima: IDEMSA.

- Díez-Ripollés, José Luis (2011). La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(12), 1-36.
- Díez-Ripollés, José Luis (2013a). Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas. Parte I y Parte II. *Boletín Criminológico*, 142-143.
- Díez-Ripollés, José Luis (2013b). *Tendencias político-criminales en materia de drogas*. En J.L. Díez Ripollés, *Política criminal y derecho penal*. Estudios. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez-Ripollés, José Luis (2014a). El control de espacios públicos como técnica de exclusión social. Algunos contrastes regionales. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 4(12), 1-28.
- Díez-Ripollés, José Luis (2014b). Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos. *Indret*, 4, 1-37.
- Díez-Ripollés, José Luis & Octavio García Pérez (coords.) (2008). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Montevideo: B de F.
- Díez-Ripollés, José Luis; Ana María Prieto del Pino & Susana Soto Navarro (2005). *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Doherty, Joe; Volker Busch-Geertsema y otros (2008). Homelessness and exclusion: regulating public space in European cities. *Surveillance and Society*, 5(3), 290-314.
- Downes, David & Kirstine Hansen (2006). Welfare and punishment in comparative perspective. En S. Armstrong & L. McAra (eds.), *Perspectives on Punishment* (pp. 133-154). Oxford: Oxford University Press.
- Downes, David (2007). Visions of penal control in the Netherlands. En M. Tonry (ed.), *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective* (pp. 93-125). Chicago: University of Chicago Press.
- Dünkel, Frieder; Tapio Lappi-Seppälä; Christine Morgenstern & Dirk van Zyl Smit (2010). Gefangenenraten und Kriminalpolitik in Europa: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen. En F. Dünkel, T. Lappi-Seppälä, C. Morgenstern y D. van Zyl Smit, *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten in europäischen Vergleich* (pp. 997-1092). Band 2. Mönchengladbach: Forum Godesberg.
- Ehrhardt, Anne (1994). *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Eschholz, Sarah (1997). The media and fear of crime: a survey of the research. *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, 9, 37-52.
- Espinoza Soriano, Waldemar (1979). La sociedad colonial y republicana (siglos XVI a XIX). En Carlos Aranibar y otros, *Nueva historia general del Perú* (pp. 195-230). Lima: Mosca Azul.
- Ewald, Alec & Brandon Rottinghaus (eds.) (2009). *Criminal disenfranchisement in an international perspective*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Fabián Caparrós, Eduardo A. (2000). La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio. En Eduardo Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (pp. 17-19). Salamanca: Ratio Legis.
- Feeley, Malcom & Jonathan Simon (1992). The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology* 30(4), 449-474.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2002a). *Imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Grijley.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2002b). *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente: presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*. Madrid: Civitas.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2013). Imputación objetiva en el derecho penal económico. En A. C. Acevedo, *Ensayos sobre derecho penal económico y de empresa* (pp. 28-48). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Fernández-Pacheco, Cristina (2015). Intimidad y publicidad de los antecedentes penales. Los registros para delincuentes sexuales. En Antonio Doval Pais (dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad* (pp. 211-244). Pamplona: Aranzadi.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2004). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza.
- Ferré Olivé, Juan Carlos (2002). Corrupción y fraude de subvenciones. En Juan Carlos Ferré Olivé (ed.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Ferrero Costa, Raúl (2001). *Perú: secuestro y rescate de la democracia*. Lima: Fondo de Cultura Económica.
- Ferro Veiga, José Manuel (2011). *Aspectos legales sobre el delito fiscal, la investigación patrimonial y el blanqueo de capital: radiografía de las tramas y de la delincuencia organizada nacional y transnacional*. Alicante: Club Universitario.

- Fiestas Loza, Alicia & Francisco Tomás y Valiente (2016) La historia del derecho penal. En Francisco Tomás y Valiente (ed.), *Memoria y legado de un maestro*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Flores Galindo, Alberto (1979). El militarismo y la dominación británica 1825-1845. En Carlos Aranibar y Heraclio Bonilla (eds.), *Nueva Historia General del Perú* (pp. 107-123). Lima: Mosca Azul.
- Flores Galindo, Alberto (1984). *Aristocracia y plebe. Lima, 1760-1830*. Lima: Mosca Azul.
- Foucault, Michel (2001). *Dits et écrits I. 1954-1975, II 1976-1988*. París: Gallimard.
- Foucault, Michel (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, Michel (2013). *Société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*. París: Seuil y Gallimard.
- Francia Sanchez, Luis (1993). Pluralidad cultural y derecho penal. *Derecho PUCP*, 47, 493-523.
- Frisch, Wolfgang (2004). *Comportamiento típico e imputación objetiva del resultado*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Fuentes, Manuel A. (1988). *Lima. Apuntes históricos, descriptivos, estadísticos y de costumbres*. Lima: Banco Industrial del Perú.
- Fuentes Osorio, Juan (2005). Los medios de comunicación y el derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(16), 1-51.
- Gallego Soler, Ignacio (2014). Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales. En S. Mir Puig y M. Corcoy (eds.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 195-226). Madrid: Edisofer.
- Garaycott Orellana, Norman (2012). *Política criminal en la Constitución Política del Perú*. Lima: San Marcos.
- García Arán, Ana & L. Peres-Neto (2009). Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 261-290.
- García Arán, Mercedes (2008). Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático. En Francisco Muñoz Conde (director). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (pp. 85-114). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Basalo, Juan Carlos (1954). *San Martín y la reforma carcelaria: aporte a la historia del derecho penal argentino y americano*. Buenos Aires: Arayú.

- García Cavero, Percy (1999). *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: Bosch.
- García Cavero, Percy (2008a). *La persona jurídica en el derecho penal*. Lima: Grijley.
- García Cavero, Percy (2008b). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Lima: Grijley.
- García Cavero, Percy (2012a). *Derecho Penal. Parte general*. 2ª ed. Lima: Jurista.
- García Cavero, Percy (2012b). Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Estudios de la Justicia*, 16, 55-74.
- García Cavero, Percy (2014a). *Criminal Compliance*. Lima: Palestra.
- García Cavero, Percy (2014b). Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos. En Susana Castañeda (coord.), *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública* (pp. 627-639). Lima: Jurista Editores.
- García Cavero, Percy (2015). *Derecho penal económico. Parte general*. 3ª ed. Lima: Instituto Pacífico.
- García Cavero, Percy (2016). El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada. En L. Zúñiga Rodríguez (dir.), *Ley contra el crimen organizado (ley 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal* (pp. 389-414). Lima: Instituto Pacífico.
- García Gibson, Ramón (2009). *Prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).
- García Marín, José María (2000). Proceso inquisitorial – Proceso Regio. Las garantías del procesado. *Historia. Instituciones. Documentos*, 27, 75-88.
- García Marín, José María (2010). El juicio de residencia en Indias ¿crisis de una institución clave del derecho común? *Revista catalana d'història del dret*, 15(1), 761-775.
- García-Pablos de Molina, Antonio (1988). *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa.
- García-Pablos de Molina, Antonio (1989). *Policía y criminalidad en el Estado de derecho*. En «Policía y Sociedad», Seminario de colaboración institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de Policía – Santander, del 17 al 21 de julio de 1989 (pp. 49-74).
- Garland, David (2010). *Peculiar institution: America's death penalty in an age of abolition*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Garófalo, James (1973). The fear of crime: Causes and consequences. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 72(2), 839-857.

- Garrido Eugenio, Masip Jaume & Carmen Herrero (2009). *Autoeficacia y delincuencia*. Madrid: Dykinson.
- Gildenhuis, JHS. (2004). *Ethics and Professionalism: The Battle against Public Corruption*. Stellenbosch: SUN.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1966). *Autor y cómplice en derecho penal*. Madrid: Universidad de Madrid.
- Goldstein, Herman (1987). Toward community-oriented policing: potential, basic requirements, and threshold questions. *NPPA Journal*, 33(1), 6-30.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2005a). ¿Imputabilidad de las personas jurídicas? En *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (pp. 425-466). Navarra: Aranzadi.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2005b). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2006). Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8(5), 1-27.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2012). Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: M. Bajo, B. Feijoo & C. Gómez Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas.
- González Cussac, José Luis (2004). La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal. *Revista Xuridica Galega*, 38, 13-38.
- González Cussac, José Luis (2006). *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Cussac, José Luis (2015) (dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Guarda, Claudio (2017) La política criminal aplicada (PCA): La deriva de la política criminal hacia la política pública. *Nuevo Foro Penal*, 88, 185-215.
- González Tascón, María Marta (2010). *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea*. Valladolid: Lex Nova.
- Granados Atlaco, Miguel Ángel (2005). *Derecho penal electoral mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.
- Haffke, Bernhard (1976). *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Frankfurt: Sauerlander.

- Harris, Alexes; Heather Evans & Katherine Beckett (2010). Drawing blood from stones: Legal debt and social inequality in the contemporary United States. *The American Journal of Sociology* 115(6), 1753-1799.
- Harris, Andrew; Jill Levenson & Alissa Ackermann (2014). Registered sex offenders in the United States: Behind the numbers. *Crime and Delinquency*, 60(1), 3-33.
- Hassemer, Winfried (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis.
- Hassemer, Winfried (2006). Sicherheit durch Strafrecht. *Strafverteidiger*, 321-332.
- Hassemer, Winfried & Francisco Muñoz Conde (2012). *Introducción de la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Heath, Linda (1984). Impact of newspaper crime reports on fear of crime: Multimethodological investigation. *Journal of Personality and Social Psychology*, 47(2), 263-276.
- Heindenheimer, Arnold J. & Frank C. Langdon (1968). *Business Associations and the financing of political parties: A comparative study of the evolution of practices in Germany, Norway, and Japan*. La Haya: Martinus Nijhoff.
- Heine, Günter (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos.
- Heine, Günter (1998a). Kollektive Verantwortlichkeit. En A. Eser, B. Huber & K. Cornils (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung in Strafrecht*. Friburgo: Instituto Max Planck.
- Heine, Günter (1998b). Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als »zweite Spur«. En Interdisziplinäres Symposium «Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft» (pp. 90-112). Munich: Hampp.
- Heine, Günter (2001). Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften. *SchwZStr* 120.
- Hernández Basualto, Héctor (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*, 5(9), 207-236.
- Hinds, Lyn (2005). Crime control in Western countries. En J. Pratt, D. Brown, M. Brown, S. Hallsworth & W. Morrison, *The New Punitiveness* (pp. 47-65). Cullompton: Willan.
- Hirsch, Hans (1993). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1993, 1099-1124.

- Hirsch, Hans (1995). Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107(2), 285-323.
- Hofer, Hanns von (2000). Die elektronische Überwachung von Straftätern in Schweden. En J. M. Jehle (ed.), *Täterbehandlung und neue Sanktionsformen. Kriminalpolitische Konzepte in Europa* (pp. 349-358). Mönchengladbach: Forum.
- Hofer, Hanns von & Hernrik Tham (2013). Punishment in Sweden: A changing penal landscape. En V. Ruggiero y M. Ryan (eds.), *Punishment in Europe* (pp. 33-57). UK: Palgrave McMillan.
- Hrebenar, Ronald J. & Bryson B. Morgan (2009). *Lobbying in America: A reference Handbook*. Santa Bárbara: ABC-CLIO.
- Hugo Álvarez, Jorge B. (2007). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hurtado Pozo, José (1979). *Ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: CEDYS.
- Hurtado Pozo, José (2001). Responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo. En M. Moreno Hernández (coord.), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI* (pp. 449-467). Ciudad de México: CEPOLCRIM.
- Hurtado Pozo, José (2003). Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado? *Anuario de Derecho Penal 2003*, 357-380.
- Hurtado Pozo, José (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Hurtado Pozo, José & Víctor Roberto Prado Saldarriaga (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. t. I y II. 4ª ed. Lima: IDEMSA.
- Isea Silva, Ricardo (2011). *Las empresas y los derechos humanos. Cuadernos de la Cátedra «La Caixa» de Responsabilidad social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, 12. https://www.iese.edu/es/files/cuaderno12_Final_tcm5-71129.pdf.
- Jacobs, James (2004). Prison reform amid the ruins of prisoner's rights. En M. Tonry (ed.), *The future of imprisonment* (pp. 179-196). Nueva York: Oxford University Press.
- Jacobs, James (2015). *The eternal criminal record*. Cambridge: Harvard University Press.
- Jakobs, Günther (1991). *Strafrecht*. 2ª ed. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter.
- Jakobs Günther (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Cancio Meliá. Madrid: Ad Hoc.
- Jakobs, Günther (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Jakobs, Günther (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En AA. VV., *El funcionalismo en el derecho penal* (pp. 45-46). T. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther (2004a). Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *HRRS*, 3, 88-95.
- Jakobs, Günther (2004b). ¿Punibilidad de las personas jurídicas? Trad. de Suárez González. En P. García Caveró (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Mendoza: Cuyo.
- Jakobs, Günther (2015). La autoría delictiva del funcionario público. *Ius Puniendi*, 1(2).
- Jiménez de Asúa, Luis (1926). *El derecho penal en la República del Perú*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Jiménez de Asúa, Luis (1964). *Tratado de derecho penal*. T. I. 3ª ed. Buenos Aires: Losada.
- Jiménez de Asúa, Luis (1980). *La ley y el delito*. 10ª ed. Buenos Aires: Sudamericana.
- Jiménez Ruiz, Francisco Javier (2005). *Financiamiento a partidos políticos y teoría de juegos*. Ciudad de México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Jiménez Vallarejo, Carlos (2006). Corrupción y sistema político. En Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (eds.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Colección Marino Barbero Santos. Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha.
- Kaufmann, Arthur (1999). *Filosofía del derecho*. Trad. L. Villar y A. M. Montoya. Bogotá: Universidad Externado.
- Kepel, Gilles (2004). *Jihad. The Trail of Political Islam*. Londres: Tauris.
- Killias, Martin & Christian Clerici (2000). Different measures of vulnerability in their relation to different dimensions of fear of crime. *British Journal of Criminology*, 40(3), 437-450.
- Kotkin, Stephen & Andrés Sajó (2002). *Political Corruption in Transition: A Skeptic's Handbook*. Nueva York: CEU.
- Kremnitzer, Mordechai & Khalid Ghanayim (2001). Die Strafbarkeit von Unternehmen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113(3), 539-564.
- Kuhn, André (2012). *Quel avenir pour la justice pénale?* Charmey: Editions de l'Hèbe.
- Kurki, Leena & Morris Norval (2001). The purposes, practices and problems of supermax prisons. En M. Tonry (ed.), *Crime and justice. A review of research*, 28, 385-424.
- Lahera Parada, Eugenio (2004). *Chile como pregunta*. Santiago de Chile: LOM.
- Lahti, Raimo (2000). Towards a rational and humane criminal policy? Trends in Scandinavian penal thinking. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 1(2), 141-155.

- Lamas Puccio, Luis (2016). *Lavado de activos y operaciones financieras sospechosas*. Lima: Instituto Pacífico.
- Lampe, Ernst (2003). *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley.
- Lappi-Seppälä, Tapio (2007). Penal Policy in Scandinavia. *Crime and Justice*, 36(1), 217-295.
- Lappi-Seppälä, Tapio (2008). Trust, Welfare, and Political Culture. *Crime and Justice*, 37, 313-387.
- Larrauri Pijoan, Elena (2009). La economía política del castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11(6), 1-22.
- Larrauri Pijoan, Elena (2014). Legal protection against criminal background checks in Europe. *Punishment and Society*, 16(1), 50-73.
- Levy, René (2007). Pardons and amnesties as policy instruments in contemporary France. *Crime and Justice*, 36(1), 551-590.
- Lindström, Peter & Eric Leijonram (2008). The Swedish prison system. En P. Tak & M. Jendly (eds.), *Prison policy and prisoners' rights* (pp. 559-570). Nimega: Wolf.
- López Sánchez, José (2013). La delincuencia organizada como amenaza estratégica. En J. Gonzales Rus (dir.), *La criminalidad organizada* (pp. 329-355). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- López Soria, José Ignacio (1979). La época del rompimiento. En *Nueva historia general del Perú* (pp. 87-105). Lima: Mosca Azul.
- Louks, Nancy; Olwen Lyner & Tom Sullivan (1998). The employment of people with criminal records in the European Union. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6(2), 195-210.
- Luna, Eduardo Fernando (2007). *Congreso y control. Hacienda pública, responsabilidad política, estados de emergencia, relaciones internacionales y acuerdos*. Mendoza: Cuyo.
- Lynch, Mona (2001). From the punitive city to the gated community: security and segregation across the social and penal landscape. *University of Miami Law Review*, 56(89), 1-24.
- Mannarelli, María Emma (1993). *Pecados públicos. La ilegitimidad en Lima, siglo XVII*. Lima: Flora Tristán.
- Manrique, Nelson (1995). *Historia de la República*. Lima: COFIDE.
- Mantovani, Ferrando (2008). El derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal. Valdés,

- Mariscal, Cuernica, Martínez, Alcácer (coords.), *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Vol. 1. Madrid: Edisofer.
- Manza, Jeff & Christopher Uggen (2008). *Locked out. Felon disenfranchisement and American democracy*. New York: Oxford University Press.
- Maqueda Abreu, María Luisa (2003). Crítica a la reforma penal anunciada. *Jueces para la Democracia*, 47, 6-11.
- Maqueda Abreu, María Luisa (2004). Políticas de seguridad y Estado de derecho. En Fernando Pérez Álvarez (ed), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta (1287-1298)*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Mariátegui, José Carlos (1972). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Mason, John Alden (1968). *The ancient civilizations of Peru*. Harmondsworth: Penguin.
- Mathison, Gilbert F. (1973). Excursión a Pachacamac y Chorrillos (1822). En Estuardo Núñez, *El Perú visto por viajeros, I*. Lima: Peisa.
- Mauer, Marc & Meda Chesney-Lind (eds.) (2002). *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*. Nueva York: The New Press.
- May, David C.; Kevin I. Minor; Rick Ruddell & Betsy A. Matthews (2008). *Corrections and the Criminal Justice System*. Massachusetts: Jones and Bartlett.
- Medina Ariza, Juan (2011). *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*. Montevideo: B de F.
- Meini Méndez, Iván (2007a). Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. *Revista Derecho PUCP*, 60, 17-50.
- Meini Méndez, Iván (2007b). Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos. En F. Macedo (coord.). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* (pp. 151-153). Lima: IDEHPUCP.
- Mele, Christopher & Teresa Miller (eds.) (2005). *Civil penalties, social consequences*. Nueva York: Routledge.
- Mendoza Llamacponcca, Fidel (2016). Tratamiento del objeto material y del delito previo en el lavado de activos. En L. Zúñiga Rodríguez (dir.), *Ley contra el crimen organizado (ley 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal* (pp. 491-578). Lima: Instituto Pacífico.
- Merino Huerta, Mauricio (2003). *La transición votada: Crítica a la interpretación del cambio político en México*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Midtveit, Elen (2005). Crime prevention and exclusion: from walls to opera music. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 6(1), 23-38.

- Millones, Luis (1995a). *Nuestra historia. Perú colonial*. Lima: COFIDE.
- Millones, Luis (1995b). *Perú colonial. De Pizarro a Tupac Amaru II*. Lima: COFIDE.
- Mir Puig, Santiago; Mirenxu Corcoy Bidasolo & Víctor Gómez Martín (2014). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: EDISODER.
- Moccia, Sergio (2003). *El derecho penal, entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. Alberto Bonanno. Buenos Aires: B de F.
- Molina, Iván & Steven Palmer (2004) *Historia de Costa Rica: breve, actualizada y con ilustraciones*. 4ª reimpresión. San José: Universidad de Costa Rica.
- Montero Cruz, Estuardo (2012). El ciudadano y el enemigo en el derecho penal peruano: una aproximación política y científica desde la teoría de los sistemas sociales autopoieticos. En R. Pariona (coord.), *20 años de vigencia del Código Penal peruano* (pp. 53-54). Lima: Grijley.
- Muncie, John & Barry Goldson (eds.) (2006). *Comparative Youth Justice*. Londres: Sage.
- Nelken, David (2005). When is a society non-punitive? The Italian case. En J. Pratt, D. Brown, M. Brown, S. Hallsworth & W. Morrison, *The New Punitiveness* (pp. 218-235). Cullompton: Willan.
- Nelken, David (2010). *Comparative Criminal Justice*. Los Ángeles: Sage.
- Newburn, Tim (2007). Tough on crime: Penal policy in England and Wales. *Crime and Justice*, 36(1), 425-470.
- Nieto, Mariano & Roberto Fernández (2004). Responsabilidad social corporativa, la última innovación en management. *Universia Business Review*, 1, 28-39.
- Nieto Martín, Adán (2004). La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El artículo 445 en el código penal español. En A. Nieto Martín, *Estudios de derecho penal* (pp. 125-127). Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha.
- Nieto Martín, Adán (2008). La responsabilidad de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. En J. Serrano-Piedecasas & E. Demetrio Crespo (coords.), *Cuestiones actuales del derecho penal económico* (pp. 131-160). Madrid: Colex.
- Nieto Martín, Adán (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. En P. Montiel, L. Khulen & I. Ortiz de Urbina, *Compliance y teoría del Derecho penal* (pp. 21-50). Madrid: Marcial Pons.
- Norris, Clive; Mike McCahill & David Wood (2002). The growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space. *Surveillance and Society*, 2(2-3), 110-135.

- O'Neil, Siobhan (2007). *Terrorist Precursor Crimes: Issues and Options for Congress*. CRS Report for Congress. <https://fas.org/sgp/crs/terror/RL34014.pdf>.
- Observatorio Nacional de Política Criminal (2017a). *Lavado de activos en el Perú. Análisis de resoluciones judiciales 2013-2016*. Lima: MINJUS.
- Observatorio Nacional de Política Criminal (2017b). *Crímenes patrimoniales, tráfico ilícito de drogas y agresiones sexuales. Un análisis desde el sistema penitenciario*. Lima: MINJUS.
- OEA (2016a). *Informe final del XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos*. Reunión de los subgrupos de trabajo, 26-28 de mayo. Washington DC: Organización de Estados Americanos.
- OEA (2016b). *Estudio sobre técnicas especiales de investigación en lavado de dinero y financiamiento del terrorismo del XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos*. Punta Cana: Organización de Estados Americanos.
- OEA (2016c). *Estudio sobre análisis de riesgo asociado al LD/FT que permita homologar conceptos en materia de riesgos según las recomendaciones del GAFI. XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos*. Punta Cana: Organización de Estados Americanos.
- OECD - Organisation for Economic Co-Operation and Development (2008). *Corruption, a Glossary of International Standards in Criminal Law*. París: OCDE.
- Ontiveros, Miguel (2017). *Derecho penal. Parte general*. México: INACIPE.
- ONU – Organización de las Naciones Unidas (2005). Informe del Secretario General Kofi Annan. Nueva York: ONU.
- ONU – Organización de las Naciones Unidas (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. Nueva York y Ginebra: ONU.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el derecho penal económico. En J. M. Silva Sánchez & F. Miró Linares (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica* (pp. 263-282). Madrid: La Ley.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2014). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way. En J. C. Hortal & V. Valiente (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 35-88). Buenos Aires: Edisofer.
- Palop Ramos, José-Miguel (1996). Delitos y penas en la España del Siglo XVIII. *Revista de Historia Moderna*, 22, 65-104.

- Pariona Arana, Raúl (2006). Participación en los delitos especiales. En *El derecho penal contemporáneo: libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera* (pp. 747). Lima: Ara.
- Pariona Arana, Raúl (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia. *Gaceta Penal*, 19, 69-83.
- Pastor, Marialba (2013). Historia y grafía. *Universidad Iberoamericana*, 40, 165-192.
- Páucar Chappa, Marcial (2012). El nuevo delito de financiamiento del terrorismo en el Perú. *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42, 135-150.
- Páucar Chappa, Marcial (2014). *Los favores políticos y el lobby en el escenario de la corrupción política*. Lima: ARA.
- Pease G. Y., Franklin (1992). *Perú. Hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*. T. II. Lima: Edubanco.
- Penal Reform International (2007). Alternatives to the death penalty: the problems with life imprisonment. *Penal Reform Briefing*, 1. www.penalreform.org.
- Peña Cabrera-Freyre, Alonso (2013). *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. Lima: Ideas.
- Peña Jumpa, Antonio (2004). *Poder judicial comunal aymara en el sur andino*. Bogotá: ILSA.
- Peña Jumpa, Antonio (2006). *Communitarian law and justice based on people's identity: The Aymara experience*. Lovaina: Universidad Católica de Lovaina.
- Peña Jumpa, Antonio (2009). *Multiculturalidad y constitución: El caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- Peña Jumpa, Antonio (2014). *Justicia intercultural. Intercambio, Revista del Apostolado Social de la Compañía de Jesús en el Perú*, 28. <http://intercambio.pe/justicia-intercultural-en-el-peru/>
- Petersilia, Joan (2003). *When prisoners come home. Parole and prisoner reentry*. Nueva York: Oxford University Press.
- Petrunik, Michael & Linda Deutschmann (2008). The exclusion-inclusion spectrum in state and community response to sex offenders in Anglo-American and European jurisdictions. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 52(5), 499-519.
- Pieth, Mark (2001). Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz. *SchwZStr*, 120, 1-17.
- Pinard, Michael (2010). Collateral consequences of criminal convictions: confronting issues of race and dignity. *New York University Law Review*, 85, 457.

- PNUD – Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2016). *Informe sobre Desarrollo Humano 2016*.
- Poveda Perdomo, Alberto (2000). *La corrupción y el régimen*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Prado Saldarriaga, Víctor (1985). *Política criminal peruana*. Lima: Cultural Cuzco.
- Prado Saldarriaga, Víctor (1997). El lavado de dinero como delito internacional. *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú*, 47-50, 129-136.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2007). Independencia funcional, corrupción y personas expuestas políticamente: Nuevas opciones preventivas. En Roxana Jiménez Vargas-Machuca (coord.), *Independencia judicial. Visión y perspectivas* (pp. 215-223). Lima: D&L.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2009). *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2014). El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana. En Organización de los Estados Americanos, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición Especial para el Perú*. 4ª ed. (pp. 224-332). Washington DC y Lima: OEA.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2015). Criminalidad organizada y lavado de activos en economías emergentes: el caso peruano. *Ius Puniendi*, 1, 3.
- Prado, Saldarriaga, Víctor (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Lima: IDEMSA.
- Prado, Saldarriaga, Víctor (2017a). Criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú. En L. Zúñiga Rodríguez (dir.), *Ley contra el crimen organizado (ley 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal* (pp. 344-388). Lima: Instituto Pacífico.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2017b). *Delitos y penas, una aproximación a la Parte Especial*. Lima: Ideas.
- Pratt, John (2008). Scandinavian exceptionalism in an era of penal excess I. *British Journal of Criminology*, 48(2), 119-137.
- Proctor, Robert (1973). De Trujillo a Lima (1823). En Estuardo Núñez, *El Perú visto por viajeros, I*. Lima: Peisa.
- Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) (2016). *Estudio preliminar, comentarios a la reforma penal de 2015*. Navarra: Aranzadi.
- Quiroz, Alfonso (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: IEP.

- Ramos Vásquez, Isabel (2008). Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. *Revista de Estudios Jurídicos*. Madrid: Ministerio del Interior.
- Raymond, Walter John (1992). *Dictionary of Politics: Selected American and Foreign Political and Legal Terms*. 7ª ed. Toronto: Brunswick.
- Reátegui Sánchez, James (2012). *Derecho Penal. Parte Especial*. T. I. 2ª ed. Lima: Legales.
- Rechea Alberola, Cristina; Esther Fernández Molina & María José Benítez Jiménez (2004). Tendencias sociales y delincuencia. *Informe del Centro de Investigación en Criminología Universidad Castilla La Mancha*, 11, 1-69.
- Rechea Alberola, Cristina & Esther Fernández Molina (2006). Los discursos sobre seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia en la prensa española. *Informe del Centro de Investigación en Criminología, Universidad de Castilla La Mancha*, 13, 1-40.
- Rico, José María & Luis Salas (1988). *Inseguridad ciudadana y delito*. Madrid: Tecnos.
- Roché, Sebastian (2007). Criminal justice policy in France. *Crime and Justice*, 36(1), 471-550.
- Rodríguez Gómez, Carmen (2004) Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública. En Nicolás Rodríguez García & Eduardo Fabián Caparrós (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (pp. 193-194). Salamanca: Ratio Legis.
- Rojas Vargas, Fidel (2012). *Derecho penal práctico, procesal y disciplinario*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Romer, Daniel; Kathleen Jamieson & Sean Aday (2003). Television news and the cultivation of fear of crime. *Journal of Communication*, 53(1), 88-104.
- Rose-Ackerman, Susan (2001). *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal, parte general*. Madrid: Civitas.
- Roxin, Claus (1998 [1963]). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 6ª ed. Trad. Cuello-Serrano. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, Claus (2006 [1963]). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 8ª ed. Trad. Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, Claus (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley.
- Roxin, Claus (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. T. II. Madrid: Marcial Pons.
- Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP.

- Rueda Martín, Ángeles (2013). Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. En Francisco Heydegger & Juliana Atahuamán (coords.), *Delitos contra la administración pública* (pp. 115-151). Lima: Idemsa.
- Ruidíaz García, María Carmen (1997). *Justicia y seguridad ciudadana*. Madrid: Edersa.
- Safire, William (2008). *Safire's Political Dictionary*. Nueva York: Oxford University Press.
- Salas Calero, Luis P. (1997). La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en América Latina. En Juan-Luis Gómez Colomer & José Luis Gonzáles Cussac (coords.), *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al prof. Klaus Tiedemann* (pp. 235-236). Castellón: Universitat Jaume I.
- Salinas Siccha, Ramiro (2013). El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En Heydegger & Atahuaman (coords.), *Delitos contra la administración pública* (pp. 335-375). Lima: Idemsa.
- Salinas Siccha, Ramiro (2016a). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (pp. 275-318). Lima: Gaceta Jurídica.
- Salinas Siccha, Ramiro (2016b). *Delitos contra la administración pública*. 4ª ed. Lima: Iustitia-Grijley.
- San Martín Castro, César (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Lima: Palestra.
- San Martín Castro, César (2012). *Estudios de derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Sánchez Velarde, Pablo (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA.
- Sánchez-Vera, Javier (2003). Delito de infracción de deber. En E. Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (I, pp. 271-288). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanguineti, Wilfredo (dir.) (2011). *Propuestas para la igualdad de género en la negociación colectiva en Castilla y León*. Madrid: Bomarzo.
- Savage, Joanne; Richard Bennett & Mona Danner (2008). Economic assistance and crime: a cross-national investigation. *European Journal of Criminology*, 5(2), 217-238.
- SBS – Superintendencia Nacional de Banca, Seguros y AFP (2011). *Plan nacional de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*. Lima: SBS.
- SBS – Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2017). *Información estadística. Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Enero 2007 a mayo 2017*. Lima: SBS.

- Schafer, Joseph; Beth Huebner & Timothy Bynum (2006). Fear of crime and criminal victimization: Gender-based contrasts. *Journal of Criminal Justice* 34(3), 285-301.
- Schroth, Hans (1993). *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Gießen: Brühlscher.
- Schünemann, Bernd (1979). *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Berlin: Heymann.
- Schünemann, Bernd (1995). La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann* (pp. 565-600). Madrid: BOES.
- Schünemann, Bernd (2006a). El dominio sobre el fundamento del resultado. Trad. Mariana Sacher. En *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: IDEMSA.
- Schünemann, Bernd (2006b). La responsabilidad penal de la empresa y sus órganos directivos en la Unión Europea. En M. Bajo Fernández, S. Bacigalupo & C. Gómez-Jara (coords.), *Constitución europea y derecho penal económico: mesas redondas de derecho y economía* (pp. 141-157). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Seilmann, Kurt (2002). *Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias*. Trad. P. García Caverro. En P. García Caverro (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes* (p. 32). Lima: Ara.
- Seiler, Walter (1967). *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*. Freiburg: Universitätsverlag.
- Seminara, Sergio (2014). Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. En J. C. Hortal & V. Valiente (coord.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 127-160). Buenos Aires: Edisofer.
- Serrano Gómez, Alfonso (dir.) & Carlos Vázquez González (coord.) (2007). *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*. Madrid: Edisofer.
- Sieber, Ulrich (2008). Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. En *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag* (pp. 449-484). Colonia y Munich: Max-Planck-Institut für ausl. U. internat. Strafrecht.
- Sierralta Ríos, Aníbal (2005). *Negociaciones comerciales internacionales: texto y casos*. Lima: PUCP.
- Silva Sánchez, Jesús (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch.

- Silva Sánchez, Jesús (1995). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Silva Sánchez, Jesús (2004). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal Español. En P. García Caveró (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes* (pp. 141-212). Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo.
- Silva Sánchez, Jesús (2013). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier.
- Simon, Jonathan (2007). *Governing through crime*. Nueva York: Oxford University Press.
- Skogan, Wesley (1986). Fear of crime and neighborhood change. *Crime and Justice*, 8, 203-229.
- Snacken, Sonja (2007). Penal policy and practice in Belgium. *Crime and Justice*, 36(1), 127-215.
- Sparks Richard & Ian Loader (2011). *Public Criminology?* Londres: Routledge.
- Soto Navarro, Susana (2005). La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 7-9, 1-46.
- Straus, Jacob R. (2011). *Lobbying Registration and Disclosure: Before and After the Enactment of Honest Leadership in Government Act of 2007*. CRS Report of Congress. Washington DC: Congreso de los EE.UU.
- Suardo, Juan (1935). *El diario de Lima*. Lima: Concejo provincial de Lima.
- Suárez Gonzáles, Carlos (2001). Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos. En J. M. Silva Sánchez (ed.), *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública* (pp. 149-166). Lima: Grijley.
- Suárez, Margarita (2001). *Desafíos transatlánticos. Mercaderes, banqueros y el estado en el Perú virreinal, 1600-1700*. Lima: Fondo de Cultura Económica.
- Suárez, Margarita (2014). Reforma, orden y concierto en el Perú del siglo XVII: el arbitrio de Joan de Belveder. *Anuario de Estudios Americanos*, 71(1) 25-46.
- Tak, Peter & Manon Jendly (eds.) (2008). *Prison policy and prisoners' rights*. Nimega: Wolf.
- Talavera Elguera, Pablo (2011). El derecho procesal penal del enemigo en la legislación comparada (parte I). *Justicia y Democracia*, 10, 35-63.
- Tamarit Sumalla, Josep Maria (2007a). Política criminal con bases empíricas en España. *Política criminal: revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, 3, 1-16.

- Tamarit Sumalla, Josep Maria (2007b). Sistema de sanciones y política criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9(6), 1-40.
- Tejada, Simeón (1859). Nota de remisión. En Comisión codificadora en materia penal, Código Penal del Perú presentado en proyecto al cuerpo legislativo por la Comisión Revisora (p. III). Lima: J. Monterola.
- Teubner, Gunther (1987). Unternehmenskorporativismus: New Industrial Policy und das Wesen «der Juristischen Person. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2, 61-85.
- Tham, Henrik (2001). Law and order as a leftist project? *Punishment and society*, 3(3), 409-426.
- Thomas, Terry (2010). European developments in sex offender registration and monitoring. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18, 403-415.
- Thomé, Henrique Inácio (2004). *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Thompson, Edward P. (2014). *La guerre des forêts*. Paris: La Découvert.
- Thurner, Mark (2005). Una historia peruana para el pueblo peruano. De la genealogía fundacional de Sebastián Lorente. En *Sebastián Lorente, Escritos fundacionales de historia peruana* (15-76). Lima: UNMSM.
- Tiedemann, Klaus (1988). Die «Bebußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift*, 41, 1169-1174.
- Tiedemann, Klaus (2010). *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3. Munich y Colonia: Vahlen y Franz.
- Tomas y Valiente, Francisco (1996). El derecho penal como instrumento de gobierno. *Revista de Historia Moderna*, 22, 249-262.
- Tonry, Michael (1996). *Sentencing matters*. Nueva York: Oxford University Press.
- Tonry, Michael (2004). *Thinking about crime*. Nueva York: Oxford University Press.
- Tonry Michael (2007). Determinants of penal policies. *Crime and Justice*, 36(1), 1-48.
- Tonry, Michael & Anthony Doob (eds.) (2004). *Youth crime and youth justice: Comparative and cross-national perspectives*. Chicago: University of Chicago Press.
- Tyler, Tom (2003). Procedural justice, legitimacy and the effective rule of law. *Crime and Justice*, 30, 283-357.
- UE – Unión Europea (2017). *Serious and organised crime threat assessment. Crime in the age of technology*. <https://www.europol.europa.eu/activities-services/>

main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017.

- Ugaz Sánchez-Moreno, José (2013). ¿Es el efectivo para controlar la corrupción? En AA.VV., *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos* (pp. 1003-1005). Lima: IDEMSA.
- Uggen, Christopher; Jeff Manza & Melissa Thompson (2006). Citizenship, democracy and the civic reintegration of criminal offenders. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605(1), 281-310.
- UNODC- Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York: Naciones Unidas.
- UNODC –Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2012). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Viena: Naciones Unidas.
- UNODC – Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2014). *Disposiciones legislativas modelo sobre delincuencia organizada*. Nueva York: Naciones Unidas.
- UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime (2015). *Annual Report. Covering activities during 2015*. Viena: UNODC.
- Valbuena Yamhure, Ketty (1980). *El delito político*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Van Ruymbeke, R. (2000) Trading in influence and illegal financing of political parties. En *Council of Europe, Trading in influence and illegal financing of political parties* (pp. 15-16). Estrasburgo: Council of Europe.
- Van Weezel, Alex (2010). Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Política criminal*, 5(9), 114-142.
- Van Zyl Smit, Dirk & Frieder Dünkel (2001). *Imprisonment today and tomorrow. International perspectives on prisoner's rights and prison conditions*. La Haya: Kluwer.
- Varona Gómez, Daniel (2009). ¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 1-31.
- Varona Gómez, Daniel (2011). Medios de comunicación y punitivismo. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 1-34.
- Vassalli, Giuliano (1995). Emergencia criminal y sistema penal. En Julio Maier & Alberto M. Binder (comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún* (p. 435). Trad. Gerónimo Seminara. Buenos Aires: El Puerto.
- Vázquez González, Carlos (2005). *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson.

- Vervaele, John (2007). *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Vervaele, John (2015). *Internacionalización del derecho penal procesal penal. Necesidades y desafíos*. Lima: Jurista.
- Viano, Emilio (2008). Guantánamo: the crucible for human and constitutional rights in XXIst-Century USA. En Peter Tak & Manon Jendly (ed.), *Prison policy and prisoners' rights*. Nimega: Wolf.
- Vidales, Catalina (2013). Derecho Penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social). *Derecho y Proceso Penal*, 32, 269-295.
- Vidaurre, Manuel Lorenzo (1828). *Proyecto de un Código Penal*. Boston: Hiram Tupper.
- Viganó, Francesco (2007). Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti. *Studi Urbinati, A Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 58(4), 329-348.
- Viganó, Francesco (2012). Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH. En Mir Puig & Corcoy Bidasolo (dirs.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2006). *Derecho penal, parte general*. Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2011). Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 82(3), 559-573.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2013). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Villa Stein, Javier (2014). *Derecho penal. Parte general*. 4ta. ed. Lima: Ara.
- Vivanco Lara, Carmen (1990). Bandolerismo colonial peruano, 1760-1810. Caracterización de una respuesta popular y causas económicas. En Carlos Aguirre & Charles Walker, eds., *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú, siglos XVIII-XX*. Lima: Instituto de Apoyo Agrario.
- Vives Antón, Tomás (2008). ¿Estado democrático o estado autoritario?: reflexiones jurídico-políticas a propósito de un anteproyecto de código penal. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 4, 264-273.
- Vogel, Joachim (1995). Wege zu europäisch-einheitliche Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts: Kompetenzrechtliche, methodische und inhaltliche Grundfragen. *JuristenZeitung*, 7, 331-341.
- Vogel, Joachim (2004). Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas. En S. Mir Puig & M. Cordoy (dirs.), *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier.

- Von Freier, Friedrich (1998). *Kritik der Verbandsstrafe*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Von Kempfen Piet-Hein (ed.) (2012). *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Cambridge: Intersentia.
- Von Kempfen, Piet-Hein & Warren Young (eds.) (2014). *Prevention of reoffending. The value of rehabilitation and the management of high-risk offenders*. Cambridge: Intersentia.
- Voronova, Sofija (2016). Combating terrorism. *European Parliament. Briefing. EU Legislation in Progress*. 14 de julio. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI\(2016\)586628_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586628/EPRS_BRI(2016)586628_EN.pdf).
- Vozmediano, Laura; César San Juan & Ana Isabel Vergara (2008). Problemas de medición del miedo al delito: Algunas respuestas teóricas y técnicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 1-17.
- Wacquant, Loïc (2009). *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*. Durham: Duke University Press.
- Walker, Charles (1990). Montoneros, bandoleros, malhechores: criminalidad y política en las primeras décadas republicanas. En Carlos Aguirre y Charles Walker (eds.), *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú: siglos XVIII-XX* (pp. 105-136). Lima: Instituto de Apoyo Agrario.
- Warr, Mark (1994). Public perceptions and reactions to violent offending and victimization. *Understanding and Preventing Violence*, 4, 1-66
- Webster, Cheryl Marie & Anthony Doob (2007). Punitive trends and stable imprisonment rates in Canada. En M. Tonry (ed.), *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective* 36(1), 297-369.
- Weisser, Bettina (2009). Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen. *ZStW* 121, Heft 1, 131-161.
- Welsh, Brandon & David Farrington (2009). *Making public places safer. Surveillance and crime prevention*. New York: Oxford University Press.
- Whitman, James (2003). *Harsh Justice*. Nueva York: Oxford University Press.
- Wieland, Josef (1998). Globalisierung und rechtliche Verantwortung. Die Unternehmung als Akteur der Gesellschaft. En *Interdisziplinäres Symposium «Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft»* (III, pp. 46-59). Munich: Hampp.
- Winter Etcheberry, Jaime (2015). La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En K. Ambos, C. Caro Coria & E. Malarino (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (pp. 91-142). Lima: Jurista.

- Wolfe, Alan (1997). *Los límites de la legitimidad: las contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*. 3ª ed. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Yadav, Vineeta (2011). *Political Parties, Business Groups and Corruption in Developing Countries*. Nueva York: Oxford University Press.
- Zaffaroni, Eugenio (1988). *Política Criminal Latinoamericana: perspectivas y disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zaffaroni, Raúl (1993). *Hacia un realismo jurídico penal*. Caracas: Monte Ávila.
- Zaffaroni, Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson.
- Zaffaroni, Raúl (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Ciudad de México: Coyoacán.
- Zimring, Franklin (2003). *The contradictions of American Capital Punishment*. Oxford: Oxford University Press.
- Zimring, Franklin; Gordon Hawkins & Sam Kamin (2001). *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*. New York: Oxford University Press.
- Zizek, Slavoj (2012). *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur.
- Zugaldía Espinar, José (1994). Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. *Cuadernos de Política Criminal*, 53, 613-627.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2003). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 2ª ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2009a). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3ª ed. Pamplona: Aranzadi.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2009b). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Granada: Comares.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2012). *Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del delito de cuello blanco*. *Derecho y Sociedad*, 39, 88-97.
- Zysman Quirós, Diego (2013). *Castigo y determinación de la pena en Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons.

Documentos, legislación y jurisprudencia citados

- Asamblea General de Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1994, Resolución 49/60.
- Asamblea General de Naciones Unidas, 11 de diciembre de 1995, Resolución 50/53.
- Asamblea General de Naciones Unidas, 17 de diciembre de 1996, Resolución 51/210.

- Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú. Proyecto de Código Penal, ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015.
- Comisión Europea. Informe basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo del 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2004) 409 final, 09.06.2004.
- Comisión Europea. Informe basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, del 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2007) 681 final, 06.11.2007.
- Comisión Europea. Informe al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, del 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, COM (2014) 554 final, 05.09.2014.
- Consejo de Europa. Explanatory Report to the European Convention on the Suppression of Terrorism, Strasbourg, 27.1.1977.
- Consejo de Europa. Decisión marco OJ L 164, 22.6.2002, del 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.
- Consejo de Europa. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Warsaw, 16.V.2005. Disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3811>.
- Consejo de Europa. Decisión marco 2008/919/JAI, del 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 330, 9.12.2008.
- Consejo de Europa. Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n°. 217), del 22 de octubre de 2015.
- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 24 de setiembre de 2014, Resolución 2178.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 18 de octubre de 1999, R.N. N° 3429-99-Callao.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 14 de enero de 2003, Exp. N° 3203-2002-Lima.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 15 de diciembre de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 11 de octubre de 2004, R.N. N° 375-2004-Ucayali.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 30 de diciembre de 2004, R.N. N° 2976-2004-Lima.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 2 de julio de 2010, R.N. N° 1594-2009-Puno.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, 6 de mayo de 2013, R.N. N° 546-2012-Lima.

- Corte Suprema de Justicia del Perú, 16 de agosto de 2016, R.N. N° 615-2015-Lima. Caso «Diarios chicha».
- Decisión marco del Consejo, del 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, OJ L 164, 22.6.2002.
- Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, del 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo.
- Decreto legislativo N° 1017, Ley de contrataciones del Estado, 3 de junio de 2008.
- Decreto legislativo N° 1104, Decreto legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, 19 de abril de 2012.
- Decreto legislativo N° 1106, Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, 19 de abril de 2012.
- Hoge Raad (Strafkamer), ECLI:NL:HR:2016: 1011, 31-05-2016.
- Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Human Rights Council, 22 de febrero de 2016.
- Ley de Burgos (1512) [en línea] Disponible en: <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/ldb/ldb.html>.
- Ley N° 26771, Ley que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco, 3 de abril de 1997.
- Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, 21 de junio de 2003.
- Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública, 11 de julio de 2003.
- Ley N° 28094, Ley de partidos políticos, 1 de noviembre de 2003.
- Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado, 20 de agosto de 2013.
- Ley N° 30111, Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos, 25 de noviembre de 2013.
- Ley N° 30124, Ley que modifica el artículo 425° del Código Penal, referido al concepto de funcionario o servidor público, 13 de diciembre de 2013.
- Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delito de cohecho activo transnacional, 1 de abril de 2016.
- Ley N° 30650, Ley de reforma del artículo 41° de la Constitución Política del Perú, 20 de agosto de 2017.

- Ley orgánica 1/1992, del 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE, núm. 46, del 22 de febrero de 1992).
- Ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre de 1995, (BOE, núm. 281, 24 de noviembre de 1995).
- Ley orgánica 2/1998, del 15 de junio (BOE, núm. 185, del 4 de agosto de 1998).
- Ley orgánica 11/1999, del 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, aprobado por ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre (BOE, núm. 104, del 1 de mayo de 1999).
- Ley orgánica 14/1999, del 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la ley de enjuiciamiento criminal (BOE, núm. 138, del 19 de junio de 1999).
- Ley orgánica 2/2000, del 7 de enero, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas (BOE, núm. 8, del 10 de enero de 2000).
- Ley orgánica 3/2000, del 11 de enero, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (BOE, núm. 10, del 12 de enero de 2000).
- Ley orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, núm. 10, del 12 de enero de 2000).
- Ley orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, del 13 de enero de 2000).
- Ley orgánica 7/2000, del 22 de diciembre, de modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y de la ley orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE, núm. 307, del 23 de diciembre de 2000).
- Ley orgánica 8/2000, del 22 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (BOE, núm. 307, del 23 de diciembre de 2000).
- Ley orgánica 9/2002, del 10 de diciembre, del modificación de la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE, núm. 296, del 11 de diciembre de 2002).
- Ley orgánica 1/2003, del 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales (BOE, núm. 60, del 11 de marzo de 2003).

- Ley orgánica 7/2003, del 30 junio, del medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE, núm. 156, del 1 de julio de 2003).
- Ley orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, del medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, núm. 234, del 30 de setiembre de 2003).
- Ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 283, del 26 de noviembre de 2003).
- Ley orgánica 20/2003, del 23 de diciembre, del modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial y del Código Penal (BOE, núm. 309, del 26 de diciembre de 2003).
- Ley orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, del Medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE, núm. 313, del 29 de diciembre de 2004).
- Ley orgánica 2/2005, del 22 de junio, del modificación del Código Penal (BOE, núm. 149, del 23 de junio de 2005).
- Ley orgánica 4/2005, del 10 de octubre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos (BOE, núm. 243, del 11 de octubre de 2005).
- Ley orgánica 7/2006, del 21 de noviembre, del protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (BOE, núm. 279, del 22 de noviembre de 2006).
- Ley orgánica 15/2007, del 30 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial (BOE, núm. 288, del 1 de diciembre de 2007).
- Ley orgánica 2/2010, del 3 de marzo, del salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE, núm. 55, del 4 de marzo de 2010).
- Ley orgánica 5/2010, del 22 de junio, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 152, del 23 de junio de 2010).
- Ley orgánica 3/2011, del 28 de enero, por la que se modifica la ley orgánica 5/1985, del 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE, núm. 25, del 29 de enero de 2011).
- Ley orgánica 7/2012, del 27 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE, núm. 312, del 28 de diciembre de 2012).

- Ley orgánica 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 77, del 31 de marzo de 2015).
- Ley orgánica 2/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE, núm. 77, del 31 de marzo de 2015).
- Organización de Naciones Unidas. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado el 15 de diciembre de 1997.
- Organización de Naciones Unidas. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, adoptada el 17 de diciembre de 1979.
- Organización de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, adoptada el 20 de diciembre de 1988.
- Organización de Naciones Unidas. Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado el 9 de diciembre de 1999.
- Organización de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 13 de diciembre de 2000.
- Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada el 29 d marzo de 1996.
- Organización Internacional de Energía Atómica. Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las Aeronaves, adoptada el 14 de setiembre de 1963.
- Organización Internacional de Energía Atómica. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional, adoptada el 10 de setiembre de 2010.
- Presidencia de Consejo de Ministros (2008). Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción. Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:1264, 18-02-2016.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 18 de octubre de 2010, R.N. N° 3181-2009-Lima.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 3 de noviembre de 2010, R.N. N° 1320-2009-Huánuco.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 13 de noviembre de 2015, Casación N° 374-2015/Lima (Caso Petroaudios).
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 8 de agosto de 2017, Casación N° 782-2015 -Del Santa.

- Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 30 de setiembre de 2005, Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.
- Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 13 de noviembre de 2009, Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116.
- Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 16 de noviembre de 2010, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.
- Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 6 de diciembre de 2011, Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 22 de noviembre de 2012, R.N. N° 2659-2011-Arequipa.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, 27 de diciembre de 2016, R.N. N° 2868-2014-Lima.
- Superintendencia de Banca y Seguros, 14 de mayo de 2015, Resolución SBS N° 2620-2015.
- Superintendencia de Banca y Seguros, 11 agosto de 2016, Resolución SBS N° 4939-2016.
- TEDH, 16 de diciembre de 1999 T. v. United Kingdom, Ref. 24724/94.
- TEDH, 15 de junio de 2004, S.C. v. United Kingdom, Ref. 60958/00.
- TEDH, 12 de febrero de 2008, Kafkaris v. Chipre, Ref. 21906/04.
- TEDH, 9 de julio de 2013, Vinter y otros v. Reino Unido, Ref. 66069/09 et al.
- TEDH, 13 de noviembre de 2014, Bodein v. Francia, Ref. 40014/10.
- TEDH, 3 de febrero de 2015, Hutchinson v. Reino Unido, Ref. 57592/08.
- Tribunal Constitucional del Perú, 29 abril 2005, STC N° 1805-2005-HC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, 9 de agosto de 2006, STC N° 003-2005-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, 19 de enero de 2007, STC N° 0014-2006-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, 21 de marzo de 2011, STC N° 0019-2009-PI/TC.
- Tribunal Supremo Español, 29 febrero 2016, STS N° 154/2016.
- Tribunal Supremo de Estados Unidos, Ewing v. California, 538 US 11, 2003.
- Tribunal Supremo de Estados Unidos, Lockyer v. Andrade, 538 US 63, 2003.
- Tribunal Supremo de Estados Unidos, Brown v. Plata. 563 US__2011.
- Tribunal Supremo de Estados Unidos, Brown v. Plata 570 US__2013.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
noviembre 2018 Lima - Perú

Anuarios publicados

1999 - 2000

Derecho penal y discriminación de la mujer

2001 - 2002

La reforma del derecho penal militar

2003

Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano

2004

La reforma del proceso penal peruano

2005

Interpretación y aplicación de la ley penal

2006

Derecho penal y pluralidad cultural

2007

*Penas de muerte y política criminal
Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*

José Hurtado Pozo, editor

2008

Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2009

La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú

2010

Sistema de control penal y diferencias culturales

2011-2012

Ministerio Público y proceso penal

2013-2014

Temas de derecho penal económico: empresa y compliance

JOHN VERVAELE

La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: ¿un derecho penal y política criminal sin límites?

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

Lavado de activos y política criminal: presente y futuro

MARCIAL ELOY PAÚCAR CHAPPA

El lobby y la corrupción política

RAMIRO SALINAS SICCHA

La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

Miedo al delito, medios de comunicación y política criminal

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS

El abuso del sistema penal

PERCY GARCÍA CAVERO

Sanciones penales para las personas jurídicas

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

La responsabilidad penal de las personas jurídicas como piedra de toque de la criminalidad organizada

ANTONIO PEÑA JUMPA

La política criminal en contextos plurales: bosquejo de una política criminal intercultural desde el Perú

JOSÉ HURTADO POZO

Breves notas sobre la política criminal en los inicios de la República del Perú

ISBN: 978-612-317-430-9



9 786123 174309