

LIBRO HOMENAJE  
EN MEMORIA DEL  
PROFESOR DOCTOR  
FELIPE VILLAVICENCIO  
TERREROS

Coordinadores  
Iván Meini / Yvan Montoya V.





**LIBRO HOMENAJE EN  
MEMORIA DEL PROFESOR  
DOCTOR FELIPE  
VILLAVICENCIO TERREROS**

**IVÁN MEINI  
YVAN MONTOYA V.**

**COORDINADORES**



# **LIBRO HOMENAJE EN MEMORIA DEL PROFESOR DOCTOR FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS**

**IVÁN MEINI**

**YVAN MONTOYA V.**

**COORDINADORES**



**CICAJ  
PUCP**

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

David Lovatón Palacios

**Director del CICAJ-DAD**

Betzabé Marciani Burgos

**Consejo Directivo del CICAJ**

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Alexia Gaitán Meléndez

Camila Canova Casusol

Genesis Mendoza Lazo

*Libro Homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros*  
Coordinadores: Iván Meini e Yvan Montoya V.

Imagen de cubierta: VMR Abogados  
Primera edición digital: noviembre de 2021

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901  
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Adriana A. Aguilar y Mercedes Dioses  
Diseño y diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-08782

ISBN: 978-612-48287-6-8

## CONTENIDO

Tres Medidas Para Mejorar el Procedimiento Penal Mientras Esperamos la Reforma de Fondo del Sistema de Justicia <i>José Wilfredo Arrieta Caro</i>	13
¿La Empresa Como Sujeto de Derecho Penal Empresarial? <i>Luis Felipe Bramont-Arias Torres</i>	31
Revisión Crítica de la Teoría del Dominio del Hecho <i>José Antonio Caro John</i>	53
El Mal Llamado Consentimiento Presunto: Aportes en Torno a su Real Naturaleza <i>Romy A. Chang Kcomt</i>	67
Apuntes Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Perú <i>Rafael Chanjan Documet</i>	83
Criminalidad Informática y la Discusión Sobre el Bien Jurídico Protegido en los Delitos Informáticos <i>Jesús Cornejo Arismendi</i>	93
Apuntes Sobre la Función de las Diligencias Preliminares en el Código Procesal Penal <i>Gonzalo del Río Labarthe</i>	103
La Regularización Tributaria en los Delitos Tributarios <i>Percy García Cavero</i>	115
Aspectos Criminológicos del Rol del Poder Político en la Gran Corrupción <i>Erick Guimaray</i>	127
Función Pública y Funcionario Público en Derecho Penal <i>Iván Meini</i>	147
Pena y COVID-19: la Pandemia Desde el Encierro <i>Josefina Miró Quesada</i> <i>Pamela Morales</i>	165
Delitos motivados culturalmente y el error culturalmente condicionado: reflexiones a partir del pensamiento del Profesor Felipe Villavicencio <i>Yvan Montoya V.</i>	197
La Justicia Restaurativa como Herramienta para Humanizar el Sistema de Justicia Penal y Penitenciario Peruano <i>Yvana Lucía Novoa Curich</i>	223

Más Allá del Compliance: Empresas, Sistemas de Información y Delincuencia Económica <i>Lucía Nuñoovero Cisneros</i>	237
La Coautoría en los Delitos de Infracción de Deber <i>Raúl Pariona Arana</i>	251
Política Criminal y Criminología en el Perú: Encuentros y desencuentros <i>Bertha Verónica Prado Manrique</i>	267
Una Lectura Contemporánea de los Principios de Legalidad y Mínima Intervención <i>Víctor Roberto Prado Saldarriaga</i>	279
El Deber de Control en la Estructura Organizacional de las Personas Jurídicas como Estrategia Político Criminal Contra la Criminalidad Empresarial <i>Carolina Rodríguez Castro</i>	297
La Responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento: una Nueva Manifestación de un Problema Tradicional <i>Sergio Rodríguez Salinas</i>	349
La Subsidiaridad y Fragmentariedad del Derecho Penal con respecto al Derecho Administrativo Sancionador <i>Héctor Fidel Rojas Rodríguez</i>	369
Abono Legal de la Detención Preventiva en las Penas de Multa y Limitativas de Derechos <i>Jorge Luis Salas Arenas</i>	389
El Bien Jurídico en los Delitos de Infracción de Deber <i>Ramiro Salinas Siccha</i>	407
Normas Procesales del Código Penal <i>César Eugenio San Martín Castro</i>	431
Garantías Materiales Frente al Neo Retribucionismo del Legislador Penal Peruano <i>Armando Sánchez-Málaga</i>	453
La Naturaleza Jurídica de la Eximente de Obediencia Debida <i>Juan Diego Ugaz Heudebert</i>	467
Hacia el Procesamiento de la Gran Corrupción en los Sistemas de Derechos Humanos <i>José C. Ugaz Sánchez-Moreno</i>	479
Fundamentos del Descargo de la Imputación y Lineamientos para una Reforma de Derecho Penal en el Marco de un Estado de Derecho Constitucional <i>Roger Yon Ruesta</i>	499



El Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene el honor de presentar el libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio, destacado jurista que formó parte de esta casa de estudios. Los 27 textos que componen la presente publicación fueron escritos por colegas, discípulos/as y abogados/as que no solo fueron formados como penalistas con sus enseñanzas, sino también con su ejemplo como profesional.



## I

El 18 de mayo de 2020, a los 65 años, falleció el Prof. Dr. Felipe Villavicencio Terreros. Desde su época de estudiante en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, su atención y vocación lo acercó al Derecho Penal y la Criminología. Cultivó con rigurosidad estas disciplinas durante más de cuarenta años. Fue, sin lugar a duda, un referente nacional e internacional del Derecho Penal que destacó tanto por sus reflexiones jurídicas, siempre ancladas en el respeto de los derechos fundamentalmente y del Estado de Derecho, como por su empatía, cordialidad y caballerosidad. Obtuvo el grado de doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, de la mano de su maestro el Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, y se le reconoció cuatro veces con el grado de *doctor honoris causa*: por la Universidad Nacional de Piura en 2014, por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo en 2015, por la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, en 2017 y por la Universidad José Carlos Mariátegui, Moquegua, en 2017

Sus obras han sido y son fuente de consulta obligatoria para estudiantes universitarios, profesores, abogados, magistrados y público en general. Si se revisa su prolija producción académica, cabe afirmar sin exageración que transitó por todo el Derecho Penal y fue autorizado vocero de su evolución. Su *Derecho Penal, Parte General* -con ocho reimpresiones hasta 2006 y que constituye la secuela de sus pioneras *Lecciones de Derecho Penal-Parte General* de 1990- constituye un hito en la dogmática penal peruana. Destacan también *Derecho Penal. Parte Especial. Vol 1* (2014), en la que incluyó de manera pionera un apartado dedicado al Derecho Penal Internacional y a los crímenes internacionales; *Derecho Penal Básico* (2017) elaborado merced a un encargo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; *Código Penal Comentado y Concordado* (3ª ed. en 2001); *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial 1: Delitos de homicidio* (1991) e *Introducción a la Criminología* (1997).

## II

El prof. Dr. Felipe Villavicencio Terreros no solo fue un muy destacado docente universitario e investigador. Se desempeñó con la misma prolijidad y rigurosidad en la función pública cuando fue Juez Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima (1990), Director Académico y Director General (e) de la Academia de la Magistratura (1998-2001) y Fiscal de competencia nacional para la investigación de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales e investigación de fosas clandestinas (2002).

Su experiencia y profesionalismo le permitió ser convocado para desempeñarse como consultor internacional y agente de importantes organismos internacionales. Así, fue Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas desde 2010; Jefe de Misión de las visitas del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas a Ecuador (2014), Guatemala (2015), México (2016), España (2017), Miembro de la delegación de visitas a Brasil (2012), Kyrgistan (2012), Alemania (2013) y Panamá (2017); Agente Titular ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica (2005),

Consultor de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala (1997) y Defensor de la Policía (2003).

### III

El Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú incorporó a Felipe Villavicencio como profesor de Derecho Penal en 1 de octubre de 1983. Fue promovido a profesor auxiliar el 24 de septiembre de 1986, a profesor asociado el 27 de noviembre de 1991 y a profesor principal el 11 de enero de 2006. Durante estos treinta y seis años Impartió docencia en la Facultad de Derecho y, una vez creada en 2004, en la Maestría de Derecho Penal. Durante todos estos años, fue un virtuoso docente que acompañó a muchas generaciones e inspiró con su ejemplo y magisterio a seguir el camino de la investigación y docencia en Derecho Penal. Su vocación universitaria lo comprometió como docente con la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Martín de Porras, Ricardo Palma, Universidad de Lima y Universidad de Ciencias Aplicadas. En todos estos claustros ha dejado un recuerdo imborrable.

Sus colegas penalistas del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, y miembros del Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal y Criminología y del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción -algunos antiguos alumnos suyos-, nos hemos unido para rendirle merecido tributo póstumo. Las contribuciones a este libro testimonian respeto y gratitud a Felipe Villavicencio.

Iván Meini

Profesor Principal del Departamento de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Yvan Montoya V.

Profesor Principal del Departamento de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Marzo, 2021

# TRES MEDIDAS PARA MEJORAR EL PROCEDIMIENTO PENAL MIENTRAS ESPERAMOS LA REFORMA DE FONDO DEL SISTEMA DE JUSTICIA

*José Wilfredo Arrieta Caro<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

La idea de reformar el sistema de justicia en el Perú es tan antigua que resulta posible rastrearla al menos hasta 1855, es decir, aproximadamente tres décadas después de su aparición en la República (Whipple, 2019, pág. 558; Ramos, 2008, pág. 46). La crítica constante a su funcionamiento, en cambio, sí lo acompaña casi desde su nacimiento, en 1821 (Whipple, 2019, pág. 558), aunque esto no sea precisamente un dato reconfortante. Por el contrario, evidencia una verdad tan rotunda que casi ya no nos es incómoda: nosotros, como país, nunca hemos estado contentos con nuestro Poder Judicial.

La idea de reformar el proceso penal, por su parte, es ligeramente más juvenil, ya que sus primeros intentos documentados datan de 1861 (San Martín, 2004, pág. 27). El problema es que a ninguno de los emprendidos desde aquel entonces se le reconoce un éxito significativo. El último de ellos, representado por la promulgación del Código Procesal Penal del 2004, tampoco ha logrado los resultados esperados (Hernández, 2019), situación que no sorprende si se toma en cuenta que ya pasaron dieciséis años desde su promulgación, y todavía no se aplica de forma regular en el distrito judicial de mayor litigación, que es Lima centro<sup>2</sup>.

Si el éxito de una reforma judicial en un país dependiese del tiempo que lleva su población esperándola, Perú tendría el mejor sistema de justicia del mundo.

Entre los problemas actuales más agobiantes de la justicia peruana se pueden contar fácilmente: la corrupción (Comisión Andina de Juristas, 2003, págs. 29 - 33), la demora en la resolución de los casos (Gutiérrez, 2015; Comisión Especial de implementación del Código Procesal Penal, 2016), el desprestigio de la magistratura y su provisionalidad (Comisión Especial de implementación del Código Procesal Penal, 2016, pág. 5), la falta de predictibilidad (Comisión Andina de Juristas, 2003, pág. 35), y la ausencia de recursos humanos y logísticos de calidad en cantidades suficientes (Nagle, 2000) para hacerle frente al titánico desafío de hacer justicia en un país como el Perú.

---

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica, magister en Derecho Penal por la Escuela de Posgrado de la misma casa de estudios y Master of Laws por la University of Minnesota Law School. Profesor del área penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado asociado senior del área penal del estudio Benites, Vargas & Ugaz.

2 Al momento de escribir este artículo esto todavía no pasaba.

Que el sistema de justicia peruano, y el sistema de justicia penal en particular, se encuentran en crisis hace décadas es una realidad innegable para cualquiera que haya tenido que pasar las penurias de transitar por los despachos de la Fiscalía, el Poder Judicial, o la Policía. Tampoco es un secreto que los más importantes problemas que lo aquejan están relacionados con otros que son estructurales de nuestro país y, por ende, no podrán nunca ser resueltos sin atacar previamente éstos. Piénsese, por ejemplo, en los problemas de corrupción, y en la falta de cuadros idóneos para la magistratura.

Puestas así las cosas ¿tiene sentido dedicar algunas páginas a analizar otras medidas concretas que, sin representar la profunda transformación que urge a las instituciones encargadas de investigar y procesar los delitos, podrían por lo menos aliviar en algo el procedimiento penal y ayudarlo a cumplir su función?

Desde mi punto de vista sí, por una razón muy simple: el procedimiento penal es demasiado importante como para dejar pasar cualquier oportunidad de mejorarlo<sup>3</sup>. Su impacto en la vida de las personas es enorme. El estigma social asociado a la mera posibilidad de haber cometido un delito, así como la necesidad de emplearlo cuando corresponde para proteger intereses esenciales de la sociedad, justifican sobradamente cada esfuerzo por hacerlo más funcional y justo.

Este artículo, por ende, no está dedicado, en estricto, a la reforma “de fondo” del sistema de justicia penal (cuyos problemas, por otro lado, están relativamente claros). Por el contrario, este texto tiene el objetivo, ciertamente más modesto, de comentar y sugerir algunas reformas en las normas, y sobre todo en las prácticas puntuales de los operadores de justicia, para mejorar el modo cómo actualmente se gestionan la investigación y el proceso penal.

Con esa finalidad, se proponen a continuación tres medidas que ayudarían a que el procedimiento penal sirva mejor a los intereses de la sociedad, esperando que se pueda al menos abrir un debate al respecto.

## 2. Medidas para Mejorar el Procedimiento Penal

### 2.1 *Medida 1: Ampliar el Ámbito Actual de Aplicación del Principio de Oportunidad*

La mejor herramienta de la que se dispone al día de hoy para extraer del sistema los casos que han superado la barrera de la apertura de investigación y que, a pesar de eso, siguen mereciendo una salida alternativa al proceso penal, es el principio de oportunidad.

Incorporado a nuestra legislación a raíz del frustrado Código Procesal Penal de 1991, el principio de oportunidad marcó un cambio profundo en la gestión del procedimiento penal en el Perú. En nuestro sistema procesal, es todavía entendido como una excepción. En buena cuenta se trata de un instituto que, basándose

---

3 A lo largo de este artículo emplearé el término “procedimiento” para referirme a todo el trámite que abarca tanto la investigación fiscal desde las diligencias preliminares, como el inicio del proceso penal propiamente dicho una vez que el caso pasa al Poder Judicial, y la culminación del mismo en las etapas de juzgamiento e impugnación.

en teorías utilitarias de la pena, le permite al Ministerio Público renunciar a la persecución penal en supuestos taxativamente establecidos en la ley, que tienen como característica común una escasa lesividad de los hechos, y, por ende, un interés público reducido, lo cual hace preferible resolver el conflicto fuera del procedimiento penal (Bovino, 1996, págs. 162 - 163).

Hoy en día, los supuestos de hecho que autorizan la aplicación del principio, señalados en el artículo 2º del Código Procesal Penal del 2004, vigente a nivel nacional para estos efectos (Ley 30077, 20 de agosto 2013), son los siguientes:

1. Si el agente fue afectado severamente por su propio delito, la pena aplicable es innecesaria y, además, no supera los 4 años de privación de la libertad.
2. Si el extremo mínimo de la pena aplicable es inferior a 2 años de privación de la libertad, no hay un interés público comprometido, el hecho no ha sido cometido por funcionario público en ejercicio de su cargo y se han reparado los daños ocasionados.
3. Si concurren en el caso concreto un error de tipo, un error de comprensión culturalmente condicionado, una tentativa, una situación de responsabilidad penal restringida por la edad de los investigados o por la concurrencia de alguna eximente de responsabilidad incompleta, o alguna circunstancia atenuante de la pena genérica, siempre que la pena aplicable no sea superior a 4 años de privación de la libertad, el delito no haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio del cargo, y se hayan reparado los daños y perjuicios.
4. Si el delito investigado es lesiones leves, hurto simple, hurto de uso, abigeato, apropiación ilícita, sustracción de bien propio, apropiación irregular, apropiación de prenda, estafa, otras defraudaciones, fraude en la administración de personas jurídicas, daños contra el patrimonio y libramiento indebido, siempre que no haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito de igual o mayor gravedad.
5. Si el delito investigado es culposo, siempre que no haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito de igual o mayor gravedad.
6. Si el delito investigado es uno de minería ilegal o afines o similares, y el investigado suspende sus actividades de manera voluntaria, comunicándole este hecho a la OEFA mediante instrumento de fecha cierta.

Por su parte, en agosto del 2013 la Ley contra el Crimen Organizado endureció las condiciones para la aplicación del principio, estableciendo las siguientes restricciones adicionales para todos los casos: (a) que el agente no sea reincidente o habitual; (b) que no se haya acogido al principio dos veces dentro de los cinco años de su última aplicación por delitos similares, o una vez en ese mismo lapso por un delito distinto y (c) que no haya dejado de cumplir con el pago de la reparación pactado en el marco de la aplicación del mismo (Ley 30077).

La suma de todas estas normas arroja como resultado un conjunto de reglas complejas de entender a causa de la combinación entre las restricciones

individuales que tiene cada supuesto de aplicación y las generales. Destaca la falta de sistematicidad, así como gran cantidad de limitaciones y condiciones legales para su uso. Una primera observación crítica, por otro lado, radica en que limitar el rango de delitos susceptibles de aplicación del principio a los casos en los que el extremo mínimo no supera los 2 años de privación de libertad supone impedir el uso de la herramienta en varios casos de gran incidencia en las Fiscalías a nivel nacional.

Para apreciar esto, conviene examinar la carga procesal de las Fiscalías de acuerdo al Boletín Estadístico del Ministerio Público a marzo del 2019, que arroja los datos que se reproducen en la Tabla 1 con relación a las denuncias interpuestas.

**Tabla 1**

*Número y porcentaje de delitos por tipificación del 2018 y 2019*

Delitos genéricos	2018 Marzo		2019 Marzo	
	N° Delitos	%	N° Delitos	%
Contra la vida, el cuerpo y la salud	61,063	33.19	92,025	37.45
Contra el patrimonio	56,581	30.75	79,801	32.47
Contra la seguridad pública	20,176	10.97	18,688	7.60
Contra la familia	12,463	6.77	14,976	6.09
Contra la administración pública	11,402	6.20	13,938	5.67
Contra la libertad	10,715	5.82	13,687	5.57
Contra la fe pública	5,836	3.17	5,276	2.15
Delitos ambientales	1,389	0.75	1,838	0.75
Ley de delitos informáticos	769	0.42	1,536	0.75
Contra la tranquilidad pública	877	0.48	802	0.33
Otros delitos genéricos (*)	2,717	1.48	3,202	1.30
<b>Total</b>	<b>183,989</b>	<b>100.0</b>	<b>245,769</b>	<b>100.0</b>

Nota: Esta tabla es reproducción del cuadro XX del Boletín Estadístico del Ministerio Público (Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 2019, pág. 42)

Como se observa, la mayor carga procesal de las Fiscalías está integrada por denuncias por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (37%), delitos contra el patrimonio (32%), delitos contra la seguridad pública (7%), delitos contra la familia (6%), delitos contra la administración pública (5%), delitos contra la libertad (5%) y delitos contra la fe pública (2%).

Los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud se componen principalmente de casos de lesiones (87%) (Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 2019, pág. 43). Los delitos contra el patrimonio están compuestos sobre todo de casos de hurto (40%), robo (26%), estafa (6%), y usurpación (6%) (Ministerio Público Fiscalía de



la Nación, 2019, pág. 44). Sin embargo, cabe hacer la precisión de que la data recogida no hace la distinción entre las formas base y agravadas de estos delitos. Los delitos contra la seguridad pública se componen principalmente de casos de delitos de peligro común (como conducción en estado de ebriedad o tenencia ilegal de armas) (79%) y delitos contra la salud pública (básicamente tráfico de drogas) (17%) (Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 2019, pág. 45). Los delitos contra la familia abarcan sobre todo casos de omisión de asistencia familiar (88%) (Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 2019, pág. 46). Por último, los delitos contra la fe pública abarcan sobre todo casos de falsificación de documentos en general (69%) (Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 2019, pág. 49). No se consignan aquí los porcentajes de denuncias por delitos contra la administración pública o libertad sexual, porque la política criminal del Estado difícilmente permitiría una renuncia a la potestad persecutoria en esos supuestos.

Podemos observar los delitos de mayor incidencia en cuanto a denuncias en la imagen 1. Nótese las penas con las que se sancionan actualmente.

### Imagen 1

*Reproducción de tablas de delitos de mayor incidencia y sus penas en vigencia*

Delito genérico	Delito(s) específico(s)	Penas aplicable	Aplicación del P.O
Lesiones	Lesiones graves (art. 121° CP)	4 a 8 tipo base	No
		6 a 12 formas agravadas	
		6 a 12 con resultado muerte	
		15 a 20 formas agravadas con resultado muerte	
	Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (art. 121°-B CP)	6 a 12 tipo base	No
		12 a 15 concurso de formas agravadas	
		15 a 20 con resultado muerte	
	Lesiones leves (art. 122 CP)	2 a 5 tipo base	Sí, por mandato expreso de la ley
		3 a 6 formas agravadas	Sí, por mandato expreso de la ley
6 a 12 con resultado muerte		Sí, por mandato expreso de la ley	

	Agresiones en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar (art. 122-B CP)	1 a 3 tipo base	No, por el A. Plenario 9-2019
		2 a 3 formas agravadas	No, por el A. Plenario 9-2019
<b>Contra el Patrimonio</b>	Robo (art. 188 CP)	3 a 8	No
	Robo agravado (art. 189 CP)	12 a 20	No
		20 a 30 formas agravadas	
	Hurto (art. 185 CP)	1 a 3	Sí, por mandato expreso de la ley
	Hurto agravado (art. 186 CP)	3 a 6	No
	Estafa (art. 196 CP)	1 a 6	Sí, por mandato expreso de la ley
	Estafa agravada (art. 196-A CP)	4 a 8	No
	Usurpación (art. 202 CP)	2 a 5	Sí
	Usurpación agravada (art. 204 CP)	5 a 12	No
<b>Contra la Seguridad Pública</b>	Conducción en estado de ebriedad o drogadicción (art. 274 CP)	6 meses a 2 1 a 3 forma agravada	Sí
	Tenencia ilegal de armas (art. 279-G CP)	6 a 10 10 a 15 forma a gravada	No
<b>Contra la Salud pública</b>	Microcomercialización de drogas (art. 298 CP)	3 a 7	No
	Tráfico de drogas (art. 296 CP)	8 a 15	No
	Tráfico de drogas agravado (art. 297 CP)	15 a 25	No
<b>Contra la Familia</b>	Omisión de asistencia familiar (art. 149 CP)	1 a 3	Sí
	Formas agravadas (149 CP 2do párrafo)	1 a 4, 2 a 4, 3 a 6	Sí /No
<b>Contra la Fe pública</b>	Falsificación y/o Uso de Documento (art. 427 CP)	2 a 10/2 a 4	Sí
	Falsedad ideológica (art. 428 CP)	3 a 6	No
	Falsedad Genérica (art. 438 CP)	2 a 4	Sí

Como se desprende de la imagen 1, actualmente todas las formas de lesiones graves están excluidas del ámbito del principio de oportunidad, al igual que los delitos de robo, robo agravado, hurto agravado, estafa agravada, usurpación agravada, tenencia ilegal de armas, microcomercialización de drogas, tráfico de drogas, tráfico de drogas agravado, e incluso falsedad ideológica. A esto hay que añadirle, además, que el reciente Acuerdo Plenario 9-2019/CIJ-116 ha proscrito la aplicación del principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio para todos los casos de lesiones o agresiones por violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar sin excepción (XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial, 10 de septiembre 2019).

Si lo que se pretende es ocasionar un impacto orientado a disminuir la carga procesal de las Fiscalías a efectos de que estas puedan distribuir mejor sus esfuerzos, habría que apuntar a permitir la aplicación del principio en esos casos, dado que son los que tienen mayor incidencia en el sistema.

Fundamentar la pertinencia de poder aplicar el principio de oportunidad en algunos de estos supuestos no requiere de mayor esfuerzo, y más bien llama la atención que el diseño legal impida esa posibilidad. Por ejemplo es claro que, salvo casos excepcionales, en los delitos de falsedad ideológica debería poder ser posible zanjar el tema por esa vía. En particular si, al igual que sucede con el tipo penal de falsificación de documentos, la Corte Suprema lo interpreta como un delito de peligro concreto, esto es altamente probable por su redacción (Casación N° 1121-2016, 2017).

Lo mismo puede decirse sobre el delito de tenencia ilegal de armas, que la Corte Suprema se ha empeñado en interpretar de forma que su contenido sea indistinguible del de una infracción administrativa, tal y como se aprecia en la Casación N° 712-2016-La Libertad, (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2019,14). Ello constituye una razón de peso para considerar la posibilidad de archivamiento de esos casos mediante el principio de oportunidad. La micro comercialización de drogas, por su parte, es un comportamiento cuya lesividad es controvertida desde hace muchos años (al menos respecto de ciertas drogas), al punto de que la venta regulada y controlada de algunas sustancias se permite en otros países del mundo y la región. Por citar solo algunas experiencias del Derecho Comparado, en Uruguay la venta de marihuana hasta cierta cantidad se encuentra a cargo del Estado, y se legalizó el 2013 (Ley 19.172 2013, Regulación y Control de Cannabis, 2013). En Estados Unidos, el estado de Washington (Washington Initiative 502, on marijuana reform, 2012), permite a las tiendas licenciadas vender marihuana desde el 2012, hasta cierta cantidad. Lo mismo sucede en el estado de Colorado (Amendment 64, Use and Regulation of Marijuana, 2012).

Por otro lado, aceptar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en tipos penales agravados sí merece un mayor esfuerzo explicativo, dado que éstos podrían parecer demasiado severos. Al respecto, es necesario tomar en cuenta varias cuestiones. Lo primero es que no hay que dejarse impresionar por el hecho de que el delito en cuestión sea uno “agravado”, ya que las circunstancias agravantes que fundamentan esta calificación no siempre van a reflejar una lesividad muy intensa.

Por poner algunos ejemplos: en los casos de hurto, estafa, usurpación y robo, una de las agravantes radica en que el hecho haya sido cometido por dos o más personas. Si la estafa se realizó respecto de un inmueble o de un vehículo motorizado, el hecho también califica como agravado. En realidad, muchas de las circunstancias agravantes que existen para este tipo de casos son el resultado de normas sobrecriminalizadoras, emitidas por la autoridad legislativa sin mayor debate acerca de su pertinencia, necesidad o utilidad para conseguir los fines perseguidos.

De manera similar, puede resultar también chocante que se plantee la posibilidad de emplear el principio de oportunidad también para casos de tráfico de drogas en su forma base (Código Penal, 1991, art. 296). Sin embargo, debe considerarse que este tipo penal engloba diversos comportamientos cuya lesividad no resulta la misma. Junto a los actos de tráfico como tales, se tipifican también la posesión para el tráfico (2do párrafo del art. 296 CP, delito de peligro concreto), y la conspiración para promover el tráfico (4to párrafo del art. 296 CP, delito de peligro). Ninguna de estas conductas equipara en nocividad al tráfico como tal, por lo que la aplicación del principio debería estar permitida para ellas también.

En segundo lugar, como la diferencia entre un acto de microcomercialización y uno de tráfico de drogas en su tipo base depende de la cantidad de sustancia ilícita con que se haya traficado, es preciso notar que algunas personas procesadas por el tipo base en el fondo no han comercializado grandes cantidades de sustancia prohibida (para quedarse en el ámbito del primero, el límite legal son 50 gramos de cocaína y 100 de marihuana).

En esta línea, alguien que haya sido detenido con 51 o 52 gramos de cocaína, o 101 gramos de marihuana para el tráfico respondería por el tipo base, a pesar de que su conducta se encuentra más próxima a la microcomercialización, de modo que debe tenerse en cuenta que no todos los casos de tráfico que se subsumen en el art. 296 CP son iguales.

Si a esto se le suma que, además, hace décadas que la experiencia comparada en países con mayores presupuestos para llevar a cabo más redadas y detenciones por tráfico de drogas cada año, tanto al nivel de cabecillas de la organización como al de los vendedores callejeros, sugiere que ello no contribuye de forma significativa a solucionar el problema del consumo de drogas bajo las condiciones habituales de las grandes ciudades (Kleiman & Smith, 1990), se comprenderá por qué la inaplicación del principio de oportunidad en este tipo de casos no debería ser innegociable. Y menos aún, en los de microcomercialización.

Resulta recomendable, entonces, reformular y ampliar el ámbito del principio de oportunidad en nuestro sistema, a efectos de que el Ministerio Público, en conjunto con las partes involucradas en cada caso, pueda determinar cuáles de ellos deben simplemente archivarse, previo reconocimiento de responsabilidad, pago de una reparación por los daños, y advertencia de que se procederá a ejercer la acción penal en caso de reincidencia.

Para lograrlo, lo más adecuado sería sustituir la confusa y asistémica regulación actual del principio de oportunidad por una cláusula general que le permita al fiscal aplicarlo siempre que considere que no existe mayor lesividad, pero obligándolo a explicar en el caso concreto cómo llega a esta conclusión, y exigiendo la reparación de los daños como condición necesaria para impedir el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio de ello, la decisión de aplicar el principio debería poder ser cuestionada por la parte agraviada mediante un recurso de elevación de actuados, y revisada por el superior jerárquico del fiscal que optó por el archivo, por razones de control.

Si lo anterior se considera demasiada discrecionalidad para la Fiscalía, por lo menos se deberían ampliar los límites actuales del principio, para que este pueda ser usado en los casos de mayor incidencia conforme a lo señalado en los párrafos anteriores.

***2.2. Medida 2: Institucionalizar la Posibilidad de Realizar Diligencias Previas a la Apertura de Investigación para Calificar la Denuncia, Especialmente en los Subsistemas Especializados en Delitos de Corrupción, Lavado de Activos, y Crimen Organizado, Entre Otros***

Otra medida que podría ayudar a filtrar mejor los casos que ingresan al sistema penal consiste en institucionalizar la posibilidad de realizar diligencias previas a la apertura de investigación, de modo que el Fiscal pueda tener un mejor panorama acerca de si tiene sentido iniciar una indagación penal, o no.

La necesidad de contar con herramientas para permitir un mejor filtrado es más crítica en las fiscalías que pertenecen a los subsistemas especializados, dado que estas representan un esfuerzo especial del Estado por hacer frente a formas de criminalidad de especial relevancia, por lo que racionalizar el uso de los recursos en esos casos resulta crítico.

La idea de realizar diligencias previas a la apertura de investigación orientadas a decidir si la denuncia presentada satisface los requisitos mínimos de verosimilitud y claridad para justificar la puesta en marcha de la investigación penal puede parecer, a primera vista, tirada de los cabellos. Preguntas como “¿es legal realizar actos de investigación sin que exista una investigación en trámite todavía?” O, “si de todas maneras se van a llevar a cabo diligencias ¿dónde estaría el ahorro en términos de recursos?”, “¿No va a terminar siendo igual que una investigación regular?” surgen de inmediato.

Hace más sentido empezar explicando qué se ganaría con esta medida. Para ello, es importante tener presente que cuando se trata de un archivo liminar, lo que la Fiscalía está declarando tácitamente es que el caso propuesto no satisface el estándar de “sospecha simple”, el cual se define como el grado menos intenso de sospecha en los términos fijados por el Poder Judicial. De acuerdo a la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, alcanzar este estándar solo requiere indicios relativos, aunque con cierto nivel de delimitación, y sin que sea necesario tener a un autor en concreto identificado (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2017, pags. 20-21).

En este sentido, un archivo liminar debería ser más expeditivo, debido a que la fundamentación de la Fiscalía está orientada a explicar, de forma concreta, el porqué de la sola narración de los hechos denunciados, y eventualmente, de la realización de unas pocas diligencias previas a la apertura de investigación. Se puede apreciar que no tiene sentido iniciar la indagación preliminar.

Por supuesto, para que este esquema tenga sentido las diligencias previas a la apertura de investigación que la Fiscalía programe deben ser muy pocas; las mínimas necesarias para establecer si el caso puede tener futuro o no. Si el Fiscal considera que se requieren varias diligencias para determinar si el caso merece o

no la pena, lo que correspondería sería abrir investigación y hacer esa determinación durante las diligencias preliminares.

Por regla general, las diligencias previas a la apertura de investigación deberían ser solo (a) la declaración del denunciante, para que aclare los términos de su denuncia, o (b) la remisión de oficios a algunas instituciones, en los casos en los que el contenido de un documento con el que no se cuenta resulta de extrema importancia para establecer si merece o no la pena abrir investigación. Sin embargo, es razonable dejar que cada fiscal establezca qué diligencia previa a la apertura de investigación es pertinente, siempre que las mismas no revistan mayor complejidad o sean excesivas en número.

La necesidad de institucionalizar la posibilidad de realizar diligencias previas a la apertura de investigación, y dar un plazo razonable para ello, resultaba especialmente intensa algunos años atrás, cuando entró en vigor el Código Procesal Penal del 2004 en diversos distritos fiscales del país y, junto con él, el sistema fiscal de gestión de casos conocido como “SGF”, “Sistema de Gestión Fiscal” o, más coloquialmente, “el semáforo”. La función de este software ha sido descrita por la Defensoría del Pueblo del modo siguiente:

El Sistema de Gestión Fiscal (SGF) también es conocido entre los fiscales como el “semáforo”: un módulo del SGF que siguiendo los colores del semáforo advierte a los fiscales sobre cada investigación que tienen asignada. Le asigna el color verde para las investigaciones dentro del plazo legal, ámbar a las cercanas al vencimiento del plazo y rojo a las que tienen el plazo vencido. (Defensoría del Pueblo, 2014, pág. 260)

El problema con este sistema, para lo que aquí interesa, era el plazo brevísimo que le otorgaba a las Fiscalías para calificar denuncias. Al 2014, este plazo era apenas de dos días, lo cual ocasionaba diversos problemas descritos en el Informe Defensorial 168. En palabras de los propios fiscales entrevistados:

El SGF asigna dos días útiles para la calificación de una investigación [énfasis agregado]. Si el fiscal desea archivar liminarmente, lo deberá hacer teóricamente en ese plazo. Si el fiscal decide iniciar la investigación debería hacerlo en ese mismo plazo. La carga de trabajo, la complejidad de muchas denuncias y la extensión de las mismas hace que este plazo sea difícil de cumplir. (Defensoría del Pueblo, 2014, pág. 266)

[El SGF] es útil en el sentido de que te da marcos referenciales para ver lo que está pasando en las investigaciones, pero sí debería actualizarse y cambiarse en algunos aspectos. *En primer lugar, ese sistema nos pone 2 días para calificar lo cual es materialmente imposible (...). Eso estresa al fiscal y lo obliga a abrir investigación por abrir para salir del paso.* [énfasis agregado]. (Defensoría del Pueblo, 2014, pág. 266)

El sistema no reconoce la declaración previa a la calificación del denunciante como una diligencia anterior a la apertura de diligencias preliminares. *Hay gente*

*que no sabe o denuncia por fregar, entonces ahí debería haber un previo [diligencia previa] para saber si vale la pena o no abrir investigación. En esos casos abrimos diligencia no más. No queda de otra, el SGF no te da otra [énfasis agregado]. (Defensoría del Pueblo, 2014, pág. 267)*

Como puede apreciarse, en varios casos donde los fiscales podrían haber archivado liminarmente las denuncias que les llegaron si hubiesen tenido más tiempo para realizar diligencias mínimas de manera previa, lo habrían hecho. Como el sistema informático con el que se manejan no les da esta posibilidad, terminan abriendo investigación en casos débiles, que se archivan igual, pero luego de haber consumido recursos innecesariamente.

Hay aquí, entonces, una cuestión de política institucional que la Fiscalía de la Nación debería controlar mediante Directivas para evitar ese tipo de efectos. La procedencia de las propias diligencias previas a la apertura de investigación, y sus reglas, también debería estar normada a ese nivel. Lo razonable es que los fiscales cuenten con un plazo mayor para calificar denuncias y de ser necesario, realicen unas pocas diligencias previas.

Esto último me lleva a la pregunta de si se requiere una modificación legal para institucionalizar las diligencias previas a la calificación de la denuncia. Desde mi perspectiva, la respuesta es negativa. No existe prohibición al respecto, y, además, si las diligencias son mínimas y de menor importancia tampoco se ocasionaría indefensión. Legalmente existe un antecedente muy similar a lo que aquí se plantea, para el caso del Juez Instructor y la calificación de querellas en el antiguo modelo procesal; así lo permitía el segundo párrafo del artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, antes de que fuera modificado por el Decreto Legislativo 1206.

Hoy en día, algunos fiscales ya proceden a llevar a cabo diligencias previas a la apertura de investigación. Por ejemplo, la Tercera Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada de Lima emitió, en la carpeta fiscal 328-2011, una Disposición el 16 de enero del 2012, en la que ordenaba practicar determinadas diligencias para establecer si existía o no mérito suficiente para abrir una investigación por lavado de activos respecto de un caso que le fuera derivado desde la coordinación.

### **2.3. Medida 3: Ampliar, de Forma Definitiva, el Ámbito de la Tutela de Derechos, y Ponerla en Vigencia También para los Casos que Todavía se Rigen Bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940**

Por último, la tercera medida propuesta consiste en ampliar de forma definitiva el ámbito de aplicación la tutela de derechos. Como se sabe, una de las mayores innovaciones del CPP del 2004 es la audiencia de tutela de derechos, reconocida en el artículo 71º.4 de esta norma. Este mecanismo procesal permite frenar las actuaciones realizadas por el Ministerio Público que puedan vulnerar garantías legales o constitucionales, al otorgarle al Juez de la Investigación Preparatoria la capacidad para controlar y proteger los derechos del imputado (San Martín, 2015, págs. 320 - 321).



Para ello, el imputado debe dirigirse por escrito al Juez de la Investigación Preparatoria y solicitarle la realización de la audiencia respectiva, denunciando el acto concreto del Ministerio Público que habría vulnerado sus Derechos Fundamentales. Si el Juez se convence de que, efectivamente, la actuación fiscal ha vulnerado los mismos, puede “dictar las medidas de corrección que correspondan”, lo que en la práctica equivale a dejar sin efecto determinadas decisiones fiscales, u ordenarle modificar otras. Ninguna herramienta similar existió jamás en el viejo modelo procesal.

Sin embargo, el entusiasmo por contar con esta nueva herramienta se vio seriamente mermado con la interpretación de la figura realizada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 4-2010/CIJ-116, de noviembre del 2010. En este documento, la Corte intenta reducir la lista de cuestiones litigables por medio de una tutela de derechos, limitándola solo a aquellas taxativamente mencionadas en el artículo 71 del CPP del 2004, numerales 1 al 3—que en realidad se reducen básicamente al numeral 2- (VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, 16 noviembre del 2010). Resoluciones como la Casación N° 136-2013-Tacna, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante, se adhieren a esta interpretación restrictiva de la tutela de derechos.

El problema con ello es que los derechos que aparecen listados en los numerales 1 al 3 del artículo 71° del CPP del 2004 son tan elementales y básicos que su violación no resulta muy frecuente. Por ejemplo, el derecho a conocer los cargos formulados en su contra, a ser informado del motivo de la detención propia, a designar a la persona a la que se le informará la detención y a que se le informe de inmediato, a ser asistido por un abogado defensor desde el principio, a guardar silencio y que su defensa técnica participe de todas las diligencias, a no ser sometido a métodos coactivos o atentatorios de la dignidad que alteren su libre voluntad, y a ser examinado por un médico legista cuando la situación así lo requiera (Código Penal Procesal [CPP], 2004). Fuera de esa lista, en cambio, existe toda una gama de supuestos que bien merecerían la intervención del Juez de Garantías.

Si el Fiscal, por ejemplo, rechaza arbitrariamente el nombramiento de un perito por parte de la defensa técnica, o le permite a la otra parte nombrar al suyo fuera del plazo, esas violaciones al debido proceso y/o al derecho de defensa no podrían ser corregidas mediante la tutela de derechos, si se entiende que ésta solo abarca los derechos listados en los incisos 1 a 3 del art. 71° del CPP, pues no están directamente relacionadas con las garantías que en ellos se enumeran.

Es cierto, sin embargo, que en realidad la propia Corte Suprema ya ha reconocido implícitamente que los derechos listados en los incisos 1 al 3 (básicamente en el 2) del artículo 71° del CPP no son los únicos protegibles por intermedio de este mecanismo. De otro modo, no se entendería cómo es que en el propio Acuerdo Plenario 4-2010 se señala que en ella sí se puede solicitar la exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente en virtud del principio de legitimidad de la prueba, cuando dicho derecho, “a no ser procesado a partir de medios probatorios obtenidos ilícitamente”, o simplemente “al debido proceso”, tampoco



se encuentra expresamente mencionado en aquellos numerales (VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, 16 noviembre del 2010).

Cierta jurisprudencia también se ha pronunciado en la línea de reconocerle al imputado la posibilidad de cuestionar actos que, en general, resulten vulneratorios de Derechos Fundamentales efectuados por el Ministerio Público vía audiencia de tutela, siempre que no exista una vía específica para tal fin, y a pesar de que los mismos no estén listados en el numeral 2 del artículo 71º del CPP. La base legal para ello es el inciso 4 del artículo 71º (Código Penal Procesal [CPP], 2004), ignorado sin mayor razón en el mencionado Acuerdo Plenario.

Entre las decisiones que siguen esta línea interpretativa puede citarse el Auto del 16 de enero del 2019 recaído en el Expediente 01-2019-1 emitido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, en el que éste declaró fundada la tutela de derechos por violación a Derechos Fundamentales como el debido proceso, tutela judicial efectiva y debida motivación de las decisiones fiscales (considerandos octavo y vigésimo primero al vigésimo noveno).

En su resolución el órgano jurisdiccional precisó que además de los derechos reconocidos en el inciso 2 del artículo 71 y en el artículo 87 del CPP, también pueden ser atacadas por medio de la tutela de derechos “la imposición de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales” (Caso Ana Jara, 2019), en clara alusión al inciso 4 del artículo 71º, cuya redacción permite una interpretación más amplia del ámbito de protección de la figura.

En este mismo sentido, también es pertinente citar el Auto de Apelación de Tutela de Derechos emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el que se señaló expresamente que

Una interpretación extensiva y cabal del inciso uno y cuatro del artículo setenta y uno del NCPP, de conformidad con lo establecido en el apartado uno punto diez del SN, lleva a que durante las diligencias preliminares los derechos fundamentales de los imputados que fueran transgredidos pueden ser revisados en vía audiencia tutela de derechos. En consecuencia, resulta incorrecta afirmar que la tutela de derechos únicamente se puede plantear cuando se afecta los derechos señalados en el inciso dos de la citada norma. (Caso PPK, 2018, considerando 2.3).

Igualmente, en el Auto del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria recaído en el Expediente 06-2018-13, el órgano jurisdiccional supremo entró al fondo del asunto ante la alegación de la defensa de que se estaban vulnerando los Derechos Fundamentales del imputado a la defensa y al debido proceso, así como el principio de congruencia. Esta alegación se basaba en el hecho de que, supuestamente, la Fiscalía Suprema en lo Penal había formalizado investigación preparatoria contra el imputado por hechos y delitos cuyo procesamiento no había sido autorizado por el Congreso (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, 18-31).

Si bien posteriormente el Juzgado Supremo desestimó la tutela, lo hizo porque consideró que en realidad el legislativo sí autorizó el procesamiento por los hechos que fueron materia de la formalización de la investigación, y que respecto

de todos estos se investigaba la posible comisión del único delito aprobado por el pleno (Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria del Cuzco, 2018, 2).

Asimismo, un pronunciamiento especialmente relevante por su postura clara en torno a la amplitud del ámbito de protección de la tutela de derechos, es el emitido por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria del Cuzco (en adición Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Ambientales) en el Expediente 5327-2018-14, en el que señaló que,

La audiencia de tutela de derechos en principio está dirigida a la protección efectiva de los derechos del imputado descritos – de modo enunciativo- en el propio artículo 71.2. En adición a la protección contra la vulneración de los derechos al interior del proceso antes anotados, nada obsta que cualquier otro derecho fundamental, sustantivo o procesal reconocido a favor del imputado en la Constitución, el Código Penal, el Código Procesal Penal o en cualquier otra norma del ordenamiento jurídico nacional o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, también puedan ser protegidos o restituidos en caso sean vulnerados por cualquier órgano oficial. (Caso Mamani Ccallaccasi, 2018)

Otras decisiones interesantes en materia de tutela de derechos (por la interpretación de amplia de su objeto de protección) han sido la que declaró la nulidad de la conclusión de la investigación preparatoria y ordenó que esta se reabra y que el Ministerio Público emita pronunciamiento respecto de las observaciones formuladas a la misma por la defensa técnica (en un caso en el que la Fiscalía no había cumplido con esta parte del procedimiento pericial y había declarado la conclusión de la investigación preparatoria el mismo día en el que le notificó de la pericia oficial al imputado) (Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo, 2019, 7), y la que declaró que sí podía cuestionarse mediante esta vía, y sin necesidad de esperar a la formalización de la investigación preparatoria, el reexamen dispuesto de un caso previamente archivado por la Fiscalía, en el que la decisión de archivamiento había adquirido la condición de cosa decidida (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, 2019, 14-15).

Esta segunda línea de interpretación jurisprudencial es la que debería prevalecer, en aras de garantizarle al imputado un mecanismo eficaz de defensa de sus Derechos Fundamentales durante la investigación preliminar y/o preparatoria. Para ello no se requiere en estricto una modificación legal, aunque, a efectos de evitar confusiones, sería deseable precisar que el listado de derechos señalados en el inciso 2 del artículo 71 no es un *numerus clausus* (Código Penal Procesal [CPP], 2004). Otra opción sería que la Corte Suprema emitiera un nuevo Acuerdo Plenario, precisando que la postura expresada sobre este tema hace casi 10 años en el N° 4-2010/CIJ-116 ha quedado superada.

Un argumento bastante habitual para desestimar las tutelas de derecho interpuestas durante la etapa de investigación respecto de derechos no expresamente contemplados en el artículo 71 es que su defensa podrá realizarse durante la etapa

intermedia o en juicio oral. Este argumento no es convincente, dado que cualquier vulneración de derechos producida durante la investigación podría denunciarse en alguna de esas dos etapas. El valor agregado de la tutela de derechos consiste en corregir la actuación de la Fiscalía durante la propia investigación para evitar nulidades posteriores y ganar tiempo.

Por otro lado, además de los derechos protegibles por su intermedio, otro aspecto en el que la tutela de derechos debería ampliar su ámbito de protección es el de los sujetos legitimados para interponerla. El ya citado Acuerdo Plenario 4-2010/CIJ-116 emitido por la Corte Suprema, indicaba que el legitimado para presentarla era únicamente el imputado (VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, 16 noviembre del 2010). Esta interpretación, por lo demás, también parece desprenderse de la literalidad del artículo 71 del CPP, en el que se habla solo *del imputado* y no de otros sujetos procesales.

No obstante, decisiones jurisprudenciales más recientes, cuya postura comparto, han permitido extender también la posibilidad de interponer la tutela de derechos a otras partes procesales, como el tercero civil responsable en el Caso “Club de la Construcción” (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, 2019,8), y el actor civil (Sala Penal de Apelaciones de la Libertad, 2019, FJ 16). El Tribunal Constitucional, por su parte, declaró nula en el “Caso Gomez Achocalla” la resolución de la Sala Superior que declaró improcedente una demanda de amparo interpuesta contra la decisión de la Sala Penal de Apelaciones de Puno de declarar improcedente una tutela de derechos interpuesta por quien era actor civil en el procedimiento penal bajo el argumento de que solo el imputado puede hacer uso de esta, ordenando el reenvío del proceso porque se trataba de una controversia vinculada a una presunta interpretación restrictiva del CPP, atentatoria del principio de igualdad de armas (Tribunal Constitucional, 2013, 2).

Aquí el argumento principal para admitir la ampliación del círculo de sujetos procesales legitimados a interponer la tutela de derechos es el principio de igualdad de armas, reconocido expresamente en el artículo IX del Título Preliminar del CPP (Código Penal Procesal [CPP], 2004).

Permitirle solo al imputado recurrir al Juez de Garantías vía tutela de derechos supondría colocarlo en una situación de ventaja frente al resto de partes procesales, situación que no tiene justificación en la medida en que la Fiscalía puede vulnerar los derechos de cualquier parte durante la investigación preparatoria. En tal sentido, si ya existe un juez de garantías encargado de impedir esta situación cuando se trata del imputado, es razonable y eficiente que ese mismo juez cumpla la misma función para el resto de sujetos procesales.

Como lo señalan las decisiones citadas, en realidad tampoco sería indispensable contar con una modificación legal para permitirle a sujetos procesales distintos al imputado interponer tutelas de derechos, puesto que ello se desprende de la propia función del Juez de Garantías y del principio de igualdad de armas. Pese a ello, y en aras de promover una aplicación homogénea de las reglas sobre tutela de derechos, sería deseable modificar el art. 71 del CPP en este sentido, o al menos

contar con un nuevo Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que zanje el debate sobre quiénes pueden activar dicha vía.

Finalmente, sería absolutamente conveniente adelantar la vigencia del artículo 71 del CPP en los escasos distritos donde el CPP aún no ha entrado en vigor, de modo que los justiciables de esos procedimientos cuenten también con una herramienta de defensa ante las posibles vulneraciones a sus derechos realizadas por la autoridad fiscal en la investigación.

### 3. Conclusiones

Ampliar el ámbito del principio de oportunidad, permitirles a los fiscales realizar diligencias previas a la apertura de investigación orientadas a decidir la calificación de las denuncias y ampliar el ámbito de la tutela de derechos, son tres medidas que ciertamente ayudarían a descongestionar el sistema penal, impedir el ingreso de casos sin mérito suficiente al mismo y optimizar la tutela de los sujetos procesales involucrados en el procedimiento penal.

Esto, por otro lado, no debe distraernos como sociedad civil de nuestro objetivo principal, lograr que las autoridades ejecuten una verdadera reforma de fondo del sistema de justicia, y del sistema penal en particular, orientada sobre todo a contar con mejores recursos humanos y logísticos en todas las instancias, para garantizar una aplicación apropiada del Derecho.

Por razones de espacio no es posible hacer referencia aquí a otras medidas que también creo necesarias para mejorar el procedimiento, por lo que me limitaré solo a mencionarlas. Urge tener acceso de forma irrestricta y transparente, tomando las precauciones para impedir afectaciones a la intimidad u otros intereses relevantes, como sucede en otros países, a todas las sentencias y resoluciones relevantes emitidas tanto por juzgados como por cortes superiores, con el fin de controlar cambios injustificados de posición frente a supuestos esencialmente iguales, y así evitar situaciones de arbitrariedad o similares.

Es necesario también modificar las reglas sobre declinatoria y contienda de competencia a nivel de investigación fiscal, dado que las actuales generan pérdidas de tiempo clamorosas e innecesarias en los procedimientos penales.

Por último, debe permitirse la posibilidad de obtener todas las medidas cautelares, así como también medidas de protección, desde la etapa de investigación preliminar, siempre que se cumplan los presupuestos necesarios para tal fin, dado que las situaciones de peligro procesal a las que estas responden pueden producirse incluso desde esa etapa del procedimiento.

## REFERENCIAS

- Amendment 64, Use and Regulation of Marijuana.* (2012). Colorado.
- Bovino, A. (1996). El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal Peruano. *Ius et Veritas*(12).
- Carpeta Fiscal N° 328-2011, Carpeta Fiscal N° 328-2011 (Tercera Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada de Lima 16 de enero de 2012).
- Casación N° 1121-2016, Recurso de Casación N° 1121-2016 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Puno 12 de julio de 2017).
- Casación N° 1-2017/CIJ-433, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 11 de Octubre de 2017).
- Casación N° 136-2013, Recurso de Casación N° 136-2013 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Tacna 11 de junio de 2014).
- Casación N° 211-2014, Recurso de Casación N° 712-2016 (Sala Pena Permanente de la Corte Suprema de Justicia Ica 22 de julio de 2015).
- Casación N° 712-2016, Recurso de Casación N° 712-2016 (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema La Libertad 26 de junio de 2019).
- Caso “Cogoteros de Chiclayo”, Expediente 02-2017-85 (Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo 10 de junio de 2019).
- Caso “Club de la Construcción”, Expediente 46-2017-77 (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios 22 de agosto de 2019).
- Caso 627-2011-34, Expediente 627-2011-34 (Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad 9 de enero de 2012).
- Caso Ana Jara, Expediente 01-2019-1 (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria 16 de enero de 2019).
- Caso Gomez Achocalla, Expediente 03631-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de abril de 2013).
- Caso Hinostroza Pariachi y Gutierrez Chapa, Expediente 39-2018-4 (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios 3 de junio de 2019).
- Caso Mamani Ccallacasi, Expediente 5327-2018-14 (Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria en adición Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Ambientales del Distrito Judicial del Cusco 22 de agosto de 2018).
- Caso Noguera Ramos, Expediente 06-2018-13 (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria 20 de diciembre de 2018).
- Caso PPK, Expediente A. V. 05-2018-1 (Corte Suprema de Justicia 21 de agosto de 2018).
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Código Penal Procesal [CPP]. (2004). DL N° 957, 2004. (Perú).

- Comisión Andina de Juristas. (2003). *Corrupción Judicial: Mecanismos de control y vigilancia ciudadana*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Comisión Especial de implementación del Código Procesal Penal. (2016). *Reforma Procesal Penal Peruana. III Informe Estadístico Nacional 2006 - 2015*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Defensoría del Pueblo. (2014). *Informe Defensorial N° 168: El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ancash, Ayacucho y Junin*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Gutierrez, W. (2015). La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015. *Gaceta Jurídica*.
- Hernandez, W. (2019). Reforma penal y crimen: Impacto del Nuevo Código Procesal Penal sobre victimización y percepción de inseguridad. ALACDE. Lima: Instituto de Investigación Científica Universidad de Lima.
- Kleiman, M., & Smith, K. (1990). State and Local Drug Enforcement: In Search of a Strategy. *Crime and Justice*, 13, 82 - 102.
- Ley 19.172 2013, *Regulación y Control de Cannabis*. (20 de diciembre de 2013). Montevideo: No. 2250.
- Ley 30077. (20 de agosto 2013). *Ley contra el crimen organizado*.
- Ministerio Público Fiscalía de la Nación. (2019). *Boletín Estadístico a Marzo 2019*. Lima: Ministerio Público.
- Nagle, L. (2000). The Cinderella of Government: Judicial Reform in Latin America. *California Western International Law Journal*, 30(2).
- Ramos, C. (2008). *Historia de la Corte Suprema de Justicia en el Perú, Tomo I (1821 - 1979)*. Lima: Centro de Investigaciones del Poder Judicial.
- San Martin, C. (2004). La reforma del proceso penal peruano: evolución y perspectivas. En *Anuario de Derecho Penal 2004* (pág. 27). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martin, C. (2015). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Lima: INPECCP - CENALES - Jurista Editores.
- Sala Penal de Apelaciones de la Libertad. Resolución del 9 de enero del 2012, Expediente 627-2011-34.
- VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. (16 noviembre del 2010). *Acuerdo Plenario 4-2010/CIJ-116*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Washington Initiative 502, on marijuana reform*. (2012). Washintong DC: I-502.
- Whipple, P. (2019). La precaria independencia de la judicatura peruana. La amovilidad judicial desde los inicios de la república hasta el reformismo castillista, 1824-1860. *Anuario de Estudios Americanos*, 2(76), 558.
- XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial. (10 de septiembre 2019). *Acuerdo Plenario 9-2019/CIJ-116*. Lima: Diario Oficial El Peruano.



# ¿LA EMPRESA COMO SUJETO DE DERECHO PENAL EMPRESARIAL?

*Luis Felipe Bramont-Arias Torres<sup>1</sup>*

## 1. La Empresa

### 1.1 Definición Económica y Jurídica

La definición jurídica de empresa presenta el debate sobre su naturaleza jurídica, lo que ha originado que se prefiera usualmente utilizar una definición económica de empresa. Empero, el objetivo de considerar a la empresa como sujeto del derecho penal requiere configurar un concepto jurídico de empresa. Desde la economía, la empresa se define como la combinación o conjunción de capital y trabajo destinado a la producción y distribución de bienes y servicios; lo cual supone que se trata de una “organización” que combina recursos materiales, inmateriales y personales (conjunción de capital y trabajo) destinados a un plan común a través de diversas actividades (producción y distribución de bienes y servicios). Este concepto es válido para los modelos económicos de planificación total, de mercado y mixtos, en tanto, en todos ellos, la empresa como organización interviene en el proceso económico de producción, distribución y consumo de bienes y/o servicios.

La definición jurídica de empresa, debate su naturaleza jurídica, entre “fondo empresarial” u “objeto complejo”. Como “fondo empresarial” se identifica a la empresa con su patrimonio como la unión de bienes materiales e inmateriales; mientras que como “objeto complejo” se incorpora al patrimonio su elemento organizacional como valor, cuyo destino está afectado a un fin económico (Morales, 2018). Estas propuestas se estructuran bajo la figura del empresario, quién a través de la organización realiza su actividad económica. En este sentido, la empresa se entiende como hacienda empresarial constituida por la combinación de elementos objetivos o instrumentos materiales e inmateriales puestos a disposición del empresario (Messineo, 1979, págs. 293-301). Incluso, la empresa como persona jurídica se considera como una creación humana a su servicio. Siendo así, la empresa tiene una dependencia absoluta respecto de sus órganos de dirección y/o administración, los cuales responden a la imagen del empresario.

Recién, con base en la teoría administrativa o de administración se resalta a la empresa como estructura organizacional que toma decisiones bajo el esquema de entradas, procesos y salidas. Aparecen así varios aspectos a contemplar, tales como un plan común a conseguir a través del esfuerzo de varias personas y el uso eficiente de los recursos escasos para mejorar su productividad en el marco

---

1 Profesor de Derecho Penal Económico en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Penal de la Empresa en la Universidad de San Martín de Porres y Profesor de Derecho Penal I – Parte General en la Universidad de Lima y en Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE).

de los costes, la tecnología y la demanda. La empresa realiza una serie de actos administrativos para el cumplimiento de sus fines, todos los cuales se integran para mejorar su eficiencia y por ello se configuran como actos derivados de su estructura organizacional tendiente al cumplimiento de sus funciones.

La visión de la empresa como estructura organizativa sigue siendo estática y dirigida por sus integrantes, dado que no incluye su componente social, esto es, sus vínculos sociales, los cuales suponen contemplar su grado de autonomía en la toma de decisiones. Actualmente, la empresa es un actor principal de la sociedad moderna (especialmente en el ámbito económico), lo cual, incluso ha dado lugar a que se califique a la sociedad actual como una sociedad de organizaciones.

La observación de que las empresas son actores sociales, se refuerza por la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Bajo esta propuesta, es posible calificar a las empresas como sistemas, esto es, unidades diferenciadas de los otros sistemas, incluyendo el sistema psíquico cuyo titular es la persona individual. En base a dicha teoría, se califica a las organizaciones como sistemas autorreferenciales, esto es, adquieren en el transcurso del tiempo una complejidad interna que les permite tener capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción, distinta a los otros sistemas que forman parte de su entorno.

Las empresas se convierten en titulares de las relaciones que entablan con otros, sean personas, instituciones u organizaciones; y sus miembros son delegados que expresan las comunicaciones dispuestas por la organización empresarial. Es así que, el ordenamiento jurídico les atribuye libertad organizativa, de lo cual surge como consecuencia jurídica la responsabilidad por el uso de esa libertad. La libertad organizativa de la empresa le permite tomar por sí misma (en función de su complejidad) una serie de decisiones, tales como configurar su estructura organizativa, elegir su actividad económica, lo cual incluye determinar su objeto social, su tamaño, el mercado en el cual desarrollará sus actividades, su política de inversiones, su estrategia económica y sus recursos humanos. El ejercicio de estos derechos es conocido como libertad de empresa.

En el Perú, los artículos 58° y 59° de la Constitución Política al referirse al “Régimen Económico” establecen como principios generales; la libertad de la iniciativa privada, la libertad de empresa, la promoción de las pequeñas empresas y la actividad subsidiaria del Estado en la actividad empresarial (Constitución Política del Perú [Constitución], 1993). Estos principios no sólo reconocen a la empresa como sujeto de derechos y obligaciones al consagrar la libertad de empresa sino también como un actor social principal en las actividades económicas; reduciendo al Estado a participar en forma subsidiaria como agente económico.

## **1.2 La Empresa Como Sujeto de las Relaciones Sociales**

El derecho y el derecho penal en particular tienen como punto de partida u objeto de regulación a las relaciones sociales que se producen entre los sujetos en el ámbito de la convivencia social. Las sociedades requieren que determinadas expectativas sociales se institucionalicen normativamente permitiendo la convivencia pacífica en beneficio de sus integrantes.

El derecho penal identifica las relaciones que resultan indispensables para la



existencia o funcionamiento adecuado del sistema social y las convierte en síntesis normativas que constituyen reglas de actuación que se identifican con el modelo social imperante. En la actualidad, las relaciones sociales no solo se producen entre sujetos, sino también con instituciones y empresas. En el caso de ésta últimas, las relaciones son intensas dada su presencia en casi todos los ámbitos de la vida social, especialmente para satisfacer las necesidades sociales. Incluso, las empresas tienen una mayor potencialidad social y económica respecto de las personas naturales.

La potencialidad social y económica se entiende como el poder de determinar o influir en las necesidades sociales y económicas, o en todo caso, de ser un sujeto capaz de: proponer normas sociales y/o jurídicas que configuren la estructura social y de generar la riqueza de las sociedades dando solución a los problemas económicos. Esta posición de la empresa, la convierte en un sujeto con un peso específico mayor al de otros en la vida social.

Es más, la empresa, en el ámbito de las relaciones sociales en las que interviene, adquiere la capacidad de definir los riesgos no permitidos de sus propias actividades empresariales, en función de su mayor conocimiento técnico y científico; evidenciado que el Estado por sí mismo, no puede detectar con precisión y eficiencia los riesgos de la actividad empresarial.

### **1.3 Estrategia del Estado Respecto de Riesgos no Permitidos de la Actividad Empresarial**

La función de la empresa de cierta complejidad en la sociedad moderna es la de contribuir a definir los riesgos no permitidos provenientes de su actividad; lo cual, ha dado lugar a que el Estado le asigne una tarea pública consistente en ser partícipe en la propuesta, debate y control de aplicación de normas jurídicas que regulen su actividad. El Estado recurre a la empresa para que intervenga en una política de prevención de riesgos no permitidos para bienes jurídicos; en este sentido, aparece la figura del oficial de cumplimiento, quién (en su labor al interior de la empresa) implementa medidas de prevención a través de la detección, monitoreo y reporte a la autoridad de riesgos empresariales.

El Estado requiere de la capacidad técnica de la empresa para la elaboración de normas jurídicas; por lo cual, la estrategia estatal ha virado desde el control central y monopólico al control a través de fiscalizar el cumplimiento de los mecanismos de control interno de riesgos definidos por la empresa. Estos riesgos son también definidos por los gremios empresariales, las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) y los grupos de interés. El Estado construye lo prohibido de manera general a través de exigir a las empresas una determinada estructura de cumplimiento de las normas que incluya áreas de denuncias y oficiales de cumplimiento en el marco de un plan de prevención, dejando el detalle o concreción de lo prohibido a las reglas técnicas, así como a las reglas generales de cuidado que son definidas con participación de la empresa. Con relación a las reglas jurídico penales, la empresa también interviene en su formación; y además por ser normas de remisión a regulaciones de sectores económicos, la intervención de la empresa

también se manifiesta en ese ámbito.

Ahora bien, lo que se acaba de detallar no es posible de extender a todo el universo de las empresas sino solo a la que tenga cierta complejidad con potencialidad social y económica que la haga capaces de participar en las decisiones de poder, incluida la formulación de normas.

Cabe destacar que, si bien como regla general toda empresa debe evitar incurrir en riesgos no permitidos para los bienes jurídicos, sólo en algunos ámbitos el Estado exige una organización correcta mediante un plan de prevención de riesgos aprobado por la autoridad. En estos casos, la empresa aparece como interlocutor en la definición de lo prohibido, esto es, como sujetos que intervienen en la formación de las normas, lo cual a su vez y por equivalencia lógica también los hace responsables del cumplimiento de dichas normas. Si la empresa tiene la capacidad de proponer normas también tiene la obligación de cumplir con dichas expectativas normativas, debiendo ser responsable en caso de incumplimiento.

Aunque, en sociedades como la peruana la mayoría de empresas queden excluidas de ser catalogadas como interlocutores válidos, y solo responden a la voluntad de sus miembros; cada vez y en mayor medida, en virtud de la globalización económica, se instalan o realizan actividades económicas en diversos países, empresas con las características complejas antes mencionadas.

Siendo así, es posible distinguir entre empresas cuya organización sea únicamente un instrumento en manos de sus miembros, y empresas complejas, cuyo funcionamiento no responde a la voluntad de sus miembros sino a su propia estructura organizativa. Respecto de estas últimas es posible explorar los requisitos para considerarlas como sujeto del derecho penal empresarial.

## 2. Imputación Penal a las Empresas

### 2.1 Aspectos Generales

La imputación penal a la empresa parte de exigir determinadas características para considerarla como sujeto del derecho penal. Estas características o exigencias normativas varían en función del sistema jurídico vigente en cada país, el cual responde a una determinada concepción del derecho. Así, en los modelos anglosajones no existe mayor inconveniente en considerar a la empresa como sujeto del derecho penal y aplicarle sanción penal; mientras que, el modelo romano germánico presenta una serie de inconvenientes vinculados fundamentalmente a la estructura que sustenta la responsabilidad penal individual, entre los que cabe mencionar, la capacidad de acción, la imputación subjetiva, la culpabilidad y la función de la pena.

El sistema anglosajón tiene como punto de partida la importancia de la empresa en la actividad económica en el marco de un modelo económico tendiente al libre mercado. En ese contexto, las empresas constituyen entidades fundamentales para enfrentar los problemas económicos más relevantes, como son el desempleo y la inflación; lo cual repercute en que el poder económico de la empresa se manifieste en poder social y político, dando lugar a su

participación activa en las decisiones de la sociedad. A diferencia de ello, en sistema romano germánico siempre ha tenido un peso mayor el Estado respecto de los problemas económicos en el marco de un sistema de economía social de mercado, lo cual disminuye la injerencia de la empresa en las decisiones sociales (Nieto, 2008).

En consecuencia, la imputación de responsabilidad penal a la empresa se sustenta en la concepción que de ella se tenga en una determinada sociedad, lo cual, a su vez, fija los requisitos que cada sistema jurídico exija -como mínimo- para calificar a la empresa como sujeto del derecho penal. A lo señalado, se debe agregar la condición actual de la empresa como personaje principal del mundo globalizado, el cual presiona en la uniformización de reglas para la imputación penal a la empresa, requiriendo que los Estados nacionales implementen las mismas reglas de imputación en sus ordenamientos jurídicos, bajo criterios de eficiencia, tales como respuestas rápidas y destinadas a construir mecanismos de prevención contra conductas dañinas para las relaciones económicas (Silva, 2006, pág. 82).

## 2.2 Modelos de Imputación de Responsabilidad Penal

Los modelos de imputación de responsabilidad penal propuestos para la responsabilidad de las personas jurídicas son aplicables para la responsabilidad penal de la empresa. Dichos modelos pueden clasificarse en modelos por atribución, por el hecho propio y mixtos.

El modelo por atribución imputa responsabilidad penal a la empresa por el hecho de uno de sus integrantes, siempre y cuando dicho hecho se encuentre conectado con la persona jurídica, denominándolo *hecho de conexión*. En este caso, los modelos son más restringidos o amplios en función del alcance de los integrantes que pueden realizar el hecho de conexión. Será más restringido si el hecho de conexión queda limitado a aquellos integrantes que formalmente califican como órganos de dirección, administración o representación según las reglas del derecho civil; mientras que, será más amplio si el hecho de conexión se extiende a todo integrante de la empresa, aunque no tenga las calidades mencionadas siempre y cuando realice un acto que sea parte de la actividad empresarial.

Los criterios de conexión mencionados se presentan como insuficientes para legitimar la imposición de sanciones, por lo cual se agrega que, el hecho de conexión debe ser realizado en beneficio directo o indirecto de la empresa. Este beneficio fortalece el sustento de la sanción al vincular de forma más intensa el hecho del integrante con la empresa y permite dotar de mayor contenido material al hecho de conexión, término preferible al otro utilizado por la doctrina que alude a un hecho de referencia.

Este modelo, no considera a la empresa como un sujeto del derecho penal por sí mismo sino como un sujeto que actúa a través de sus integrantes y que bajo ciertas condiciones se le atribuye el hecho realizado (hecho de conexión) por sus integrantes. Desde la teoría del delito, el injusto culpable es realizado por el integrante de la empresa, por lo cual recibe la pena respectiva y además dicho delito

se transfiera a la empresa, sin que sea necesario establecer si la empresa realizó injusto culpable alguno. Siendo así, no es necesario calificar a la empresa como receptora de normas jurídico penales calificadas como directivas de conducta ni como valoraciones, bastando con requerir capacidad de infracción a la empresa, la cual se manifiesta a través de la actuación de sus integrantes.

En este sentido, este modelo no presenta inconvenientes respecto de la falta de capacidad de acción y/o de culpabilidad de la empresa, ya que sus integrantes le transfieren dichas capacidades. Los problemas se presentan en los casos en que no es posible imputar responsabilidad penal a sus integrantes y por ende no se puede transferir la misma a la empresa, específicamente en supuestos de inculpabilidad (error de prohibición) o imposibilidad de ejercer o continuar la acción penal por existir un caso que impida su ejercicio o continuidad (muerte, prescripción, etc.).

Ahora bien, detrás de este modelo de atribución, se puede observar como fundamento de la transferencia del hecho de sus integrantes, a la elección que hizo la empresa de dichos sujetos, lo cual configura una culpa in eligendo. Sin embargo, este tipo de culpa, desarrollada en el derecho es solo suficiente para imputar una responsabilidad de carácter civil sustentada en el riesgo que la empresa origina al elegir a un sujeto para que actúe en su nombre.

De otro lado, el modelo por hecho propio, propone imputar responsabilidad penal a la empresa por un hecho realizado directamente por la organización empresarial, lo cual supone considerarla como sujeto de derecho penal empresarial. La teoría del delito en este caso debe proporcionar sustento para atribuir a la empresa en forma directa un injusto culpable propio.

Los modelos por hecho propio tienen como punto de partida la consideración de la empresa como sujeto directo de las relaciones sociales en tanto organización independiente de sus integrantes y capaz de ser influenciada por las normas jurídicas. En ese sentido, se imputa un hecho propio a la empresa en base a su propio *dominio de organización*.

En este sentido, destaca la posición del profesor Günter Heine (2008), quién señala que la empresa participa en la vida social con mayor potencialidad material y social que las personas individuales y que por ello, es competente respecto de los procesos peligrosos que genera en su actividad empresarial. Agrega que, a pesar de ello, el derecho no utiliza normas jurídico penales dirigidas directamente a la empresa para prevenir los riesgos de su actividad; existiendo evidencia que la prevención dirigida a las personas individuales que la integran resulta insuficiente, al igual que las respuestas jurídico civiles y administrativas aplicables directamente a las empresas. Esta situación origina que el Estado deba activar mecanismos de prevención de los riesgos sistémicos que presenta la actividad empresarial, lo cual supone recurrir a la empresa para que, en base a sus conocimientos técnicos especializados que resultan de difícil acceso para el Estado, defina los riesgos no permitidos e implemente un plan de prevención de riesgos. De esta forma, la forma de intervención del Estado para evitar los nuevos riesgos provenientes de la actividad empresarial, supone que se convierta en un controlador del control interno que la propia empresa se autoimpone.

En este contexto, Heine coloca a la empresa como sujeto competente por los riesgos empresariales en atención a su libertad organizativa, y le atribuye jurídicamente una posición de garante, en estricto de garante de supervisión respecto de los actos de sus integrantes en el marco de la actividad empresarial (2008). En consecuencia, la empresa responde de los actos de sus integrantes en comisión por omisión, esto es, por no haber cumplido con el deber de vigilancia que hubiera impedido realizar dichos actos a sus integrantes. Desde esta perspectiva, se presenta a dos responsables por el resultado producido, esto es, a la persona individual por el dominio del hecho y a la empresa por su dominio de organización. En este punto, la conducta de la persona individual al interior de la empresa constituye una condición objetiva de punibilidad del injusto de la empresa destinado a otorgar relevancia penal a la conducta propia de la empresa. De tal forma que, esta propuesta distingue el injusto de la empresa del injusto de la persona individual que actúa dentro de la organización empresarial.

El acto propio de la empresa, desde la perspectiva objetiva de Heine, consiste en la defectuosa administración de riesgos empresariales que no impide el injusto individual. En el plano subjetivo, el dolo es concebido como una representación social atribuida a la empresa en función de sus áreas competentes, fundamentalmente el área legal y/o el área de seguridad. Se trata de un conocimiento global de las áreas y no de un conocimiento individual de los integrantes de dichas áreas. Finalmente, respecto de la culpabilidad, la misma se presenta como un estado que surge a través del tiempo y que es resultado de múltiples decisiones de la organización empresarial que evidencian una conducción de la actividad o cultura empresarial defectuosa.

Cabe mencionar que, la propuesta de Heine deja abierta la discusión respecto de qué requiere una empresa para adquirir una organización suficiente que la califique como titular de un propio *dominio de organización*, esto es, una organización que pueda ser independiente de sus integrantes. Asimismo, se abre la posibilidad de debatir si dicho dominio solo se presenta respecto de determinados delitos y empresas; lo cual se sustenta en la mayor regulación jurídica por parte del Estado, ya sea esta en forma directa o indirecta a través de controlar los planes de prevención elaborados por las empresas, en ciertos ámbitos sociales y respecto de ciertas empresas.

Por su parte, Carlos Gómez-Jara, comparte con Heine la calificación de la empresa como sujeto titular de relaciones sociales a la cual se dirigen las normas jurídicas, considerándola también como organización empresarial (2008). Sin embargo, Gómez-Jara sustenta su modelo en el constructivismo operativo que considera a la empresa como un sistema autopoyético, esto es, un sistema que se reproduce a sí mismo en base a su propia autorreferencialidad. El objetivo de esta propuesta es imputar responsabilidad penal a la empresa en tanto sistema organizativo equivalente funcionalmente al sistema psíquico cuyo titular es la persona individual.

Este modelo supone considerar a la organización empresarial como un sistema capaz de interactuar autónomamente en sus relaciones sociales; para lo cual,

la empresa debe configurar un sistema de orden superior, en el cual se pueda constatar su autorreferencialidad, expresada en encadenamientos hipercíclicos semejantes a los existentes en la persona individual calificada como imputable. De lo que se trata es de reproducir en la empresa, el mismo proceso de continua autorreferencialidad de la persona natural que le permite expresar su propia individualidad y autonomía. Siendo así, la empresa al igual que la persona individual son sistemas autorreferenciales, dado que, presentan una unidad que los distinga de otras personas, realizan un programa (con criterios propios) destinado a la toma de sus decisiones, eligen sus decisiones y las exteriorizan, siendo posible reconocer socialmente sus comunicaciones como expresión de su propia individualidad.

Luego de establecer que la empresa es un sistema autopoyético cuyo funcionamiento es equivalente a la persona individual, Gomez-Jara sustenta la capacidad de acción de la empresa en el reconocimiento por parte del derecho de la libertad de empresa, lo cual la hace competente para autoorganizarse libremente. De esta forma la libertad de autoorganizarse constituye el equivalente funcional entre la empresa y la persona individual en torno a su capacidad de acción. Esta capacidad dará lugar a la imputabilidad de la empresa, en tanto operativamente toma sus decisiones frente al entorno, siempre y cuando las comunicaciones internas de la empresa sean equivalentes funcionalmente a la conciencia de la persona individual, por su autorreflexión, lo cual supone un sistema de orden superior, esto es, un sistema complejo. Respecto de la capacidad de culpabilidad, recurre al concepto de ciudadanía corporativa como equivalente funcional a la culpabilidad de la persona individual, cuyo sustento se produce por el reconocimiento del Estado como sujeto titular de obligaciones y derechos, con capacidad de participar en la formación de las decisiones públicas por medio del ejercicio de su libertad de expresión, específicamente en la formación de normas sociales y jurídicas. La condición de ciudadano corporativo exige su fidelidad al derecho, la cual se cumple institucionalizando una cultura de cumplimiento o respeto al derecho que, en caso de estar ausente, configura la culpabilidad corporativa empresarial. Finalmente, considera que la pena en el derecho penal tiene como función la retribución comunicativa, la cual se dirige tanto a la persona individual como a la empresa, dado que, en ambos casos, la pena restablece comunicativamente la vigencia de la norma. En este sentido, la pena empresarial contribuye al éxito de la referida comunicación.

Respecto de la imputación subjetiva, Gómez-Jara proporciona una definición de dolo empresarial, el cual supone atribuir normativamente un conocimiento colectivo a la empresa sustentado en las diversas relaciones y modelos de vinculación entre las partículas de conocimiento individual (2008). Siendo así, el dolo se configura como la atribución de un conocimiento organizativo del concreto riesgo empresarial. De otro lado, con relación a la autoría, la empresa se presenta a través de su organización como el marco dentro del que actúa la persona individual; por lo cual, el hecho global final corresponde a la organización empresarial.

En resumen, el modelo de Gómez-Jara considera que el acto de la empresa se



expresa a través de su organización defectuosa y que el acto de la persona individual es parte del hecho global de la empresa en tanto expresión de su libertad empresarial. La organización defectuosa configura el injusto de la empresa; mientras que la ausencia de fidelidad al derecho configura su culpabilidad.

Además, de los modelos por atribución y por el hecho propio surge el modelo mixto, el cual sustenta la imputación de responsabilidad penal a la empresa en los elementos propuestos por ambos modelos, tales como el hecho de conexión, la organización defectuosa y la cultura empresarial de irrespeto al derecho. En este modelo, el *compliance* constituye un mecanismo unificador de los elementos antes mencionados, en tanto el plan de prevención de riesgos se dirige a evitar o disminuir la posibilidad de realización del hecho de conexión, así como a demostrar una organización correcta dirigida a evitar los riesgos no permitidos de la actividad empresarial, siendo a su vez, evidencia de una cultura de cumplimiento del derecho. Cabe mencionar que el Tribunal Supremo Español parece aplicar este modelo mixto para imputar responsabilidad penal a las empresas (Moreno-Piedrahita, 2019).

El modelo mixto, en algunas de sus propuestas supone la exigencia del hecho de conexión de la persona individual que se transfiere a la empresa y la determinación de la sanción en base a la culpabilidad de la empresa sustentada en diversos criterios, tales como su organización defectuosa o cultura de falta de fidelidad al derecho; mientras que, en otras propuestas supone combinar los elementos mencionados en los modelos anteriores a nivel del injusto, con lo cual queda vacía la categoría de la culpabilidad, por lo menos en los términos exigidos por el derecho penal clásico.

Cuando el modelo mixto incluye la culpabilidad empresarial, esto es, un reproche dirigido a la empresa, la establece en función de diversos criterios: deficiente cultura corporativa, organización defectuosa, por el carácter o conducción de la empresa, o por la reacción ante el delito. Frente a estas propuestas que provienen del modelo de responsabilidad por hecho propio, se suma la propuesta de Nieto, quién recoge elementos de la referida culpabilidad empresarial y la sustenta en un defecto de organización permanente, esto es, un defecto estable y estructural conectado con los actos individuales de sus integrantes (2008). Dicho defecto supone que sus administradores en el tiempo no han adoptado medidas de control y gestión destinadas a impedir o dificultar hechos delictivos de sus empleados y que una vez realizados, tampoco se facilita la identificación del infractor y la reparación del daño producto del hecho delictivo (Nieto, 2008, pág.11).

Asimismo, resulta llamativa la propuesta de Cigüela, quién establece un injusto estructural de la organización, entendido como un “estado de riesgo permanente” potencialmente lesivos para bienes jurídico ajenos desarrollado en el tiempo por un “meta sujeto” (organización compleja), caracterizado por estar compuesto por múltiples sujetos y carecer de una identidad autónoma respecto de sus integrantes (2016, págs. 2-9). El derecho frente a este “meta sujeto” que conforma un injusto estructural le atribuye responsabilidad sin requerir su culpabilidad (sin reproche ético), dado que su intervención co-explica el delito cometido

por sus integrantes. Se pretende así, responder a la influencia que ha tenido la organización en el delito individual, por haber proporcionado un ambiente criminógeno propicio para el delito individual, y que por ende la respuesta jurídica a nivel de responsabilidad debe ser proporcional a la magnitud de la influencia que haya tenido.

### **3. La Imputación Penal a la Empresa**

La imputación penal a la empresa supone atribuir la realización de un delito a la empresa, sea a través del modelo de heteroresponsabilidad, de autorresponsabilidad o mixto. En este sentido, se trata de imputar a la empresa la realización de un injusto culpable. Estos elementos extraídos a partir de las normas penales constituyen valoraciones propias del sistema penal, imprescindibles para la imputación de responsabilidad de la empresa. La necesidad de imputación penal a la empresa surge principalmente por demandas político criminales, las cuales evidenciaron que los riesgos no permitidos a través de la actividad empresarial carecían de respuesta directa a la empresa, siendo insuficientes las respuestas penales aplicadas únicamente a las personas naturales que la integraban o la utilización de sanciones administrativas y/o medidas reparatorias.

Asimismo, a partir de los datos de la realidad-potencialidad económica y social de la empresa capaz de configurar riesgos no permitidos para bienes jurídicos que no pueden ser explicados completamente por los actos individuales de sus integrantes ni tampoco definidos en forma ajena a la empresa dado su avance técnico y tecnológico, se demanda respuestas normativas penales destinado a que la propia empresa diseñe una estructura organizacional que permita que sus actividades permanezcan dentro del riesgo permitido. Esta demanda de la política criminal dirigida a la intervención penal se conecta con la dogmática (mecanismo racional y predecible que fija los criterios para la aplicación y alcance de la norma jurídica penal) a fin de que esta proporcione el sustento material que otorgue legitimidad a la intervención penal, en forma alineada con el respeto a los fines socio políticos imperantes en una sociedad concreta. Esta legitimidad consiste en imputarle a la empresa capacidad de acción y capacidad de culpabilidad para atribuirle un injusto culpable que origine la aplicación de una pena con una función determinada.

#### **3.1 La Necesidad de una Organización Empresarial Compleja**

La empresa como sujeto del derecho penal solo puede ser determinada a partir de identificar en las relaciones sociales en que interviene, su propia comunicación, cuyo significado social es la realización de un injusto culpable. Por ello, para la determinación del sujeto del derecho penal empresarial se debe rechazar el modelo de heteroresponsabilidad, dado que, no propone un injusto propio de la empresa sino atribuye el injusto culpable de sus integrantes basados en su representación o beneficio obtenido por la empresa, situaciones que no permiten identificar ningún indicio de capacidad de acción o de culpabilidad en la empresa; violando así, el principio que sólo responde penalmente el sujeto que ha realizado el injusto de



forma culpable, dado que coloca claramente a la empresa como un tercero en el proceso comunicativo entre el delito y la pena.

En este sentido, la empresa será sujeto del derecho penal cuando la conducta relevante penalmente constituye una comunicación de la organización empresarial (injusto) siempre que dicha comunicación sea expresión de su falta de fidelidad al derecho (culpabilidad). De ello se deriva que, cuando la empresa se vincule a un hecho con relevancia penal sin observar los criterios mencionados, dicho hecho solo podrá ser imputado a la persona o personas individuales que la integran. En este caso, la aplicación de consecuencias accesorias o medidas administrativas sancionatorias a la empresa se sustenta en su calidad de sujeto, o incluso, objeto peligroso, al cual no cabe imputarle el injusto realizado ni menos aún la culpabilidad por su realización.

En consecuencia, las respuestas jurídicas aplicables a la empresa se sustentan en considerarla, sea como sujeto del derecho penal o como sujeto peligroso. Para considerar a la empresa como sujeto del derecho penal se requiere determinar que la organización empresarial realiza conductas propias que le son imputables penalmente, con autonomía absoluta o parcial respecto de sus integrantes; mientras que para calificarla como sujeto peligroso sólo se requiere establecer que ha sido utilizada por sus integrantes, quiénes realizan la conducta típica.

En este sentido, se debe revisar si la empresa, o bajo qué condiciones la empresa, puede ser calificada como sujeto con capacidad de acción, esto es capaz de realizar conductas propias que le sean imputables penalmente. La atribución de conductas a la empresa requiere de una organización compleja, capaz de tomar decisiones que sean producto de su propia estructura sin que dichas decisiones puedan ser identificadas como de titularidad de sus miembros. De forma más directa, se debe establecer la existencia de un dominio de la propia organización sobre sus decisiones independiente de la actuación de sus integrantes, quiénes para contribuir o tener injerencia en las decisiones se deben ceñir a las reglas de la estructura organizacional, las cuales determinan actuaciones o mecanismos a seguir para la toma de decisiones que no pueden ser dejadas de lado.

### **3.2 Plano Objetivo de la Conducta de la Organización Empresarial**

**3.2.1 Conducta Empresarial desde la Perspectiva Social.** La propuesta respecto de la imputación penal a la empresa requiere de una conexión con la conducta realizada por una persona individual. De igual forma, la conducta empresarial de la persona individual no puede existir sin la empresa, desde que, la actuación de la persona individual fuera del ámbito empresarial daría lugar, únicamente, a una imputación individual sin consecuencias sancionatorias para la empresa. La relevancia penal de la conducta empresarial involucra tanto a la empresa como al sujeto individual y supone su valoración negativa a partir de la norma jurídico penal, así como la capacidad de la organizacional empresarial (incluida la persona individual) para evitarla.

En este sentido, el injusto empresarial se define a partir de la conducta descrita abstractamente en la norma penal. Esta conducta es una sola y se imputa al sujeto del derecho penal empresarial. Respecto de la formación de la conducta interviene tanto la organización empresarial como la persona individual. La conducta surge de la interacción entre ambos, los cuales son sujetos colocados en planos distintos; mientras la organización empresarial fija el marco de actuación de sus integrantes y fija reglas para la toma de decisiones (en algunos casos tiene previstas ciertos modos de decidir o criterios para la toma de decisiones), la persona individual actúa responsablemente dentro de ese marco.

Para mayor precisión, la interacción se realiza en el marco de la organización empresarial, esto es, la organización fija las tareas o funciones que corresponden a cada uno de sus integrantes y principalmente establece los mecanismos operativos que se deben seguir para la toma de decisiones, habiendo previamente establecido sus objetivos. La empresa, a través de la interacción, establece un modelo de relación con el exterior que se expresa a través de conductas empresariales ejecutadas por sus miembros, quiénes han aceptado dicho mecanismo al momento de unirse o mantenerse dentro de la organización. Efectivamente, algunas empresas, en el transcurso del tiempo van adquiriendo características propias que determinan su forma de relación con los sujetos o sistemas que existen en su entorno, adquiriendo complejidad, conformando, sobre la base de experiencias anteriores, modelos de respuesta a las diversas situaciones que se les presenta, los cuales determinan su actuación ante las posibilidades que surgen en sus concretas relaciones sociales.

En este contexto, la persona individual, miembro de una organización compleja, continúa o ejecuta las decisiones de la empresa, las cuales usualmente son recurrentes en el tiempo, esto es, se repiten; o en su caso, se generan utilizando análisis recurrentes, esto es, en función de su perfil empresarial. Esta descripción de las conductas empresariales demuestra la enorme influencia de la estructura organizacional en las conductas individuales, que se realizan en virtud de delegación de competencias asignada por la empresa. Sin embargo, dicha influencia no cosifica a los miembros de la empresa, ni los convierte en autómatas; por lo cual, resulta posible considerarlos como sujetos responsables. En algunos casos, dado el proceso descrito, resulta difícil imputar objetiva y/o subjetivamente la realización de la conducta descrita en la norma penal a las conductas individuales, en atención a su ubicación dentro del entramado empresarial. Evidencias de esta situación, están dadas por el desarrollo que ha tenido para la imputación individual, el principio de confianza como instituto de la imputación objetiva para el injusto en el ámbito de las organizaciones empresariales; y la ignorancia deliberada como mecanismo para imputar el dolo.

Desde la perspectiva de la teoría social, tanto el sistema empresarial como el sistema psíquico constituyen sistemas diferenciados entre sí,

presentando entre ellos una relación de sistema a entorno. A su vez, también se puede señalar que las organizaciones, que incluyen a las empresas, se presentan en la sociedad actual como el principal entorno de la vida humana (Rojas, 2017), lo que ha originado que se pueda sostener la existencia de una sociedad de organizaciones en el marco de una sociedad de riesgo. Por ello, la organización empresarial adquiere en las relaciones sociales cada vez más presencia y potencialidad, y su conducta corresponde a una comunicación que, desde el punto de vista de la teoría social, se produce por un acoplamiento operativo entre la organización y la persona individual que la integra, proporcionando una única comunicación que corresponde a la organización por ser titular de la relación social en la que interviene con el entorno. Con mayor precisión, en palabras de Luhmann, la “simultaneidad permite un acoplamiento momentáneo de las operaciones del sistema con aquellas que el sistema atribuye al entorno” (2006).

Cabe precisar que, si bien la conducta global expresada en el marco de las relaciones sociales corresponde a la organización empresarial, la misma también es representativa de la conducta de la persona individual, en tanto ésta ha realizado una conducta que se explica por la dinámica empresarial. El hecho global, incluida la ejecución a través de una persona individual, pertenece a la empresa, salvo que, la conducta individual se desligue de la comunicación propia de la organización empresarial.

En este sentido, se debe destacar que la empresa aparece como sujeto titular de las relaciones sociales en las que participa y por ende realiza conductas que constituyen comunicaciones con su entorno, y que, para realizar dichas comunicaciones, delega funciones, sobre la base de la especialización, entre sus integrantes; todo lo cual, lo lleva a cabo en virtud de su propia libertad organizativa. La empresa como titular de sus comunicaciones elige una respuesta entre las múltiples posibles en el ámbito de relación social, en el contexto de interacción con sus integrantes.

En resumen, en el ámbito objetivo se atribuye a la empresa como organización compleja la producción de comunicaciones propias (conducta) generadas en la interacción con sus integrantes, cuyas conductas individuales constituyen un reflejo o continuidad de la comunicación efectuada por la organización empresarial. Respecto de la conducta individual de sus miembros, la misma se integra, acopla o alinea a la conducta de la empresa, conformando un solo hecho global (Luhmann, 2006).

- 3.2.2 Conducta Empresarial desde la Perspectiva Jurídico Penal.** Hasta aquí se ha mostrado la conducta de la empresa en el marco de sus relaciones sociales, tratando de explicar la relación que existe entre la estructura organizacional y sus integrantes en las comunicaciones que la empresa efectúa hacia el exterior, esto es, en las relaciones con terceros. Sin embargo, todo lo dicho, constituye una explicación de la realidad, en el ámbito de la actuación de las empresas, pero todavía no configura una imputación

penal. La imputación penal requiere, bajo términos jurídicos, establecer quién está comunicando a través de su elección, entre diversas posibilidades de acción, una conducta contraria a la esperada por la norma penal. La descripción del proceso de producción de la conducta que socialmente se atribuye a la empresa constituye un proceso explicativo de la realidad o del acontecimiento realizado; pero no es suficiente para imputar, bajo criterios valorativos de carácter jurídico, la realización de una conducta relevante penalmente.

En este sentido, la norma penal no prohíbe resultados dañinos sino la realización de ciertas conductas a ciertos sujetos, de tal forma que la legitimidad de la intervención penal se produce cuando un sujeto capaz de afectar bienes jurídicos o para algunos de desautorizar la vigencia de la norma realiza la concreta conducta prevista en la norma penal (Caro, 2014). Este razonamiento obliga a colocar en primer término dentro de la teoría del delito al sujeto responsable a quién la norma penal le comunica o indica qué tipo de actuación defrauda la expectativa normativa. Usualmente, la teoría del delito, revisa la capacidad de acción del sujeto responsable en la culpabilidad (después de atribuir el injusto) y lo efectúa como un juicio negativo. Sin embargo, esto se produce porque se considera que todas las personas naturales tienen capacidad de acción, la cual solo se descarta luego de determinar el injusto.

En el caso de la empresa no es posible actuar de la forma antes descrita, ya que el punto esencial de análisis consiste en establecer su imputabilidad, esto es, si son capaces de realizar conductas que expresen un sentido de contrariedad respecto de la norma penal.

La capacidad de infringir el mandato normativo supone un ejercicio de racionalidad o para algunos de conciencia del sujeto frente a la conducta descrita como punible en la norma penal. Dicha norma, restringe la libertad del sujeto (prohibiendo una conducta) para conseguir un beneficio global establecido en el marco legítimo de coordinación de intereses contrapuestos. La racionalidad del sujeto supone la realización de un proceso interno de autorreflexión que lo lleve a elegir una respuesta al conflicto que se le presenta. La racionalidad del sujeto consiste en decidir y actuar en cumplimiento de la expectativa contenida en la norma penal a pesar que le puede resultar más beneficioso incumplir con el mandato normativo, por cuanto los demás restringen su libertad a su favor sin que él tenga que restringir su libertad (Kindhäuser, 2011). En este sentido, la capacidad de acción del sujeto responsable supone la capacidad del Estado de exigirle a un sujeto determinado un comportamiento conforme a la norma jurídica legítimamente aprobada, en atención a todas sus capacidades colocadas en una relación social concreta (Bustos, 2004).

En el caso, de las organizaciones empresariales se destaca la propuesta de Gómez-Jara respecto de la imputabilidad de la empresa. Para este autor, la empresa es imputable, en tanto presente cierto grado de complejidad

constitutivo de un sistema autopoiético de orden superior, y sea capaz de mostrar caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión equivalentes normativamente a la conciencia de las personas individuales. Agrega que, el derecho solo puede aspirar a atribuir personalidad, tanto al sistema individual como al sistema organizativo en base a indicios racionales de una autorreferencialidad suficiente, la cual se produce en atención a un proceso de encadenamiento de círculos hipercíclicos destinados a formar al actor corporativo, como sujeto distinto a sus integrantes que toma sus propias decisiones (Gómez-Jara, 2008, págs. 160-163). Los procesos para la toma de decisiones fijados por la organización empresarial, establecen entre otros aspectos: las áreas y sujetos competentes, los criterios o variables que deben ser tomadas en cuenta, las decisiones tomadas ante situaciones similares o idénticas, y los posibles efectos de las decisiones.

La propuesta mencionada describe un proceso para la toma de decisiones que permite concordarla con la identidad de la corporación. Sin embargo, y sin negar el esfuerzo de su elaboración ni tampoco la consecuencia de considerar el peso de la corporación en la decisión, no es posible establecer que el actor corporativo califique como titular de la toma de las decisiones de la corporación para efectos del derecho penal, el cual requiere de un sujeto que frente a la situación concreta realice un proceso de reflexión en base a su autoconciencia o racionalidad, y que producto de ello elija una conducta que la norma jurídico penal considere como punible. En nuestra consideración, la propuesta establece una estructura organizacional que establece un mecanismo para la toma de decisiones que incluye el perfil de la empresa frente a las posibilidades de decisión y que por ello influye en la toma de decisiones, pero que, no excluye el proceso deliberativo que los sujetos individuales realizan respecto de la decisión que finalmente se exterioriza. En consecuencia, la estructura organizacional no sustituye la decisión a cargo de sus miembros (quiénes conservan e imprimen su propia racionalidad), aunque en ocasiones dicha estructura les dificulte la comprensión o valoración del hecho global realizado.

En este sentido, la norma penal no se dirige a la empresa por carecer de capacidad de acción y porque la conducta punible descrita en la norma es atribuible a sus miembros, quiénes en su calidad de sujetos autorresponsables decidieron y ejecutaron dicha conducta. En estricto, la conducta de la empresa corresponde a la conformación de una estructura organizacional defectuosa que configura un “estado peligroso”. En realidad, es un resultado producido en el tiempo por el desarrollo de la empresa y el derecho penal no está legitimado para imponer penas frente a estados peligrosos o desarrollos defectuosos de las personas, ya que estos por sí mismos no afectan bienes jurídicos ni tampoco desautorizan la vigencia de la norma. La falta de capacidad de la empresa para realizar el injusto no impide que otras normas jurídicas puedan prever consecuencias frente a su organización defectuosa.

En concreto, la conducta que configura el injusto (normativamente establecido) es imputable a un sujeto autorresponsable, como es, el integrante o los integrantes de la empresa; quién o quiénes, en atención a su libertad organizativa y deber de fidelidad al derecho, ostentan poder decisorio y de ejecución respecto del injusto. No resulta posible imputar a la empresa dicho injusto, ni por criterios de transferencia del acto de la persona individual que actúe en su nombre ni tampoco por su influencia en el injusto emanada de su estructura organizacional.

**3.2.3 *La Organización Defectuosa Como Estado de la Empresa.*** La influencia que genera la estructura organizativa en la realización del injusto individual no es suficiente para calificar a la empresa como sujeto del derecho penal, en tanto dicho estado de la empresa no constituye una conducta descrita en la norma penal. La organización defectuosa se produce como resultado de una serie de conductas que a lo largo del tiempo han marcado un determinado modelo de funcionamiento de la empresa que se repite reiteradamente, el cual no se encuentra tipificado y que, desde un punto de vista valorativo, no es determinante para que el sujeto individual decida y ejecute el injusto.

En este sentido, no es posible sostener que, la norma penal que describe el injusto empresarial esté dirigida a prohibir a la empresa la conformación de una organización defectuosa que proporcione un ambiente dentro del cual, el sujeto individual realice dicho injusto. Es más, existiendo esa organización defectuosa, podría no producirse injusto alguno de la persona individual; o incluso no existiendo organización defectuosa, se podría producir un injusto de la persona individual que supere las medidas de prevención; todo lo cual, determina que la estructura organizativa defectuosa no constituye una conducta penalmente relevante. La vulneración de deberes generales de organización en las actividades empresariales no puede ser un elemento cuyo único sentido objetivo sea determinar o hacer decidir al sujeto individual por la realización del injusto.

Lo anterior evidencia que, en el nivel explicativo, la conducta de la empresa no puede ser independizada de la conducta de la persona individual para describir el delito realizado; pero en el nivel valorativo o de imputación penal, la organización defectuosa no califica como injusto penal, siendo además contingente respecto del injusto de la persona individual. Ahora bien, el Estado exige a ciertas empresas (considerándolo un interlocutor válido) en función de los injustos en que podrían incurrir, el cumplimiento de normas jurídicas que establecen una función cuasi pública consistente en la implementación de planes de prevención eficaces destinados a evitar los riesgos de la actividad empresarial, específicamente le solicita mecanismos de detección, monitoreo, control de riesgos, así como mecanismos de denuncias y la inclusión de un oficial de cumplimiento al interior de la organización. Dicho de otra manera, le exige que genere una



estructura organizativa que impida o dificulte la realización de delitos en el ámbito de su actividad empresarial.

La sanción prevista constituye una respuesta a la ausencia de esa organización eficaz de prevención de riesgos de empresas con cierto grado de complejidad y que actúen en ámbitos específicos. La existencia de una organización constituye una eximente de responsabilidad en tanto no se produce la violación del mandato normativo. Adicionalmente, la aplicación de sanciones exige que la empresa se haya beneficiado directa o indirectamente con el delito. Los supuestos mencionados evidencian, que se requiere una relación explicativa entre el injusto empresarial y la estructura de organización defectuosa.

De esta manera, las medidas de prevención de riesgos, constituyen una exigencia a las empresas para que colaboren con el Estado en el cumplimiento de sus funciones, esto es, previniendo delitos a través de crear normas penales, verificar el cumplimiento de las normas penales e imponer penas. En este sentido, la sanción a la empresa se produce por no colaborar en el cumplimiento de las funciones estatales. Esta finalidad no puede configurar un bien jurídico ni una expectativa social esencial, debiendo ser tomada como un mecanismo de ordenación.

Esta ordenación a través de los planes de prevención de riesgos permite determinar las conductas punibles, identificar a los sujetos individuales competentes por dichas conductas, establecer la medida proporcional de la pena en función del injusto o de la culpabilidad atribuida a las personas individuales. En este sentido, la relación entre la organización defectuosa de la empresa y el injusto empresarial individual justifica que su determinación se realice dentro de un proceso penal, en el cual, la determinación de la estructura organizacional defectuosa se sancione y a su vez permita esclarecer y asignar a la persona individual la realización de su injusto culpable. A partir de lo dicho, en las empresas complejas que hubieran desarrollado y mantenido una estructura organizacional defectuosa (es decir, que no impidió o dificultó el delito de sus miembros) cuando les resultaba obligatorio conformar una barrera de contención contra dichos actos a través de implementar un plan de prevención de riesgos exigible normativamente, les corresponde responsabilidad acorde con su nivel de incumplimiento. Para mayor precisión, la responsabilidad no es directamente por la organización defectuosa desarrollada sino por no contar con un plan de prevención de riesgos que le resulta exigible, sea por su actividad o por los injustos que pudieran realizar sus miembros.

Estas medidas tienen alguna similitud con las sanciones por infracciones administrativas, pero revisten particularidades sea por su vinculación explicativa respecto de la realización de un delito y por constituir incumplimientos de deberes de colaborar con el Estado en la tarea pública de prevenir delitos. Asimismo, la particularidad de estas medidas es que su consecuencia trasciende a la empresa y afecta a sus accionistas y funcionarios, quiénes para evitar su aplicación por proteger sus propios intereses

impulsarán medidas destinadas a cumplir con las exigencias estatales de contar con mecanismo de prevención de riesgos.

### **3.3 Plano Subjetivo de las Conductas de las Organizaciones Empresariales**

En el plano subjetivo se analiza el principio de culpabilidad, sea como expresión de un hacer personal o como la posibilidad de exigir una conducta conforme a derecho en función de las capacidades del sujeto (Bustos, 1958). El primer caso, revisa la relación personal entre el sujeto y el injusto; mientras que el segundo sustenta la reprochabilidad al sujeto por su falta de fidelidad al derecho, esto es, su culpabilidad.

De inmediato se presenta el inconveniente de establecer cuál es la conducta que en términos jurídico penales puede ser atribuida a la empresa; para a partir de ello, encontrar un vínculo subjetivo a nivel de dolo o culpa entre dicha conducta y la empresa. Como se señaló, no existe una imputación a la empresa de un hecho concreto contenido en el tipo penal, por lo cual, no es posible establecer un vínculo subjetivo con ninguna conducta que le resulte imputable penalmente (Meini, 2014, pág. 210). En este sentido, la organización defectuosa no constituye una conducta imputable penalmente a la empresa. La conducta imputable consiste en realizar la descripción abstracta contenida en el tipo penal, la cual, como se ha indicado, puede ser explicada en parte por la intervención de la empresa, pero no resulta imputable penalmente a ésta sino a sus integrantes.

En esta línea de trabajo, al no existir conducta objetiva penalmente relevante que sea imputable a la empresa, no es posible analizar la imputación subjetiva a título de dolo o culpa; siendo inaplicables las propuestas de sustentar la existencia de dolo en la imputación de conocimiento global de la empresa respecto del riesgo no permitido de la actividad empresarial representado por la existencia de su propia organización defectuosa o en base a la magnitud de dicha organización defectuosa.

Respecto del principio de culpabilidad ligado a la reprochabilidad por falta de fidelidad al derecho, dicha categoría supone establecer en primer término la existencia de un sujeto responsable, lo cual como se ha indicado precedentemente no es posible de atribuir a la empresa por su falta de capacidad de acción penalmente relevante.

## **4. A Modo de Conclusión**

La figura de la empresa aparece inicialmente como dependiente absolutamente del empresario (persona individual), quién a través de ella desarrolla sus actividades económicas. Posteriormente, el crecimiento de la empresa exige al empresario la conformación de un orden administrativo para el desarrollo de sus actividades económicas, dando lugar a la organización empresarial. Finalmente, la empresa trasciende la mera organización administrativa y se convierte en un sujeto de las relaciones sociales, inicialmente de carácter económico y luego con poder social y político. En ese momento, ciertas empresas conforman una organización que adquiere una complejidad suficiente que les permite responder a su entorno con



una identidad social propia acorde con su perfil empresarial.

La empresa como sujeto del derecho penal sólo puede ser debatida respecto de las organizaciones empresariales complejas, en la cual adquiere cierta autonomía social en la interacción con su entorno, constituyendo una estructura organizacional que influye en sus miembros. Esta influencia permite co-explicar la conducta punible de sus miembros; pero no permite imputación penal por la defraudación de la expectativa normativa, en tanto la empresa carece de capacidad de culpabilidad, por lo cual, no califica como destinataria de normas penales. La estructura organizacional de la empresa no constituye un sujeto del derecho penal sino un estado alcanzado por el desarrollo de la empresa.

Sin embargo, resulta posible establecer una respuesta jurídica a la empresa compleja, en función que el Estado le asigna tareas cuasi públicas de prevención de ciertos delitos mediante la exigencia de incorporación al interior de su organización de planes de prevención de delitos. Esta tarea reconoce a la empresa la capacidad de reconocer, técnicamente, los riesgos de su propia actividad y por ende su contribución en la conformación de las normas destinadas a evitar dichos riesgos. En este sentido, la sanción a la empresa se produce por el incumplimiento de planes de prevención al interior de su organización y no por la conducta típica realizada por alguno de sus miembros. Dicha sanción no proviene de la falta de deberes generales de organización, los cuales resultan muy difíciles de precisar y más aún de calificar como determinantes para la realización de la conducta punible de sus miembros. Asimismo, la falta de deberes generales de organización se concreta en una organización defectuosa, la cual constituye un estado de cosas o de riesgo latente, que no podría ser objeto de sanción por sí misma, en tanto constituiría una respuesta jurídica a la identidad de la empresa o por su forma de conducir su actividad. En este sentido, la estructura organizacional defectuosa de la empresa no resulta suficiente para imponer una sanción, ya que constituye un resultado, por lo cual se requiere, para sustentar la sanción, de la ausencia de específicos planes de prevención de riesgos que le son exigidos normativamente. De esta manera, la sanción a la empresa se sustenta en el incumplimiento al mandato normativo expreso (conducta omisiva) respecto del cual, la empresa tuvo injerencia en su formación (responsabilidad).

En este sentido, la legitimidad de la sanción a la empresa no proviene de la realización de un injusto propio ni atribuido sino de su conducta infractora, es decir, omisión de planes de prevención de delitos, que constituye el incumplimiento grave o leve de deberes jurídicos específicos de organización, atribuida en virtud de su competencia (libertad de autoorganización) y de su responsabilidad (injerencia en la formación de dicha norma). Cabe agregar que, la sanción a la empresa requiere de una condición objetiva para su aplicación, la cual es, el injusto de la persona individual, en tanto, el mismo pueda ser explicado por la ausencia o insuficiencia de planes de prevención, que no colocaron condiciones objetivas para impedir o dificultar la realización del injusto individual.

La sanción a la empresa corresponde ser aplicada en el proceso penal en el cual se imputa el delito empresarial al sujeto individual, en tanto la ausencia o

insuficiencia de planes de prevención de delito que resulten obligatorios para la empresa, permite explicar e imputar (con mayor certeza) dicho injusto, al proporcionar el ámbito situacional en el cual actuó el sujeto. Efectivamente, los referidos planes permiten explicar la división de competencias internas y la ubicación del sujeto individual en la organización, lo cual proporciona insumos para la determinación de las exigencias típicas de imputación objetiva y subjetiva a dicho sujeto. De otro lado, también permite establecer una mayor certeza en la aplicación de la sanción a la empresa al establecer la injerencia de la empresa en la realización de la conducta típica individual, estableciendo el nivel de incumplimiento de los planes de prevención.

De lo dicho, la empresa no califica como sujeto del derecho penal empresarial y por ende la respuesta jurídica a ella no constituye una pena, teniendo una naturaleza *sui generis*. Por ahora, no resultan convincentes las propuestas analógicas o de equivalencia normativa para atribuir responsabilidad penal a las empresas, en tanto, la teoría del delito está arraigada en categorías dogmáticas elaboradas para el individuo. De igual forma, resulta insuficiente la respuesta de carácter meramente administrativo, en tanto la injerencia de la organización empresarial en la realización del injusto individual requiere de una respuesta de mayor intensidad. En este sentido, parece más razonable construir una imputación penal especial para las empresas (Abanto, 2011, págs. 89 - 91), bajo consideraciones de un derecho penal global. Por cuestiones de espacio no se analiza en el presente artículo las normas positivas que establecen respuestas a las personas jurídicas, tales como las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, así como la Ley de Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

En consecuencia, por ahora, es posible aplicarle una respuesta jurídica por la ausencia de planes de prevención de delitos, en donde se le debe imputar una conducta de omisión (no realización de la acción indicada) y una relación subjetiva con dicha conducta, evidenciada a través de la gravedad o levedad del incumplimiento de la implementación de los planes de prevención. Ambas, sustentadas en su competencia como colectivo y en su deber especial de colaborar con el Estado en la prevención de los delitos.

De lo dicho, la sanción a la empresa sólo se produciría en los casos en que el Estado previamente hubiera exigido un plan de prevención de riesgos. Asimismo, consideramos que la exigencia de dichos planes solo es posible en empresas con cierta complejidad y envergadura, ya que supone incorporar en su organización costos adicionales ajenos a su específica actividad empresarial.

Cuando no se exija la implementación de planes de riesgos específicos en la realización de la actividad empresarial y se realice un injusto individual, sólo sería posible aplicar a la empresa medidas de carácter asegurativo y no sancionatorio (Gracia, 1996, págs. 457 - 459).

Finalmente, en los casos en que la empresa no califique como tal, por haber sido creada o haberse convertido en un ente destinado sólo a la comisión de delitos corresponde su disolución, entendido como mecanismo de seguridad frente a objetos peligrosos.

## REFERENCIAS

- Abanto, M. (2011). Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. En N. Sanchez, *Dogmática Penal - Homenaje a Klaus Tiedemann* (págs. 89 - 91). Lima: USMP: Fondo Editorial.
- Bustos, J. (1958). El principio de culpabilidad en el anteproyecto de Código Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense de Madrid*.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas, Tomo I, Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: ARA Editores.
- Cigüela, J. (2016). El injusto estructural de la organización. *Revista para el Análisis de Derecho*, 1 - 28. Obtenido de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1200.pdf>
- Constitución Política del Perú [Constitución]*. (1993). (Perú).
- Gómez-Jara, C. (2008). El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En C. Gómez-Jara, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial* (págs. 142 - 194). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gracia, L. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Heine, G. (2008). Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. En C. Gomez-Jara, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial* (págs. 18 - 53). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kindhäuser, U. (2011). *Culpabilidad jurídico penal en el Estado Democrático de Derecho. Pena y Culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial IBdef.
- Luhmann, N. (2006). *El derecho de la sociedad*. Mexico: Editorial Herder.
- Meini, L. (2014). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Teoría Jurídical del Delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Messineo, F. (1979). *Derecho Civil y Comercial. Tomo II*. Buenos Aires.
- Morales, A. (2018). La naturaleza jurídica de la empresa. *AGNITIO*. Obtenido de <http://agnitio.pe/articulo/la-naturaleza-juridica-de-la-empresa/>
- Moreno-Piedrahita, C. (2019). El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas. *Política Criminal*. Obtenido de <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/11/Vol14N28A8.pdf>
- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad pernal*. Madrid. Obtenido de <https://www.yumpu.com/es/document/view/15825704/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-adan-nieto-martin>
- Rojas, M. (2017). El sistema social organización; una propuesta de análisis teórico social. *Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 12(24), 93 y ss.
- Silva, J. (2006). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Editorial B de F Montevideo.



# REVISIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

*José Antonio Caro John<sup>1</sup>*

## **1. Preliminar**

Felipe Villavicencio sostuvo en su monumental obra de Parte General que “el dominio del hecho constituye la característica general de la autoría”, y, refiriéndose a la participación, anotó “son partícipes aquellos que no son autores” (2006, pág. 492). Es decir, quien en una situación concreta ejecuta una acción con el dominio del hecho en sus manos siempre calificará como autor, siendo imposible poder considerarlo de otra manera. Esta idea se aprecia con mayor nitidez en su rechazo a la construcción dogmática de la denominada autoría mediata en aparatos de poder, sobre la que sostuvo “cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata” (2006, pág. 480). Como es de ver, estamos claramente ante un pensamiento de férrea defensa de la teoría dominio del hecho como criterio fundamentador de la autoría y diferenciador de la participación.

Las presentes consideraciones, dedicadas a Felipe Villavicencio, recogen unas críticas a la teoría del dominio del hecho que nuestro ilustre y querido homenajeador ya no podrá leer, pero que escuchó tantas veces en nuestros diálogos fraternos sobre la moderna dogmática penal de la autoría y participación. La presente contribución apunta a perennizar estas ideas para el diálogo que en adelante habrá de ser continuada ya sólo en el espíritu con él. Se nos fue un grande, pero se queda entre nosotros la grandeza de su obra.

## **2. Génesis de la Teoría del Dominio del Hecho**

La teoría del dominio del hecho fue introducida en el Derecho penal por Hegler en 1915 en un sentido diferente a como se la entiende usualmente en la dogmática penal de la teoría del delito en nuestros días como un concepto vinculado a la autoría. En el pensamiento de Hegler el dominio del hecho aludía a los presupuestos materiales de la culpabilidad penal, de manera que la imputación de una culpabilidad por un hecho doloso o culposo debía hacerse sobre el enjuiciamiento acerca de si el ejecutor obró con el “completo dominio del hecho”. La graduación del “reproche” de culpabilidad estaba en función de la “gravedad del nivel de dominio del hecho” del autor (pág. 185). En el trasfondo de este pensamiento se encuentra la idea de fundamentar el reproche de culpabilidad en una perspectiva que considera el aspecto “social” del hecho, pues la afirmación de un “completo dominio del hecho” del autor es concebida en referencia a un hecho externo que

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú

“lesiona los intereses de una sociedad organizada bajo un Estado” (pág. 190). En esta originaria formulación del dominio del hecho no existe referencia alguna a una fundamentación de la autoría, de allí que la aportación de Hegler no se cuenta como una teoría propiamente de la autoría, sino más bien como una interesante aportación sobre los presupuestos materiales del concepto de culpabilidad.

Luego de su incursión en el campo de la dogmática de la teoría del delito, el concepto del dominio del hecho recibió un tratamiento variado en la doctrina penal. En el famoso comentario al Código penal alemán de Frank todavía mantiene la característica de una teoría que sirve a la graduación de la culpabilidad, pudiendo excluirla o atenuarla cuando “el déficit de libertad conduzca a una merma del dominio del hecho” (1931, pág. 136). Al poco tiempo Honig se ocupó brevemente del concepto en el ámbito de la autoría mediata llegando a sostener que en el supuesto que un sujeto se sirve de otro para la ejecución, pero obrando el tercero en error, coaccionado, o en una inimputabilidad, evidenciando en todos estos casos un “dominio del acontecer”, precisamente en virtud de lo que ha dominado se le atribuye el título de autor (1930, pág. 200).

La teoría del dominio venía a ofrecer una sugerente propuesta de solución a los problemas no resueltos por las teorías objetivas y subjetivas de la autoría. En el caso de las teorías objetivas, por el predominio de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, la infructuosa diferenciación entre autoría y participación había movido a sus partidarios a encontrar la distinción en las variaciones que se daban en el aspecto interno de la voluntad de los actuantes. En este contexto, las teorías subjetivas significaron un correctivo de las teorías objetivas, con una afianzada recepción en la jurisprudencia, como lo muestra el emblemático *caso de la bañera* (RGSt 74, p. 84) donde la hermana de una parturienta que había alumbrado a un niño ilegítimo ahogó al recién nacido en una bañera en exclusivo *interés* de la madre. La teoría subjetiva que hacía depender la diferencia entre autoría y participación de la voluntad del autor (*animus auctoris*) y de la voluntad del partícipe (*animus socii*), haciendo a un lado el peso objetivo causal externo de la aportación individual al hecho externo, sirvió de fundamento para que la hermana fuera condenada como cómplice, no obstante haber ahogado de propia mano al recién nacido; a juicio del tribunal ella obró sólo con la voluntad de un partícipe. Con un planteamiento similar el Tribunal Supremo alemán resolvió el *caso Stachynskij* (BGHSt 18, p. 87), donde un sujeto que, en el ejercicio de la función de agente del servicio secreto ruso había sido destacado para matar a un correligionario que se encontraba en Alemania, a pesar de haber ejecutado el hecho de propia mano, fue condenado únicamente como cómplice por haber realizado el hecho por encargo y en *interés* de sus superiores.

### 3. Welzel y su Formulación de la Teoría del Dominio del Hecho

En medio de esta constelación de posturas sobre la autoría con un predominante matiz subjetivo, la teoría del dominio del hecho ganó rápidamente un espacio en el capítulo la autoría y participación gracias a que tampoco era sustancialmente ajena a una caracterización subjetiva del concepto de autor. Una fundamentación

del dominio del hecho, circunscrita esencialmente al ámbito de la autoría dolosa, se inició propiamente con Welzel. En una proyección de su teoría de la acción final hacia el campo de la intervención delictiva, sostuvo que la acción en una “relación final de la voluntad hacia el resultado” genera algo que ha de considerarse como “obra” suya. Así, la acción final engloba la dirección de un proceso causal que en el ejemplo del dolo se corresponde perfectamente con el objetivo perseguido por el autor de manera voluntaria. Una autoría culposa “no tiene nada que ver” con una teoría final de la autoría. El autor culposo representa únicamente una con-causa para el resultado: “lo que en su caso trae a colación es que él de cualquier forma es para el resultado producido una con-causa que, no obstante, pudo haberlo evitado. Cualquier forma de co-causalidad que sea evitable fundamenta su autoría” (Welzel, 1939, pág. 538).

En función de esta premisa conceptual Welzel construyó una noción del dominio del hecho basada en la acción final. El postulado es el siguiente:

En el ámbito de la acción final, la autoría final se desprende claramente de toda forma de intervención final. Autoría final es la forma englobante del dominio final del hecho. El autor final es señor sobre su decisión y sobre su ejecución, con ello es señor sobre ‘su’ hecho que él mismo configura conscientemente hacia un objetivo en su contenido y forma. El hecho en sí mismo encierra solo el dominio final del autor. La participación es por ello sólo intervención en un hecho ajeno. El instigador ciertamente determina a un hecho ajeno, el cómplice contribuye a ese hecho, pero el dominio final del hecho, el dominio sobre la decisión y su ejecución material, lo ostenta únicamente el autor. (1939, pág. 539).

Con esta exposición del dominio del hecho, Welzel tuvo dificultades para explicar de modo convincente la autoría en los casos donde el tipo penal reúne unos presupuestos personales para afirmar la autoría, como es el caso de los delitos contra la administración pública donde el actuante tiene una posición de deber especial como funcionario, soldado, etc. Aquí autor puede ser únicamente el intraneus que corporiza en sí mismo una cualificación personal especial, para cuya autoría el dominio del hecho aporta poco o nada. Para superar este problema, de una forma inconsecuente con su punto de partida finalista, Welzel explicó que estos casos debían resolverse en el marco del “completo significado social de la acción” en virtud del cual el extraneus puede ser comprendido dentro del “dominio social del hecho” (1939, pág. 543).

La teoría del dominio del hecho en la forma presentada por Welzel superó el problema de fundamentación del autor directo, que hasta ese momento había permanecido confuso. Naturalmente, dominar el hecho, comportándose como dueño y señor del hecho, es mucho más fácil de ser predicado en los casos donde el sujeto activo ejecuta de propia mano la acción delictiva. Igualmente, Welzel aportó los fundamentos de la autoría mediata atribuyendo el dominio “final” del hecho al hombre de atrás que instrumentaliza al hombre de adelante que obra como un instrumento no doloso. En el análisis de esta forma de intervención, él es enfático al rechazar la categoría del autor detrás del autor por considerar que



si existe un autor principal doloso que realiza el hecho con pleno dominio final del mismo, todo aquél situado por detrás (el hombre de atrás) sólo puede ser partícipe. Mejor dicho: si el hombre de adelante es el personaje principal que lleva a cabo la realización del injusto, no puede encontrarse a su vez dominado por el hombre de atrás. Este reconocimiento llevó a Welzel a calificar de absurda la tesis del “autor de atrás del autor” (1947, pág. 645).

En el ámbito de la coautoría, ésta es una clase de autoría con la particularidad que el dominio del hecho sobre el delito en conjunto no es llevado a cabo individualmente por varios autores, sino el dominio del hecho es realizado en común por todos los coautores. La coautoría no es “mera suma” de autores, sino un “todo único”. El dominio del hecho pertenece al conjunto, pues,

Ningún sujeto individualmente, tampoco varios sujetos agrupados, sino todos juntos son portadores de la decisión de cometer el hecho, y el acto de cada uno con el de los demás configura un todo único mediante la decisión común de actuar en una relación final. (Welzel, 1939, pág. 549)

En suma, en la coautoría “cada quien no es mero autor de una parte, sino co-autor del todo, de allí que él responde también como coautor del hecho conjunto” (Welzel, 1939, pág. 549).

En este razonamiento no se toman en cuenta las particularidades del tipo penal porque la teoría es ubicada en el nivel de lo ontológico, previo al Derecho, en el campo estricto de la acción humana.

#### **4. Aportación de Gallas a la Teoría del Dominio del Hecho**

En un intento por conciliar los postulados de la doctrina final de la acción y la teoría formal-objetiva de la autoría, Gallas sostuvo que,

Autor de un delito doloso es sólo quien en la tipicidad realiza una acción, es decir, una acción con determinado contenido de sentido final; autor de un hecho culposo es fundamentalmente cualquiera que imprudentemente pone una condición para el resultado típico. Una diferenciación entre autoría y participación sólo es posible en el ámbito de los delitos dolosos. El criterio material de esa diferenciación es el ‘dominio del hecho’. (Gallas, 1954, pág. 132)

Agrega, “sistemáticamente, el ‘autor’ pertenece a la teoría de la tipicidad: él es el sujeto de la realización típica” (1954, p. 132). Como se puede ver, el tipo penal es el lugar donde corresponde diferenciar al autor y el partícipe, decantándose Gallas por un concepto restrictivo de autor, según el cual sólo el autor realiza el tipo penal, mientras que la responsabilidad del partícipe es en virtud de una extensión del tipo penal.

El rasgo característico del dominio del hecho en esta novedosa formulación es su evolución hacia la normativización de las categorías dogmáticas. Gallas introduce en la discusión la necesidad de dotar de un contenido normativo a la autoría, y, con ella, al dominio del hecho, en referencia a “valores”. La lectura normativa



de la autoría comienza por ubicar el “enunciado de la descripción típica”, en base al cual se tiene que el suceso causal en sí mismo es insuficiente para explicar la problemática. La descripción de la conducta en el tipo abarca el “significado final” de la misma, manifestada a través del “dominio corporal y voluntario del acontecer típico” (Gallas, 1954, pág. 133). La acción final no es analizada en la ontología, sino en su *sentido* de realización típica. No obstante estar presente el elemento de la finalidad dentro del concepto de acción, esa finalidad (a diferencia de Welzel) no fundamenta en sí misma la autoría, porque, como se acaba de decir, el concepto de autor en el pensamiento de Gallas se construye en función de la interpretación del contenido de sentido de la tipicidad según el caso que corresponda analizar. Por ejemplo, si el hecho ha de referirse a una sustracción, la acción no debe llenarse de contenido mediante la mera causación del desplazamiento del bien mueble, sino a través del poder de dominio del autor sobre los elementos configuradores de la tipicidad. La finalidad se encuentra circunscrita al sentido típico de la acción ejercitada por el autor.

El concepto de autor se encuentra así en una estrecha relación con la acción típica de quien realiza directamente el hecho. Por ello, “comisión inmediata equivale a dominio del hecho” (Gallas, 1954, pág. 133), con la particularidad que no es la cantidad del dominio del suceso externo lo determinante para la autoría, sino el “contenido de sentido” del dominio llevado a cabo. Las demás formas de autoría, como la autoría mediata y la coautoría, tienen en común con la autoría directa el *sentido* del dominio del hecho para concretar su configuración. De este modo, la determinación del “mayor peso” del hombre de atrás en el caso de la autoría mediata “es una cuestión valorativa” (Gallas, 1954, pág. 134), porque puede darse el supuesto que el hombre de adelante, que ejecuta directamente el hecho, también ostente un dominio del hecho, pero relativizado por el mayor peso ejercido por hombre de atrás. Este es el supuesto del ejecutor que actúa dolosamente, pero adoleciendo de una capacidad de culpabilidad, en cuyo caso el mayor peso del hombre de atrás se evidencia por la “utilización” de un ejecutor directo que obra sin libertad. Nuevamente, estamos en un escenario donde los criterios valorativos (y no el peso causal de la aportación) deciden el título de intervención que ha de recaer sobre el actuante, llámese autor o partícipe. Con la coautoría ocurre algo semejante: el coautor es “co-señor del hecho” (Gallas, 1954, pág. 137), y, el sentido del dominio del hecho en su caso dependerá de la interpretación valorativa que se haga de quién, en el contexto de una intervención plural de sujetos en un hecho, se encuentra en el “mismo nivel” de intervención de otro que pueda “compartir” el título de co-señor del hecho (Gallas, 1954, pág. 133).

Como se puede ver, Gallas presenta una exposición del dominio del hecho claramente diferenciada de su antecesor Welzel, donde la determinación de la autoría no descansa en la aportación causal al resultado, ni únicamente en el contenido interno de la voluntad final de la acción, sino en la descripción típica de la conducta en función de criterios valorativos. Con la determinación del *sentido* del dominio del hecho podrá diferenciarse en el caso concreto claramente la autoría y la participación, así como las distintas formas de autoría.

## 5. Roxin y el Dominio del Hecho Como Figura Central

En 1963 salió a la luz el escrito de habilitación de Claus Roxin, titulado “Autoría y dominio del hecho” en el que emprende la sistematización del concepto del dominio del hecho como un “principio rector” (Roxin, 2015, pág. 25) en la determinación de todas las formas de autoría y en su delimitación con la participación. Ese principio rector consiste en identificar quién ha de erigirse en el “personaje central” para recibir el título de autor (autor directo, coautor o autor mediato), y, quién, por “estar al margen”, alcanza el título de partícipe instigador o cómplice (2015, pág. 26). El principio rector en mención no tiene un contenido fijo, sino abierto, “asigna, de una parte, el criterio legal de valoración determinante para la delimitación, y, de otra, también un patrón de diferenciación prejurídico claramente comprensible” (Roxin, 2015, pág. 25).

Acorde a este principio, “autor es la figura central del suceso concreto de la acción” (Roxin, 2015, pág. 25), “la figura clave” (Roxin, 2015, pág. 336) que el Código penal identifica como el “ejecutor”. Roxin enfatiza que el concepto de autor es primario y no secundario, es decir, él rechaza todo intento de definición de la autoría mediante un procedimiento de exclusión, como quien define al autor después de descartar quién no es partícipe. La condición de figura central del suceso ubica al autor como alguien primario precisamente merced al dominio del hecho que convierte a quien lo detente en una figura central de cuyo núcleo debe partir todo análisis para establecer la autoría y la participación.

Para Roxin el dominio del hecho despliega su campo de operación en las clases de autoría de la siguiente manera (Roxin, 2015, pág. 306):

- Como “dominio de la acción” de quien realiza la acción típica personalmente. Este es el caso de la autoría directa.
- Como “dominio de la voluntad” cuando se hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad no es libre, o desconoce el sentido típico de su acción, o cuando se hace sustituir la voluntad por un aparato de poder organizado. Es el caso de la autoría mediata.
- Como “dominio funcional”, cuando en la fase ejecutiva el sujeto realiza una aportación funcionalmente significativa. Este es el caso de la coautoría.

A diferencia de sus predecesores, Roxin da un tratamiento al dominio del hecho con base en una consideración que él mismo denomina “ontológica y teleológica” (2015, pág. 25), reconociéndole un doble papel: de una parte, el dominio del hecho encarnaría el concepto de autor a que aluden los tipos penales, pues “los tipos no son abstracciones descoloridas, sino que representan el intento de plasmar gráficamente, con todos los rasgos personales, a la figura central del suceso de la acción” (Roxin, 2015, pág. 327), y, de otra parte, como el dominio del hecho convierte a la autoría en un concepto primario, la participación es desplazada a un lugar secundario donde el dominio del hecho no desempeña función alguna.

Roxin reconoce que su concepción acerca del dominio del hecho es tributaria en cierta medida del enfoque normativo del mismo iniciado por Gallas (2015, pág. 321). Pero va mucho más allá, transformándolo prácticamente en el componente esencial de una teoría de la autoría.

No cabe duda de que el “impresionante sistema” (Marlie, 2009, pág. 16) del dominio del hecho presentado por Roxin a la comunidad jurídica en su escrito de habilitación, desarrollado posteriormente en diferentes obras para lograr su consagración definitiva en su Tratado de Derecho penal (2003), ha tenido una prolija acogida al punto de constituir en la actualidad doctrina dominante en el campo de la autoría y participación.

La teoría del dominio del hecho representó sin duda un gran avance en relación a las teorías subjetiva y formal-objetiva de la autoría. La dependencia de la voluntad e interés del sujeto como criterio fundamentador de la autoría, en el sentido de la teoría subjetiva, por el cual autor sería quien tiene interés por el resultado y cómplice quien ejecuta el hecho según el interés del autor, debilitó su fuerza explicativa ante la llamada de atención por parte de Roxin de que cómo podía ser sólo cómplice quien ejecuta el hecho principal dolosamente y de propia mano, cuando realmente obró con el dominio del hecho. La solución del caso de la bañera (RGSt. 74, pág. 84) sonaba un poco alejada en el tiempo, pero justamente en 1962, un año antes de la aparición del escrito de habilitación de Roxin se hizo de público conocimiento la solución del Tribunal Federal Supremo del caso Stachynskij (BGHSt. 18, pág. 87). La oportunidad fue propicia para acrecentar el éxito que significaba dar a conocer a la comunidad jurídica la más acabada formulación de la teoría del dominio del hecho. La teoría ya era conocida desde Welzel, sobre todo después que en el marco de su concepción finalista había señalado que “autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho” (Welzel, 1939, pág. 539). Luego siguieron Maurach, Gallas, pero fue Roxin quien dio el salto a la gran sistematización de la teoría, con una aplicación detallada a todas las formas de autoría, en la autoría directa, autoría mediata y coautoría.

Otro dato a considerar para la creciente acogida de la teoría del dominio del hecho fue la propuesta de Roxin de aplicarla para resolver el famoso caso Eichmann. Él había ocupado una posición central por lo que, si bien no se manchó las manos de sangre, considerarlo instigador lo colocaba en una posición secundaria. Roxin pensó que tampoco podía ser coautor porque esta forma de autoría para él ubica a todos los coautores en una posición horizontal. Como la autoría mediata tenía como escollo que ella sólo podía ser de aplicación en los casos cuando el ejecutor obra sin dolo o sin culpabilidad, Roxin vio como salida una reformulación de la autoría mediata sobre la base de tener a un ejecutor que obra dolosamente y con culpabilidad. Esto fue logrado mediante su famosa teoría de los aparatos de poder organizados, que tuvo una recepción posterior en la jurisprudencia alemana (Jakobs, 1995), argentina (Ambos, 1998) y peruana en el caso Fujimori (Ambos & Meini, 2010).

La teoría del dominio del hecho roxiniana se funda a partir de una base objetiva y subjetiva. En la medida que es de aplicación única a los delitos dolosos es innegable que el elemento de la voluntad, central para la teoría subjetiva, está presente en la configuración del dominio del hecho. Naturalmente, el dominio

del hecho abarca mucho más que la parte subjetiva. La realización exterior del hecho, como tener en las manos el desarrollo del suceso típico, constituye un elemento de cierre de la teoría, sin poder negarse el influjo en esta parte de la teoría formal-objetiva. El dominio del hecho en el pensamiento de Roxin viene de este modo a aplacar una vieja aspiración dogmática de encontrar un criterio de autoría que agrupe tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. No es casual por ello que la teoría del dominio del hecho presentada en esta versión haya logrado captar pronto el interés de la doctrina, al punto que incluso en nuestros días suele identificarse la autoría directamente con el dominio del hecho (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018).

## 6. Lo Problemático de la Teoría del Dominio del Hecho

El dominio del hecho explica el concepto de autor a partir de la fenomenología externa del suceso típico, lo que se ve plasmado de manera expresiva en la fórmula del “personaje central” o de la “figura clave”. Precisamente, a dicho personaje se le atribuye esa condición en base a su poder de control de la fenomenología exterior (Schild, 1994, pág. 26). Con esto, los otros que no tienen ese poder de dominio quedan relegados a la condición de partícipes, en una posición marginal y accesorio. La lógica es clara: únicamente el autor domina el hecho, el partícipe colabora a un hecho dominado por el autor; la autoría se identifica con la realización típica y la participación se define en un sentido negativo: partícipe es quien obra sin el dominio del hecho, quien accede al hecho a través de la colaboración que presta al autor (complicidad), o por determinarlo a su realización (instigación).

Pero el injusto penal no tiene porqué configurarse en la pureza fenomenológica del mundo exterior, como algo tangible empíricamente, sino en plano del significado jurídico, como “enunciado y respuesta” (Jakobs, 1991, pág. 7), como un acto que afecta la vigencia de una norma, que defrauda expectativas normativas, y que cuestiona la validez de un derecho (Lesch, 1992, pág. 38). Que el autor domine el hecho y el partícipe no lo haga, es una descripción meramente naturalística, aprehensible por los sentidos y perceptible con la yema de los dedos. Obviamente en la naturaleza hay quien por introducir el cuchillo en el estómago de la víctima tiene un mayor peso de intervención que otro que se limitó únicamente a facilitar el arma blanca. Pero la distinción entre autoría y participación no tiene porqué depender de cantidades de pesos fenomenológicos. Si la perspectiva de análisis es realizada en el plano de lo empíricamente tangible, lo correcto sería afirmar que tanto autor como partícipe obran con el dominio del hecho, sólo que, según la cantidad del dominio individual, unos rinden para ser autores y otros partícipes. Sin embargo, los partidarios de esta teoría difícilmente lo aceptarían. Queda claro con esto que la fuerza dogmática del dominio del hecho alcanza sólo hasta responder la pregunta de quién ha perpetrado una acción ejecutiva y de propia mano, aunque en todo caso allí donde el injusto penal claramente no presenta elementos especiales normativos de corte objetivo y subjetivo (Stratenwerth, 2000).

Los simples datos naturalísticos de entrega del currillo y apuñalamiento con muerte subsecuente no son nada sin su significado normativo como aportaciones que reúnen el sentido de una infracción de la norma. Con esto, tanto el autor como el partícipe infringen la misma norma (Jakobs, 2000, pág. 175), de allí que (como apunta Kindhäuser) conceptos como “figura central” y “figura marginal” constituyen en buena cuenta sólo,

imágenes cautivadoras, pero están lejos de constituir categorías dogmáticas. Que en Derecho penal no se trata de la posición fáctica de un sujeto cualquiera, lo muestran claramente los delitos de infracción de deber, en los cuales es autor quien carga con la responsabilidad normativa por la producción el suceso. (Kindhäuser, 2011, pág. 44).

Otro problema que se advierte en la teoría del dominio del hecho es la inconsecuente aplicación de la “figura central” a las formas de autoría. Recuérdese que el autor como figura central es tal en lo que realiza de propia mano los elementos del tipo. Si esto es así, no se explica cómo en el caso de la coautoría, donde precisamente no hay una figura central, se impute el todo como una sola obra a varios intervinientes que por separado (en función de su dominio) podrían dar lugar a autorías individuales. En la coautoría la teoría se ve obligada a reformular la noción del dominio del hecho por un “dominio funcional” del hecho, para superar el escollo de fundamentación, porque si no se le escaparía de las manos el reconocimiento de que existe un solo hecho y no varios. De seguirse consecuentemente la noción de la “figura central” tendríamos en la coautoría muchas “figuras centrales” rompiéndose así la noción de autoría. En la coautoría Roxin agregó muy inteligentemente un criterio normativo a su concepción fenomenológica del dominio del hecho mediante el “dominio funcional”, pero habiendo logrado salir del problema dejó la insatisfacción de reconocer que la idea de “figura central” tal cual no es aplicable a todas formas de autoría, por ejemplo, a la coautoría, ya que en este caso no es a un solo sujeto, sino a un colectivo de coautores a quienes se les atribuye la realización típica. Por tanto, la “figura central” es aplicable únicamente a la autoría directa.

La coautoría sirve también de ejemplo para demostrar que la teoría-formal objetiva está arraigada en la concepción roxiniana del dominio del hecho mucho más de lo que pueda imaginar. Esto se aprecia cuando Roxin considera que si no hay intervención en la fase de ejecución típica es imposible la coautoría. Sin duda este elemento quiebra la normativización lograda mediante el dominio funcional, pues nada impide que alguien pueda configurar espiritualmente el plan delictivo con un poder capaz incluso de neutralizar o paralizar el desarrollo posterior de la ejecución, y con ello no deja de ser coautor a pesar de no intervenir en la fase de ejecución. Esto se ve en las organizaciones criminales donde el cabecilla configura todo; por ejemplo: corrompe a la policía de control del puerto del Callao, organiza al detalle el traslado de la droga desde la selva peruana hasta el puerto, pero el día de la introducción del cargamento en el puerto no toma parte en la ejecución. ¿Cómo llamar sino coautoría en el tráfico de drogas a esta realización típica

llevada a cabo mediante una división organizada de funciones? En esto radica en todo caso el dominio funcional que Roxin quebró con su exigencia naturalística de que sólo sea coautor quien intervenga en la fase de ejecución.

El obrar con el dominio fenomenológico del hecho no fundamenta directamente ninguna autoría, porque el dominio sin una referencia al ámbito de competencia (por organización o institucional) del interviniente es pura naturaleza, irrelevante para el Derecho penal. Con un ejemplo: un fiscal a cargo de la investigación contra un amigo suyo de infancia por el delito de lavado de activos responde como autor de encubrimiento tanto cuando personalmente destruye una ingente documentación incriminatoria, como cuando permite que otro quemara toda la documentación. Es claro que en el primer supuesto la figura central del hecho coincide con la condición especial del autor. Pero en el segundo caso, la figura central es quien quema la documentación, quien obra con el dominio de la propia acción. Sin embargo, a pesar haber actuado el ejecutor con el dominio del hecho en sus manos, o de haberse comportado como la figura central del hecho, nunca responderá como autor. Autor es el fiscal, sencilla y llanamente por haber quebrantado su deber institucional, para cuya fundamentación el dominio del hecho no tiene potencia alguna.

En una básica delimitación dogmática puede distinguirse entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber (o delitos que consisten en la infracción de un deber). La terminología se halla asentada en autores como Roxin, que han realizado un amplio aporte doctrinal a la teoría de la autoría y la participación. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor (Jakobs, 1991, § 1/7, 7/56). Según este entender la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. El dominio sin referencia al deber emanante de un ámbito de competencia es simple naturaleza. Apunta Jakobs “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social” (Jakobs, 2000, pág. 169).

La crisis del dominio del hecho se muestra evidente en los supuestos donde la conducta no reúne el sentido de haber extralimitado los contornos del riesgo permitido. Por ejemplo: quien lleva un taladro a casa de su vecino, a pedido de éste, y perfora una pared interior de la casa alcanzando una conexión eléctrica que queda destruida por la fuerza de la perforación, ha dominado el hecho naturalmente, pero no es autor del delito de daños; su comportamiento no rebasa el riesgo permitido, pues “ha actuado a riesgo del vecino” (Jakobs, 2000, pág. 168). Pero se llega a esta solución sólo mediante el añadido de la valoración integral del hecho con referencia a la norma. Al ejecutor no le alcanza el ámbito de protección de la norma del delito de daños, por cuanto que, previamente al dominio en sí mismo del suceso fáctico, o de la causación directa del resultado, el dominio de su accionar está cubierto por la competencia jurídicamente inocua inherente al riesgo propio (permitido) del vecino.



También quien obra en el ejercicio de un oficio cotidiano o socialmente estereotipado se mantiene por fuera del perímetro de la tipicidad, protegido por la garantía de no responder penalmente por un obrar enmarcado dentro de un segmento personal de libertad caracterizado como inocuo. En el plano naturalístico o fenomenológico claro que el actuante cotidiano obra plenamente con el dominio del hecho, pero mientras ese dominio esté cubierto por un obrar adecuado a un rol social inocuo, no despierta el interés de la intervención penal. ¿Acaso el deudor no domina el hecho de pagar su deuda aun cuando sabe que su acreedor enseguida destinará el dinero para corromper a un juez en un proceso civil? Lo que cuenta entonces es ámbito de competencia y sólo ella, el dominio del hecho per se es irrelevante jurídico-penalmente. Entonces, en el caso de las conductas neutrales, si el dominio del hecho convierte al actuante en la “figura central del suceso típico”, ergo en el autor delictivo, entonces en las situaciones donde el resultado es producido por quien obró en el ejercicio de un oficio cotidiano o estereotipado, la aplicación coherente de la teoría roxiniana del dominio del hecho tendría que conducir a rechazar la validez de las denominadas “conductas neutras” con el efecto de rechazar también la no punibilidad de quien se beneficia precisamente del privilegio excluyente de responsabilidad por una actuación enmarcada dentro de esta neutralidad. Por ejemplo, el cartero domina el hecho de la entrega de la carta, el taxista domina el hecho del traslado del cliente a su lugar de destino, el médico domina el hecho de curar las heridas de unos terroristas, el dueño de un departamento domina el hecho de arrendar el inmueble a unos narcotraficantes. Todos ellos obran con el dominio del hecho, incluso teniendo conocimiento de lo que hacen, pero no responden penalmente, más exactamente no actúan típicamente al encontrarse enmarcada sus conductas dentro de una *zona libre de responsabilidad*, como lo ha reconocido nuestra Corte Suprema de manera reiterada sobre la problemática de las conductas neutrales. Sólo a título de ejemplo baste aquí mencionar la ejecutoria suprema del Caso del Transportista, donde se estableció que,

Una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, como es la superación del riesgo permitido; en este sentido, quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse en sus contornos, no supera el riesgo permitido (RN. N° 776-2006-Ayacucho, F.J. 4).





## REFERENCIAS

- Ambos, K. (1998). *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*. GA.
- Ambos, K., & Meini, I. (2010). *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Lima.
- Bruns, H. (1932). *Kritik der Lehre vom Tatbestand*. Bonn: Röhrscheid.
- Frank, R. (1931). *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz* (18 ed.). Tübingen.
- Gallas, W. (1954). Täterschaft und Teilnahme. *Materialien zur Strafrechtsreform: Gutachten der Strafrechtslehrer*, 132 - 150.
- Hegler, A. (1915). Die Merkmale des Verbrechens. *ZstW* 36.
- Honig, R. (1930). Kausalität und objektive Zurechnung. *Festgabe für reinhard von Frank*.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin.
- Jakobs, G. (1995). Anmerkung zu BGH v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (Beteiligung der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats der DDR an den Schüssen an der Grenze). *NStZ*, 25.
- Jakobs, G. (2000). El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativación de los conceptos jurídicos. En M. Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Lima.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlin.
- Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho. *REJ*(14), 41.
- Lesch, H. (1992). *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Frankfurt: Main.
- Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. (J. Sanchez-Vera, & Gomez-Trelles, Trads.) Bogota.
- Marlie, M. (2009). *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik der Tatherrschaftsbegriffs*. Baden-Baden: Nomos.
- RN. N° 776-2006 (Segunda Sala Penal Transitoria 23 de Julio de 2007).
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2015). *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin.
- Schild, W. (1994). *Täterschaft als Tatherrschaft*. Berlin/New York.
- Stachynskij, B.G.H. 18,87 (Tribunal Supremo 19 de 10 de 1968).
- Stratenwerth, G. (2000). *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. Köln.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima.
- Weber, H. (1935). *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*. Jena.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *ZStW*, 58, 491.
- Welzel, H. (1947). Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre. *JZ*, 645.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. (R. Pariona, Trad.) Lima.



## EL MAL LLAMADO CONSENTIMIENTO PRESUNTO: APORTES EN TORNO A SU REAL NATURALEZA<sup>1</sup>

*Romy A. Chang Kcomt<sup>2</sup>*

Felipe no sólo fue un gran maestro en el área penal, sino también todo un caballero y una extraordinaria persona. De él me vienen muchos lindos recuerdos, fue quien me dio las pautas para hacer mi primer escrito: una excepción de naturaleza de acción en un caso ambiental bastante complejo, en el que tuve la suerte de que fuera contratado para un co-patrocinio con el estudio de abogados en el que me encontraba haciendo mis prácticas preprofesionales. Felipe, no solo tuvo la generosidad de enseñarme sin ser mi maestro de prácticas, sino que lo hizo con cariño y paciencia.

Grande fue mi honor cuando lo tuve como jurado en la sustentación de mi tesis para graduarme como abogada, su presencia, como era de costumbre, enriqueció el debate y me hizo reflexionar en varios de los puntos abordados en la tesis.

Hoy, Felipe no se encuentra entre nosotros, pero sus enseñanzas y sus aportes dogmáticos perdurarán por siempre.

### **1. Referencia al Consentimiento Presunto: Voluntad Presunta Como Causa de Justificación**

El consentimiento presunto se genera en los supuestos en los que el titular del bien jurídico se ve imposibilitado de consentir (manifestar su voluntad), presumiéndose su consentimiento en la hipótesis o ficción de que el mismo habría consentido, en caso de conocer el hecho y tener la ocasión para hacerlo. Ejemplos de ello ocurren: cuando una persona causa lesiones a quien está a punto de ahogarse para salvarle de una muerte inminente, cuando el médico decide ampliar el campo operatorio de una intervención ya iniciada sin que el paciente se dé cuenta por estar bajo los efectos de la anestesia, cuando alguien ingresa al huerto de otro para coger un fruto que por maduro ha caído del árbol, cuando alguien usa el móvil olvidado de su mejor amigo para realizar una breve llamada, entre otros.

El problema es que en estos casos, en la práctica, realmente no existe un consentimiento, sino una suposición de que el titular del bien jurídico, de conocer las circunstancias específicas, lo hubiese prestado; razón por la que no puede afirmarse que en estos supuestos el individuo haya hecho uso de su autonomía de la voluntad para tomar una decisión; siendo imposible alegar la concurrencia de una causa de atipicidad por consentimiento en la lesión del bien jurídico (el consentimiento nunca existió y no puede importar la no vulneración del bien protegido). En esta línea, Roxin señala:

---

1 Este artículo constituye una actualización y reformulación de (Chang, 2017)

2 Magister y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), profesora ordinaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socia del Estudio Padilla & Chang Abogados.

En efecto, mientras que el consentimiento es una expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, ... el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad. (1997, pág. 765)

## 2. Denominación

Mezger sostiene que el consentimiento presunto no es una construcción ficticia, sino “una interpretación de la dirección de la voluntad del supuestamente lesionado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso” (1955, pág. 433). Discrepo de lo expuesto por este autor, en tanto el hecho de que el fundamento del denominado consentimiento presunto se encuentra en la teoría de la dirección de la voluntad, no hace que el mismo deje de ser una figura ficticia que no se condice con la realidad (el titular del bien jurídico no brinda su disposición sobre éste, siendo que incluso, puede darse el caso que luego discrepe de lo presumido por quien efectuó la disposición). Así, por lo expuesto, y en la medida en que, en el consentimiento presunto, en realidad, no existe consentimiento o disposición alguna (sino sólo una construcción normativa ficticia); considero que el nombre utilizado para esta figura no es del todo acertado y puede dar lugar a confusión. En esta línea, Mezger en Roxin considera preferible hablar de “la presunción (judicial) del consentimiento” (Roxin, 1997, pág. 432). En mi opinión, en estos casos, en tanto no existe un real consentimiento anterior a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el uso de este término no resulta acertado, por lo que es preferible utilizar el término “Voluntad presunta”, la misma que, a diferencia del consentimiento, no operaría como una causa de atipicidad, sino como una causa de justificación autónoma; en similar línea, Frister hace uso del término “voluntad hipotética”, aunque mantiene el término “consentimiento presunto” (2011, págs. 316 - 317). En lo que sigue, entonces, se usará el término “voluntad presunta” en lugar del denominado en la doctrina como “consentimiento presunto”.

## 3. Naturaleza Jurídica

La voluntad presunta, en la medida en que no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real), no puede considerarse una causa de atipicidad; constituyendo una causa de justificación extralegal.

En esta línea, se ha pronunciado un buen sector de la doctrina. Así, a título de ejemplo, se tiene a Jescheck y Weigend, quienes la consideran “una causa de justificación *sui generis* [énfasis agregado] que, no obstante, conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del bien jurídico” (2002, págs. 413 - 414). Para Roxin, constituye una causa de justificación de Derecho consuetudinario, que se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante,

estableciendo su carácter de causa de justificación autónoma y distinguiéndola de las figuras antes mencionadas (Roxin, 1997, pág. 765). Para Cerezo, si bien debe ser concebida como una causa de justificación independiente, por un tema de seguridad jurídica y por la posible existencia de abusos a los que la presunción del consentimiento podría dar lugar, no la considera necesaria; reconduciendo todos los supuestos a las otras causas de justificación existentes (estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho) (1998, pág. 347). Para Mezger, también debe ser reconocida como una causa de justificación, aunque no esté prevista expresamente como tal en la ley (1955, págs. 433 - 434).

En torno a la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, otro sector de la doctrina la considera como una causa de atipicidad, argumentando que en el caso de los bienes que considera disponibles, existe cierta equivalencia entre el consentimiento real y la presunción de voluntad; en esta línea, De la Mata señala:

Será entonces el conocimiento de esta voluntad basándose en criterios corroborables objetivamente el que permita en determinados casos hablar no ya de una conducta típica pero justificada, sino de una conducta atípica, precisamente porque no se realiza el hecho descrito en la prohibición penal. (1997, pág. 403)

No considero adecuada esta posición, en tanto no es posible equiparar voluntad presunta y consentimiento real, debido a que en la primera no existe consentimiento alguno. Considerar a la voluntad presunta una causa de atipicidad supondría establecer que el bien jurídico nunca llegó a lesionarse, lo que no correspondería a la verdad, por no existir una disposición real de parte del titular del bien (el consentimiento hipotético no puede equipararse a un consentimiento real)<sup>3</sup>.

En diferente línea, considerando a la voluntad presunta como una causa de inculpabilidad en los casos en los que la presunción no se condice con la voluntad del titular del bien jurídico, se han pronunciado Cobo del Rosal y Vives, para quienes: “si a la presunción no correspondiera la realidad, entonces serían de aplicación las reglas del error: el consentimiento presunto no aparecería, por consiguiente, como causa de justificación, sino como una causa de inculpabilidad” (1996, pág. 500). Al respecto, considero que distinguir la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, en función a si la presunción es o no confirmada por el titular del bien jurídico, no resulta lo más adecuado. Esto en tanto que, en ambos casos, la misma sigue ostentado la naturaleza de causa de justificación, pudiendo variar el tratamiento del error sobre la misma, en tanto se trate de un error en el presupuesto de una causa de justificación (error de tipo) o de un error respecto a la existencia de la misma (error de prohibición).

3 No me parece correcta la afirmación efectuada por Segura, respecto de que Günther mantiene la naturaleza de causa de atipicidad del consentimiento presunto (2000, pág. 155); en realidad este autor considera al consentimiento y al consentimiento presunto como causas de exclusión del injusto penal, por calificarlas como “causas de justificación con eficacia justificante decreciente” (Günther, 1995, pág. 53 y 55)

Por otro lado, respecto a la naturaleza jurídica de la voluntad presunta, otro sector doctrinal, encontrándose de acuerdo con que la misma debe constituir una causa de justificación, pero en desacuerdo respecto de que deba ser una causa de justificación autónoma, ha buscado abarcarla a través del estado de necesidad. Así, Zaffaroni establece que:

El problema debe resolverse como un supuesto de estado de necesidad justificante ...lo fundamental es que se cause un mal para evitar otro mayor e inminente. Es altamente probable que tratándose de evitar un mal mayor, el titular del bien hubiese actuado de la misma manera. (1981, pág. 526)

Para Stratenwerth, incluso en el caso en que la decisión del autor, luego de ponderar todas las circunstancias, no coincida con la verdadera voluntad del lesionado, el mismo estaría exento de responsabilidad penal, “dado que el soporte de la justificación no se encuentra en la voluntad del titular del bien jurídico como tal sino en el estado de necesidad en el que se toma la decisión” (1982, págs. 135 - 136)

En similar línea, aunque distinguiendo según se trate de bienes jurídicos disponibles o no disponibles, Mir Puig señala:

Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un bien no disponible por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por estado de necesidad (auxilio necesario). En cambio, si el bien en peligro es disponible por su titular, sólo es lícito intervenir si concurre consentimiento presunto, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquélla. (2016, pág. 533)

También Romeo, para los casos de tratamientos curativos, establece:

Las ventajas del estado de necesidad, una vez comprobada la imposibilidad de contar el agente con el consentimiento del interesado, es que sus requisitos aparecen claramente delimitados en el Código Penal..., y por lo que se refiere al tratamiento curativo, si se da la imposibilidad de obtención del consentimiento, el facultativo podrá acudir al estado de necesidad siempre que exista un peligro grave e inmediato para la salud -o la vida- del paciente; y que el facultativo no intervenga más que en lo imprescindible o necesario hasta que pueda obtener el consentimiento correspondiente. (1981, págs. 366 - 367)

Al respecto, no considero acertado incorporar a la voluntad presunta dentro del estado de necesidad justificante, por tener ambas figuras y fundamentos totalmente diferentes. Así, mientras que la voluntad presunta (denominada por la doctrina como consentimiento presunto) tiene como fundamento la voluntad hipotética del titular del bien jurídico; el estado de necesidad justificante tiene como fundamento la realización de una ponderación de intereses que necesariamente supone la elección del mal menor, la que no siempre va a coincidir con la voluntad del titular del bien jurídico, es decir, con el bien elegido al amparo de

la voluntad presunta. En esta línea, respecto a la voluntad presunta, Jescheck y Weigend señalan

Aquí lo importante es la voluntad aquiescente del titular del bien jurídico, tal y como se habría mostrado ante el análisis de la situación fáctica, incluso aunque el resultado de la ponderación de intereses estuviera en contra de tal voluntad. (2002, pág. 414).

En igual línea, se encuentran Roxin (1997), Bacigalupo (1995, pág. 121), Casas (1987, pág. 106) y Mezger, quien precisa “se trata, por tanto -y en esto debe insistirse especialmente-, de determinar no lo que el supuesto ofendido hubiera razonablemente debido hacer en tal situación fáctica, sino cómo se hubiera comportado realmente (según toda previsión) con arreglo a su total dirección de voluntad personal” (1955, pág. 432). En contra, Cuello y Borja señalan “el consentimiento presunto requiere siempre una ponderación” (2014, pág. 92).

Si bien en muchos supuestos puede ocurrir que la voluntad presunta coincide con lo que hubiera elegido el titular del bien jurídico, esto no ocurrirá en todos los casos, lo que legitima que la misma sea considerada como una causa de justificación autónoma a las demás causas de justificación tradicionalmente recogidas por los ordenamientos jurídicos. Al respecto, Roxin, reconociendo la naturaleza de causa de justificación autónoma en la voluntad presunta, afirma:

De todos modos, el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad justificante en la medida en que la hipotética voluntad del sujeto en cuyos bienes se produce la ingerencia [sic] coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses. (1997, pág. 766).

#### **4. Diferencias Respecto de la Subrogación (Representación)**

De lo dicho, la voluntad presunta operará como una causa de justificación autónoma, trayendo como efectos los mismos que son aplicados al resto de causas de justificación conocidas por la doctrina. Así, excluirá la responsabilidad penal del sujeto activo, por no llegarse a establecer la realización de una conducta antijurídica; generando la no sanción penal.

De esta manera, la voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición. Al respecto, debe precisarse que estos casos no deben ser confundidos con los supuestos en los que opera una subrogación del consentimiento, por encontrarse imposibilitado o incapacitado para consentir el titular del bien jurídico (consentimiento brindado por el representante). Así, en los casos en los que exista un representante que pueda brindar el consentimiento por el titular del bien jurídico, no podrá decirse que exista una voluntad presunta; sino, por el contrario, habrá operado una subrogación que permitirá a dicho representante brindar un con-

sentimiento expreso que excluirá la tipicidad de la conducta por la no lesión del bien jurídico protegido, es decir, habrá operado un consentimiento como causa de atipicidad. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la operación de apéndice que tenga que practicarse a un menor de 5 años de edad, en este caso, sus padres (quienes ejercen la patria potestad) brindarán el consentimiento expreso para la lesión del bien jurídico de salud de su menor hijo, no existiendo una voluntad presunta; sino, por el contrario, un consentimiento expreso que incluso llegará, en este caso en concreto, a ser escrito.

En tal sentido, en el consentimiento brindado por el representante (causa de atipicidad) siempre deberá cumplirse con la exteriorización de la voluntad (sea ya de forma expresa, tácita, escrita u oral); mientras que en la voluntad presunta (causa de justificación autónoma) no existirá un consentimiento y operará una presunción respecto de lo que el titular del bien jurídico o su representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (un juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos); operando, por ello, la voluntad presunta en los casos en los que el titular no pueda brindar su consentimiento y no exista tampoco un representante que válidamente pueda hacerlo por él.

En esta misma línea, sobre la voluntad presunta (aunque denominándola consentimiento presunto), Jescheck y Weigend señalan:

Aquí nos encontramos ante un consentimiento que aunque de acuerdo con las circunstancias podría ser prestado eficazmente, sin embargo o no existe o no puede ser recabado a tiempo porque *el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal* [énfasis agregado], no está localizable o está inconsciente y necesitado de un tratamiento médico urgente. (2002, pág. 414)

Pese a ello Queralt se ha pronunciado en contra, sostiene que la voluntad presunta debe prevalecer incluso sobre la voluntad del representante:

Para evitar posibles perjuicios posteriores, ha de prevalecer el consentimiento presunto a favor de la intervención; los representantes o los familiares podrán ayudar a formarse un criterio al médico, pero salvo aportación fehaciente de denegación explícita de consentimiento efectuada con anterioridad por el interesado, el facultativo está autorizado para intervenir. El posterior y eventual disgusto del interesado resulta irrelevante. (1996, págs. 61 - 62)

No considero adecuada la propuesta planteada por Queralt, en tanto desconoce que la autorrealización personal tiene como fundamento la autonomía de la voluntad; además, olvida que la voluntad presunta debe ser aplicada de forma excepcional y siempre prefiriéndose la voluntad expresa (consentimiento) del titular o el de su representante. Por ello, la voluntad presunta se aplicará únicamente cuando el titular o su representante no puedan brindar el consentimiento que convierte en atípica la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Solo cuando no exista representación o cuando el titular no pueda consentir, tendrá sentido plantearse la posible existencia de esta causa de justificación autónoma.



## 5. Requisitos

A la voluntad presunta, en cuanto le sean aplicables, le son exigibles para su validez los mismos requisitos establecidos para el consentimiento real (Roxin, 1997, pág. 766; Jescheck & Weigend, 2002, pág. 417; Mir Puig, 2016, pág. 527; Segura, 2000, pág. 156). En esta línea, quien invoque esta causa de justificación debe tener la capacidad de juicio necesaria para efectuar un juicio hipotético respecto de lo que habría querido el titular del bien jurídico; debe actuar de forma libre y espontánea, sin vicio de la voluntad alguno; debe referirse al momento del hecho a través de un juicio hipotético *ex ante* (es irrelevante la esperanza de una posterior aprobación), debe cumplir con los requisitos adicionales exigidos en el tipo (por ejemplo, ausencia de precio o recompensa para la donación de órganos), entre otros.

Adicionalmente, la voluntad presunta debe ser aplicada de forma subsidiaria y excepcional, no pudiendo recurrirse a ella cuando sea posible recabar el consentimiento expreso del titular del bien jurídico o el de su representante<sup>4</sup>; es decir, sólo debe recurrirse a esta figura cuando “no se puede aguardar la decisión que tomaría el titular del bien jurídico porque más tarde ya no tendría elección posible” (Stratenwerth, 1982, pág. 135).

Asimismo, se rechaza la voluntad presunta como causa de justificación en los casos en los que pueda presumirse que el titular del bien jurídico o su representante hubieran consentido en contra, no pudiendo desconocerse la autodeterminación del sujeto; en palabras de Casas “por lo que, para que la justificación por consentimiento presunto pueda darse, no ha de infringirse la autodeterminación del sujeto” (1987, pág. 104). Con mayor razón se rechaza en los casos en los que, de forma expresa, el titular del bien jurídico o su representante se hayan manifestado en contra de la disposición, sin importar lo irrazonable que ello parezca (en estos casos, podría plantearse la concurrencia de un estado de necesidad, pero no de la voluntad presunta) (Stratenwerth, 1982, pág. 136). En similar línea, De la Mata señala:

Y en ningún caso cabrá admitir el consentimiento presunto de constar la negativa expresa del titular a consentir la acción del autor del hecho o, incluso, datos razonables que permitan deducir dicha negativa a pesar de la ausencia de manifestación expresa del titular en ese sentido. (De la Mata, 1997, pág. 404).

También Zaffaroni señala “No obstante, esta presunción se destruye cuando hay indicios de voluntad en contrario del titular del bien jurídico en peligro” (Zaffaroni, 1981, pág. 526).

Respecto a la opinión de Stratenwerth, en contra, se ha manifestado Mezger, quien afirma

4 En esta línea, por todos, ver: Roxin (1997) y Cuello y Borja (2014). En contra, Tiedemann plantea la posibilidad de admitir la voluntad presunta para los casos de menoscabos insignificantes o transitorios, lo que es rechazado por Roxin (1997, pág. 769).

El llamado consentimiento presunto puede a veces darse en contra de la voluntad expresamente declarada del titular del interés (...). La oposición del aparentemente lesionado puede tener su causa en una interpretación errónea del estado de hecho, en cuya hipótesis es indudable que si hubiera reconocido de modo exacto la situación (situación del consentimiento presunto), hubiera otorgado el consentimiento. El interés mismo del presunto ofendido determina que en tales supuestos prevalezca sobre su errónea declaración de voluntad su verdadera dirección de voluntad. (Mezger, 1955, pág. 433)<sup>5</sup>

Considero que este planteamiento va en contra de la naturaleza jurídica de la voluntad presunta como causa de justificación, la que tiene como fundamento la supuesta voluntad del titular del bien jurídico (siendo este elemento el que la diferencia respecto de otras causas de justificación); por ello, definitivamente, cuando el titular del bien o su representante se hayan pronunciado manifiesta o tácitamente en contra de la disposición, no podrá justificarse esta conducta al amparo de la voluntad presunta, teniendo que analizarse en el caso concreto si concurren los requisitos de alguna otra causa de justificación.

## 6. Supuestos de Aplicación

La doctrina distingue claramente dos grupos de casos en los que puede operar la voluntad presunta como una causa de justificación: las actuaciones en interés ajeno y las actuaciones en interés propio (Jescheck & Weigend, 2002, pág. 415; Roxin, 1997, págs. 771 - 777; Segura, 2000, pág. 152; Casas, 1987, págs. 105 - 106).

### 6.1. Actuaciones en Interés Ajeno

En un primer grupo se encuentran las actuaciones en interés ajeno, es decir, los casos en los que el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) interviene o deja de intervenir en la esfera jurídica de otro en favor de este último, disponiendo sobre su bien jurídico y confiando en la aprobación posterior de éste. Se comprenden aquí los conflictos internos de intereses y bienes en el ámbito de la vida del titular de los mismos, los que deben ser solucionados a partir de una intervención externa, dada la imposibilidad del mismo titular o de su representante para brindar su consentimiento.

Al respecto, considero acertada la clasificación efectuada por Roxin para establecer los diversos requisitos exigidos para la validez de la voluntad presunta, en función a las distintas situaciones y a las diversas decisiones que se presenten (1997, págs. 773 - 776) la cual desarrollaremos en detalle a continuación.

**6.1.1 Decisiones Vinculadas a la Situación Objetiva.** En este grupo se comprenden las decisiones vinculadas a una situación real (objetiva), en las que la intervención del auxiliador no afecta o solo afecta marginalmente el ámbito de la configuración más personal de la vida, como por ejemplo puede ocurrir cuando un vecino ingresa a la casa de otro para apagar un

<sup>5</sup> Lo mismo, recogiendo a Mezger, ha sido recogido por Rodríguez y Serrano (1994, pág. 508)

incendio que observa desde su ventana, o cuando alguien salva de morir ahogada a otra persona, aún a sabiendas que en el proceso de salvamento puede generarle lesiones; o cuando el guardián de un edificio cubre el auto de un vecino que se encuentra a la intemperie, para que no sea dañado con la pintura que pueda salpicar del pintado de la fachada del edificio contiguo.

Para estos casos, Roxin propone como regla general la validez de la voluntad presunta como causa de justificación, siempre y cuando se favorezca el interés claramente preponderante (luego de efectuada una ponderación objetiva) del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo (quien lesiona o pone en peligro el bien) tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico; caso en el que la voluntad presunta no tendría validez como causa de justificación (1997). Pero, si no hubiese sido posible conocer nada más concreto sobre la postura del titular del bien jurídico, y el autor interviniera, por más que posteriormente resultase que el titular del bien o su representante no estuvieran de acuerdo con dicha intervención, igual la voluntad presunta tendría validez como causa de justificación.

**6.1.2 Decisiones vinculadas a la personalidad.** Conforme lo señala Roxin, se requerirá de este tipo de decisión “cuando no se puedan encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en una determinada situación, sino que ello dependa de la opinión sumamente individual del titular del bien jurídico” (1997, pág. 774); es decir, cuando sea muy difícil determinar cuál habría sido la voluntad del titular del bien jurídico o de su representante, cobrando especial relevancia su voluntad hipotética.

Esto podría ocurrir, por ejemplo, si alguien leyera el mensaje por WhatsApp que llegara al teléfono móvil olvidado por un amigo, con la finalidad de poder avisarle respecto a una comunicación urgente que sabía estaba esperando para confirmarle una reunión de negocios; en este caso, difícilmente se podrá saber qué es lo que hubiera preferido el amigo: llegar a tiempo a la cita de trabajo o evitar que sus amistades se enteren de sus negocios personales.

Para estos casos, Roxin propone como regla general la regla inversa a las decisiones vinculadas a una situación objetiva: “el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión” (1997, pág. 774); exigiendo con ello, para la validez de la voluntad presunta como causa de justificación, que el sujeto (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico), antes de presumir su voluntad, conozca algo más exacto sobre la voluntad o postura del titular del bien o de su representante.

En el ejemplo propuesto, la voluntad presunta operaría como causa de justificación, si con anterioridad el dueño del teléfono hubiese pedido al

autor que revisara sus mensajes de WhatsApp o le hubiera manifestado expresamente no tener problema con que otros se enteren de sus negocios personales. De existir estos indicios sobre la voluntad del mismo, por más que el titular posteriormente se mostrara en desacuerdo con que su amigo hubiese leído el mensaje de WhatsApp de su móvil, la voluntad presunta operaría como una causa de justificación. Si, por el contrario, no hubiese habido indicio alguno de la voluntad del titular y éste, con posterioridad, hubiera mostrado su disconformidad con el autor, éste debería responder por el tipo penal correspondiente.

También se pueden incluir en estos casos las decisiones vinculadas con la corrección de niños ajenos. Así, si los padres se ausentaran y autorizaran expresamente a la nana a castigar moderadamente a sus hijos, si en una segunda oportunidad volvieran a ausentarse y olvidaran autorizar el castigo; válidamente la nana, en caso de imponer alguno, podría justificarse al amparo de la voluntad presunta. Sin embargo, Roxin precisa al respecto, que esto no sería válido para los castigos corporales “pues el hecho de que los padres se reserven a sí mismos ese método educativo aún no es razón suficiente para suponer que también van a estar de acuerdo con que otros castiguen a sus hijos” (1997, pág. 775).

En contra de aplicar esta causa de justificación se han manifestado Jescheck y Weigend, para quienes

Un derecho a la corrección de niños ajenos no puede ser apoyado sobre la idea del consentimiento presunto por parte de las personas facultadas para su educación; en el mejor de los casos puede plantearse la legítima defensa o una acción realizada en estado de necesidad. (2002, pág. 417)

Aunque admiten la posibilidad de plantear ciertas excepciones.

**6.1.3 Decisiones Existenciales.** Este rubro comprende las decisiones sobre la vida y la muerte, respecto de las que la voluntad presunta, por regla general, sí será considerada una causa de justificación válida. En este rubro incluyen también Cuello y Borja las decisiones personales decisivas e irreversibles (como, por ejemplo, la intervención de la víctima inconsciente en un accidente) (2014, pág. 92).

Según Roxin, el fundamento para ello radica en el hecho de que,

Cuando realmente está en juego la muerte, muchas personas revisan sus opiniones anteriores y quieren seguir viviendo; las decisiones existenciales de este tipo no se pueden anticipar ni siquiera por el propio afectado con reflexiones teóricas. Por ello, la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que se le salve la vida, lo que le deja abierta al mismo la decisión posterior –incluso la de morir-. En tal caso el consentimiento presunto justifica, aunque posteriormente [sic] la persona salvada no esté de acuerdo con que se le haya salvado. (1997, pág. 776)

Con lo expuesto considera que, frente a una intervención médica en la que está en discusión la vida del paciente, siempre deberá preferirse salvarle la vida, aunque luego el titular no esté de acuerdo con ello, e incluso a pesar de que el mismo con anterioridad haya manifestado su consentimiento en contra (pues parte del supuesto que al último momento el titular puede cambiar de opinión).

Considero que fundamentar la voluntad presunta en el posible cambio de opinión del titular del bien, incluso en los casos en los que el mismo previamente había expresado su voluntad contraria, no es del todo acertado; ello, no porque la solución a la que se arriba no me parezca la correcta, sino porque la fundamentación de la misma responde más al fundamento del estado de necesidad justificante (ponderación entre dos males y elección del menor mal), que al fundamento que legitima la voluntad presunta como causa de justificación autónoma (voluntad del titular).

En virtud de lo expuesto, en estos casos, a fin de desnaturalizar el fundamento que legitima la voluntad presunta como causa de justificación, para definir si el autor actuó bajo el amparo del estado de necesidad justificante o de la voluntad presunta del titular del bien jurídico, deberá atenderse a las razones que motivaron su actuación.

Así, por ejemplo, si un médico decidiera no efectuar a un paciente en estado de inconsciencia una trasfusión sanguínea, por llevar éste una medalla en el pecho en la que se declarara Testigo de Jehová y expresamente afirmara preferir morir antes que recibir una transfusión, y el paciente falleciera; no podría sancionarse al médico por homicidio, por haber actuado al amparo de la causa de justificación voluntad presunta. Mientras que, si en el mismo caso, el médico procediera a efectuar la transfusión y, con ello, a salvarle la vida, alegando una ponderación de intereses, tampoco podría ser sancionado, pudiendo alegar la causa de justificación estado de necesidad. Para Gómez, incluso en estos casos debe darse prioridad al respeto a la voluntad del paciente, en tanto

En el ámbito de los bienes disponibles, el estado de necesidad sólo puede encontrar acogida cuando con él se trata de salvaguardar un bien que su titular tiene interés en preservar, puesto que sólo cuando concurre esta premisa básica puede decirse que existe un interés digno de protección que pudiera entrar en colisión con el otro bien que finalmente se acaba lesionando. (2008, pág. 207)

## **6.2. Actuaciones en Interés Propio**

En este segundo grupo se encuentran los casos en los que el sujeto interviene o deja de intervenir en la esfera del titular del bien jurídico, en su propio interés; es decir, el sujeto dispone sobre los bienes jurídicos del titular, confiando al hacerlo en su aprobación posterior, sin que este último reciba beneficio o ventaja con dicha disposición. Se comprenden aquí los supuestos en los que sea presumible la renuncia por parte del afectado a sus propios intereses, en beneficio del autor

(quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) o de un tercero. Así, por ejemplo, se encuentra el caso del niño que recoge la fruta caída bajo los árboles ajenos en un año de exceso de producción, o de quien usa el móvil de su mejor amigo para una breve llamada telefónica.

Para estos casos, Roxin propone aplicar como regla general la formulada para las decisiones vinculadas a la personalidad: “habrá de rechazarse el consentimiento presunto cuando no existan circunstancias concretas del caso particular que permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo” (1997, pág. 776); es decir que, de encontrarse indicios que evidencien que el titular sí daría su aprobación, operaría la voluntad presunta como causa de justificación. En contra se ha pronunciado Jakobs, para quien resulta demasiado arriesgado dar validez a la voluntad presunta en los casos en los que el titular del bien jurídico ni siquiera obtendrá beneficio alguno; por lo que, para este autor, “Siempre que en los supuestos de voluntad presunta en beneficio ajeno no concurra consentimiento -en su caso prestado de modo general o de modo concluyente-, aunque se trate de supuestos de injusto trivial, se realiza injusto” (1997, pág. 544). Considero adecuada la regla propuesta por Roxin en tanto, si bien la actuación realizada por el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) ni siquiera supone un beneficio para el titular del bien; sí resulta razonable validar la voluntad presunta en los casos en los que exista evidencia de que el titular del bien estaría de acuerdo; también a favor de esta solución se muestran Cuello y Borja (2014, pág. 92).

Sin embargo, no estoy de acuerdo con aceptar lo propuesto por Roxin respecto de la validez de esta causa de justificación para los casos en los que el menoscabo de intereses del titular del bien sea irrelevante:

La mera relación de personas muy conocidas y que se tienen simpatía sólo permitirá inferir el consentimiento presunto cuando el menoscabo de los intereses del titular del bien jurídico sea completamente irrelevante (como cuando se recoge la fruta que, si no, se va a corromper, o cuando se utiliza la bicicleta por un breve periodo de tiempo). (Roxin, 1997, págs. 776 - 777).

Considero que estos casos tampoco pueden quedar impunes a la luz de la voluntad presunta, dado que, por más insignificante que pueda resultar la lesión del bien menoscabado, en la medida en que no existe beneficio alguno para el titular del mismo y éste ni siquiera ha dado indicio alguno de su aceptación; nada justifica una intromisión en su esfera jurídica.

## 7. Conclusión

El denominado consentimiento presunto no puede ser considerado una causa de atipicidad por operar en este último una ficción y no existir un auténtico consentimiento real. Por ello, para evitar confusiones, considero preferible utilizar para estos casos el término de voluntad presunta, la que sólo puede ser considerada una causa de justificación autónoma, pero nunca una causa de atipicidad: no supone una disposición que elimine una lesión o puesta en peligro del bien jurídico

y, por tanto, que convierta a la conducta en atípica (como sí ocurre con el consentimiento real).

Así, la voluntad presunta operará en los casos en los que el titular del bien jurídico no pueda manifestar su consentimiento y en los que, luego de analizadas las especiales circunstancias del caso concreto, el autor (quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico) presuma que el mismo aceptaría la disposición. No obstante, esto no debe confundirse con los casos en los que el consentimiento es dado por el representante (supuestos de subrogación), debido a que en estos últimos sí se cumple con la exteriorización de la voluntad; lo que no ocurre con la voluntad presunta, en la que opera una presunción respecto de lo que el titular del bien jurídico o su representante hubieran hecho de encontrarse en esa situación (juicio hipotético sobre la base de criterios objetivos).

Por lo expuesto, la voluntad presunta deberá ser aplicada de forma excepcional y subsidiaria, respecto de los casos en los que sí sea posible obtener el consentimiento expreso del titular del bien jurídico o de su representante; diferenciándose claramente los contornos respecto de considerarla una causa de justificación en las actuaciones en interés ajeno y en las actuaciones en interés propio.





## REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1995). El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles. En A. Eser, E. Gimbernat, & W. Perrón, *Justificación y exculpación en el derecho penal (Coloquio Hispano-Aleman de Derecho Penal)*. Madrid.
- Casas, E. (1987). *El consentimiento en el derecho penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Cerezo, J. (1998). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Tecnos.
- Chang, R. (2017). ¿Existe el consentimiento presunto?: La voluntad presunta como causa de justificación. *Revista Ius Et Veritas*(54).
- Cobo del Rosal, M., & Vives, T. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cuello, J., & Borja, C. (2014). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- De la Mata, N. (1997). El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio. En J. Silva, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gómez, M. C. (2008). *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Günther, H. (1995). La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal. En D. Luzón, & S. Mir, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Mezger, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal (Vol. I)*. (J. A. Muñoz, Trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Queralt, J. J. (1996). *Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y colectivos*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez, J., & Serrano, A. (1994). *Derecho penal español. Parte general, décimo séptima edición*. Madrid: Dykinson.

- Romeo, C. (1981). *El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona: Bosch.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Segura, M. (2000). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Valencia: Blanch.
- Stratenwerth, G. (1982). *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible*. Madrid: Edersa.
- Stratenwerth, G. (1982). *Derecho Penal. Parte General I. Traducido de la segunda edición alemana (1976)*. (G. Romero, Trad.) Madrid: Edersa.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General (Vol. III)*. Buenos Aires: Ediar.

# APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL PERÚ<sup>1</sup>

*Rafael Chanjan Documet<sup>2</sup>*

## 1. Cuestiones Generales de la Criminalidad Empresarial

Casos recientes de gran corrupción en nuestro país como el caso “Lava Jato” y “Club de la construcción” demuestran que las empresas, además de ser un eje fundamental en la prosperidad económica de nuestra sociedad, también juegan un importante rol en la aparición proliferación y fomento de actividades criminales que atentan contra la colectividad. Y es que en las sociedades posindustriales globalizadas en las que rige el principio de libre empresa e iniciativa privada, las personas jurídicas son uno de los principales instrumentos a través del cual las personas se agencian de los bienes y servicios necesarios para su relacionamiento, por lo que cuando estas empresas se desvían de su rol social y se inmiscuyen en conductas ilícitas, el Estado debe echar mano de sus mecanismos de control más idóneos para salvaguardar los intereses sociales.

En cuanto a la gran magnitud y daño social y económica que puede generar la criminalidad que se relaciona con la actividad empresarial a gran escala, se pueden mencionar los casos de Enron en Estados Unidos y Parmalat en Italia. Ambos casos supusieron un duro golpe a las economías de estos países y una afectación directa a gran cantidad de trabajadores que se quedaron sin trabajo al quebrar sus respectivas empresas debido a los malos manejos de los altos directivos. Así en el caso de Enron, el monto ascendiente a la defraudación fue de cerca de 600 millones de dólares, mientras que en el caso de Parmalat fue de 14 millones de euros, representando este monto el 1% del PBI de Italia en ese momento (Foffani, 2009).

Además de ello, la criminalidad empresarial muchas veces también afecta materialmente la vida e integridad de las personas, a través de la contaminación de ecosistemas o en específico afectando la salud de los trabajadores u operarios de las empresas, cuyos empleadores incumplen adoptar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo (Bajo & Bacigalupo, 2010).

Precisamente, ante esta realidad criminológica denominada “criminalidad empresarial” o “criminalidad de empresa”, actualmente, nuestra legislación penal contempla mecanismos para perseguir y sancionar a personas jurídicas. Por “criminalidad de empresa” hay que entender el fenómeno criminal que consiste en cometer delitos económicos en los que por medio de una actuación para una

---

1 Algunas ideas incluidas aquí fueron expuestas en Chanjan (2016).

2 Docente de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctorando en Derecho por la Universidad de Murcia (España). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (España). Docente de Transparencia Internacional (Venezuela). Coordinador del Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP. Miembro Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC) de la PUCP.

empresa se lesionan bienes jurídicos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa (Schünemann, 1988).

## **2. Mecanismos Sancionadores Contra Personas Jurídicas**

Actualmente, se pueden reconocer en el contexto nacional tres sistemas de naturaleza sancionadores que pueden aplicarse a personas jurídicas: la responsabilidad administrativa, las consecuencias accesorias y la responsabilidad penal autónoma.

### **2.1 Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas**

Respecto del primer tipo de responsabilidad administrativa, en la doctrina y jurisprudencia no ha existido problema para reconocer y avalar que las empresas puedan ser sancionadas administrativamente por determinadas infracciones. Así, en el Perú, es usual, desde hace mucho, que las empresas de transporte público sean sancionadas con multas o inhabilitaciones por parte de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías; o que suceda lo mismo con empresas sancionadas por Indecopi.

De esta manera, se puede admitir sin mayores dudas la capacidad de acción, de culpabilidad y de sanción de las personas jurídicas, por ende, es posible hacer efectivo respecto de ellas las finalidades preventivas que el Derecho Administrativo Sancionador está llamado a cumplir (De Fuentes & Otros, 2005). A diferencia de lo que sucede con el ámbito penal, en el sector administrativo siempre se ha considerado a las personas jurídicas pasibles de sanciones administrativas (Rebollo, 2016). El único debate quizá abierto, hasta la actualidad, respecto de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas es lo referido a si se debe evaluar la culpabilidad o no de ellas. Un sector de la doctrina considera que la responsabilidad en el ámbito administrativo es objetivo, mientras que otros señalan que también debe evaluar la culpabilidad propia o transferida del ente colectivo.

Sobre el particular, consideramos que debe encontrarse alguna fórmula teórica a fin de dotar de contenido subjetivo a la responsabilidad de las personas jurídicas y, así, evitar una sobrecriminalización de las mismas por todas las actuaciones ilícitas individuales que en su seno se puedan realizar (Gomez & Sanz, 2013).

### **2.2 Consecuencias Accesorias Contra las Personas Jurídicas**

Por otro lado, el segundo sistema sancionador que se ha contemplado para las personas jurídicas es el relativo a las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del Código Penal. A diferencia del sistema administrativo de sanción, nuestra Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 ha reconocido que las consecuencias accesorias son de naturaleza punitiva, aunque no llegan a ser consideradas “penas”. Los requisitos copulativos para que se imponga una consecuencia accesoria a una persona jurídica son los siguientes:

- a) Que se haya cometido un hecho punible o delito.
- b) Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.
- c) Que se haya condenado penalmente al autor del delito.

Es decir, las consecuencias accesorias, como su propio nombre lo indica, son sanciones de naturaleza accesoria o dependiente de la sanción de una persona natural que es la que comete el delito (Zuñiga, 2009). Se trata de una sanción penal derivada y no autónoma. El rendimiento práctico que tiene este sistema es limitado, por ende, además de que en nuestra realidad jurisprudencial ha sido poco utilizada por los operadores jurisdiccionales, conforme se mostrará a continuación.

En nuestro país, los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de consecuencias accesorias han sido escasos. Así, tenemos, por ejemplo, el caso “Crousillat” (Exp. N°. 011 – 2001), el cual versa sobre el delito de peculado por apropiación. En este caso, se le aplicó una consecuencia accesoria, en primera instancia, a la empresa Radiodifusión Sociedad Anónima (Canal Cuatro). La empresa quedó permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales; sin embargo, en segunda instancia se anuló dicho extremo de la sentencia.

En efecto, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, señaló que las consecuencias accesorias son aplicables cuando se haya hecho uso abusivo de la personería jurídica con la sola finalidad de perpetrar un delito u ocultarlo. Tal uso se da en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o cuando se utiliza su organización. Aplicando ello al caso concreto, esta Sala mencionó que el acusado José Enrique Crousillat López Torres durante la realización de sus actos delictivos procedió a instrumentalizar a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima (Canal Cuatro), para cometer, favorecer el delito de Peculado, en grado de complicidad, en agravio del Estado; por lo que ameritaba la imposición de alguna de las medidas contempladas en el artículo 105 inciso 4 del Código Penal.

En segunda instancia, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 3766 - 2006, declaró la nulidad del extremo de la anterior sentencia por el que la empresa Compañía peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima (Canal Cuatro) fue declarada como tercero civilmente responsable; asimismo, anularon el extremo de la sentencia que impone a la empresa Compañía Peruana De Radiodifusión Sociedad Anónima (Canal Cuatro) la consecuencia accesoria establecida por el inciso 4 del artículo 105 del Código Penal, ya que declararon que carecía de objeto la imposición de dicha consecuencia accesoria, atendiendo a que dicha empresa había sido exonerada de la responsabilidad civil.

Otro ejemplo es el caso “BTR”, el cual versa sobre el delito contra la libertad, violación del secreto de las comunicaciones (Interceptación Telefónica). En este caso, en primera instancia, se estableció que la empresa Business Track S.A.C. sirvió de punto de referencia para que se realicen las actividades delictivas. Por ello, se dispuso la disolución de la empresa, medida estipulada en el artículo 105 del Código Penal. En segunda instancia, se confirma la sentencia y no se esgrime ningún argumento adicional sobre las consecuencias accesorias.

En efecto, en este caso, la Segunda Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia

Exp. N° 99 - 09 (527-09) de 23 de marzo de 2012 mencionó que (a) se probó que se han cometido los delitos de interceptación de teléfonos y violación de correspondencia, además de la asociación criminal; (b) Business Track Sociedad Anónima Cerrada, fue la persona jurídica debidamente constituida que sirvió de punto de referencia para que en torno a ella se vinculen los acusados y realicen actividades delictivas, afines a las actividades lícitas que desarrollaba la persona jurídica; y (c) han sido encontrados responsables penalmente los involucrados con la persona jurídica. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del Recurso de Nulidad N° 1317 - 2012, confirma la sentencia de primera instancia y no esgrimió argumento adicional sobre las consecuencias accesorias.

Asimismo, se encuentra el caso “Utopía”, este versa sobre los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas y estragos culposos que se produjeron dentro de la Discoteca “Utopía”. En este caso, el 39 Juzgado Penal de Lima en su sentencia de 30 de abril de 2004 recaída en el Exp. N° 493-02 decidió aplicar la consecuencia accesoria de disolución y liquidar la empresa Inversiones García North S.A.C. (propietaria de la Discoteca Utopía).

Por último, existen casaciones de la Corte Suprema como la N° 134-2015 y la N° 864-2017, en las que, si bien no se aplicó una consecuencia accesoria a un caso concreto, se debatió el tema. En ambas se señala que se aplicaran las consecuencias accesorias cuando el injusto típico haya sido cometido en el ejercicio de la actividad de una persona jurídica o cuando se haya utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. Así, la casación N° 134-2015 señala que el Código Penal no ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino la aplicación de las consecuencias accesorias, cuya atribución depende de factores ajenos a los elementos de la atribución de responsabilidad penal. Cuando un delito es cometido utilizando una persona jurídica, en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecer o encubrir el ilícito, es posible aplicar las medidas reguladas en los artículos 104 y 105 del Código Penal. Estas medidas tienen calidad accesoria, pues se deriva de la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible del delito.

La casación N° 864-2017 señala que cuando en el hecho delictivo intervienen personas jurídicas, será necesario analizar si el injusto típico (a) fue cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o (b) si se utilizó su organización para favorecerlo o encubrirlo. El fundamento de las medidas contra las personas jurídicas (artículo 105 del Código Penal) es el “estado de desorganización” que han propiciado al favorecer la comisión del hecho por la persona física relacionada con aquellas y su finalidad es la de neutralizar o disminuir en lo posible la comisión futura de nuevos hechos punibles. La determinación de tal “defecto de organización” de las personas jurídicas se examina a partir de la existencia de programas de cumplimiento o *compliance programs*, si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley N° 30424 y normas modificatorias). O, en todo caso, tal defecto de organización se apreciará indiciariamente en cada caso concreto de

acuerdo con las plurales circunstancias que se presenten en la operatividad de la persona jurídica.

### 2.3 Responsabilidad Penal Autónoma de las Personas Jurídicas<sup>3</sup>

Ante las insuficiencias prácticas que se han evidenciado de los dos sistemas sancionadores anteriores contra personas jurídicas, en el año 2016, se publicó la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Esta norma, posteriormente, fue modificada por el D.L. N° 1352 y la Ley N° 30835.

Con esta incorporación normativa, se deja atrás el principio tradicional del *societas delinquere non potest* y se introduce un sistema de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en el Perú para determinados delitos. En efecto, si bien las normas jurídicas mencionadas expresan que se trata de responsabilidad “administrativa”, esto en realidad se trata de una responsabilidad de naturaleza “penal”, pues, tal como lo menciona Villavicencio, el procedimiento para la aplicación, las garantías que se establecen y las sanciones que se aplican son de naturaleza penal; además, la decisión la toma un juez penal con la intervención del Ministerio Público en un proceso penal (2017).

Con este sistema se intenta solucionar los problemas prácticos que se han detectado en la persecución y sanción de la “criminalidad de empresa” como el “deslizamiento hacia abajo”, “la ignorancia deliberada” y la “irresponsabilidad organizada”. La diferencia fundamental con el sistema de consecuencias accesorias es que ya no se va a requerir que la persona natural (representante, directivo o empleado de la empresa) deba ser condenado para poder sancionar a la persona jurídica.

Este sistema es uno de *numerus clausus*, pues a diferencia de las consecuencias accesorias que se aplican para cualquier delito, la Ley 30424 y modificatorias se aplica solo para los siguientes delitos:

- Colusión simple y agravada (Art. 384 del Código Penal).
- Cohecho activo genérico (Art. 397 del Código Penal).
- Cohecho activo transnacional (Art. 397-A del Código Penal).
- Cohecho activo específico (Art. 398 del Código Penal).
- Tráfico de influencias (Art. 400 del Código Penal).
- Actos de conversión y transferencia (Art. 1 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado).
- Actos de ocultamiento y tenencia (Art. 2 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado).
- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (Art. 3 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado).

3 Algunas ideas desarrolladas acá ya fueron incluidas en Chanjan y Puchuri (2018).



- Colaboración con el terrorismo (artículo 4-A del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio).

En cuanto al tipo de sanción que se le puede aplicar a la persona jurídica, son las siguientes:

- Multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito.
- Suspensión de las actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años.
- Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años.
- Inhabilitación para contratar con el Estado de carácter definitivo.
- Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años.
- Disolución de la persona jurídica

Asimismo, es posible disponer complementariamente la intervención de la persona jurídica que resulte responsable, a fin de salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años.

Por otro lado, vista la regulación en esta materia, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú incorporado por la Ley N° 30424 y modificatorias, se adhiere al “modelo de autorresponsabilidad” (Nieto, 2008, pág. 69), pues exige que las empresas hayan tenido un “defecto de organización”, materializado en una ausencia de un adecuado y efectivo programa de cumplimiento penal o *criminal compliance*, para que sean sancionadas. Según el Art. 17° de la Ley 30424 y sus modificatorias, si la empresa acredita la existencia de este programa antes de un hecho delictivo, será exonerada de responsabilidad penal. Ello, ya que la idoneidad y correcta implementación de un *compliance* constituye un indicio importante para verificar o no el “defecto de organización” de la empresa.

De esta manera, se cuenta con un parámetro para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, que se aplica cuando los delitos han sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias;
- La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización; o
- La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el li-



teral a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

Para finalizar, es importante criticar la inclusión de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) como ente que determina de forma vinculante si una investigación penal procede o no contra una persona jurídica. El artículo 18 de la Ley 30424, modificada por el D.L. 1352, señaló lo siguiente:

El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional. Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. (Ley N° 30424, 2016)

Con esta modificación, se realiza un cambio sustancial respecto a la versión original de la norma, puesto que se dispone que el fiscal ya no es quien dará inicio a la investigación preparatoria por decisión propia, sino que requiere un permiso previo de la SMV para ello. De esta manera, el legislador dispone que esta última sea la única entidad encargada de evaluar la idoneidad de la implementación y funcionamiento del *compliance* de la persona jurídica imputada.

A nuestro juicio, la función otorgada a la SMV trastoca las competencias constitucionales del Ministerio Público, quien de acuerdo con el artículo 159 de las Constituciones es el titular de la acción penal y conduce la investigación criminal. En el caso de las personas jurídicas que delinquen la ley está haciendo una distinción sin mayor justificación, pues sustrae a las empresas u otros entes colectivos de las competencias persecutorias del Ministerio Público. Si bien la SMV tiene competencias para emitir informes en otros delitos vinculados a su rubro (el delito del artículo 251-B del CP sobre manipulación de precios en el mercado de valores, el delito del artículo 245-A del CP sobre falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores y el delito del artículo 251-A del CP sobre uso indebido de información privilegiada), nunca ha tenido competencia para que dicho informe sea vinculante para el Ministerio Público de cara a archivar o continuar con una investigación penal.

La competencia criticable que se le ha otorgado a la SMV, además, no tiene precedente alguno en legislación comparada; ningún país de la región que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha otorgado la titularidad de la acción penal contra personas jurídicas a un ente extrajurisdiccional. Asimismo, la SMV por su propio perfil, no resulta ser el ente con la experiencia suficiente y formación adecuada para realizar una evaluación penal de los elementos típicos de un delito de corrupción o lavado de activos. Este análisis jurídico-penal es imprescindible, por ejemplo, para evaluar la idoneidad de un *compliance* anticorrupción (sobre todo en lo referido a los mapas de riesgo penal y los protocolos

de actuación) y no debe ser ajeno a una valoración de un operador jurisdiccional especializado en temas penales de corrupción.

### **3. Conclusión**

Ante la realidad criminológica actual en la que el papel de la empresa cobra mayor protagonismo en delitos de corrupción o lavado de activos, el Estado debe echar mano de sus diversos mecanismos de control social para salvaguardar de la manera más eficiente los bienes jurídicos. Ciertamente, la sanción administrativa y las consecuencias accesorias han sido reconocidas tradicionalmente como los mecanismos a utilizarse contra las personas jurídicas para prevenir distintos ilícitos; no obstante, ante el déficit de punición práctica y el incremento en el posible daño social de la criminalidad empresarial, es importante que exista un sistema de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas.

La ley 30424 y sus modificatorias contribuyen a mejorar la respuesta punitiva del Estado frente a la criminalidad empresarial de cara a una mayor y mejor prevención. No obstante, algunos aspectos como la regulación de la intervención de la SMV deben ser mejorados, así como también el empoderamiento y capacitación de los operadores de justicia que se enfrentarán a este nuevo desafío.

## REFERENCIAS

- Bajo, M., & Bacigalupo, S. (2010). *Derecho Penal económico*. Madrid: Ramon Araces.
- BTR, Exp. N° 99 - 09 (527-09) (Segunda Sala Penal Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima 23 de Marzo de 2012).
- Casación N° 134-2015, Recurso de Casación N° 134-2015 (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente Ucayali 2016).
- Casación N° 864-2017, Recurso de Casación N° 864-2017 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente Lima 2018).
- Chanjan, R. (2016). Responsabilidad penal de los mandos medios y criminalidad de empresa. *Derecho & Sociedad* (47), 417-430.
- Chanjan, R. y Puchuri, F. (2018). Criminal compliance empresarial: nuevo mecanismo de la lucha contra la corrupción. *Anticorrupción y Justicia Penal*. Boletín N° 02- 2018, 4-10.
- Crousillat, Exp. N°. 011 – 2001 (Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima 8 de Agosto de 2006).
- De Fuentes, J., & Otros. (2005). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Aranzadi.
- Foffani, L. (2009). Escándalos económicos y reformas penales: Prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización. *Revista Penal*(23).
- Gomez, M., & Sanz, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador. Parte general*. Navarra: Aranzadi.
- Ley N° 30424, 2016. (2016, 1 de abril). *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Nieto, A. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal. En J. Serrano-Peiedecasas, *Cuestiones actuales de Derecho pena económico*. Madrid: Colex.
- Rebollo, M. (2016). Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. *Ius et Veritas*(53).
- Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 41(2).
- Utopía, Exp. N° 493-02 (39 Juzgado Penal de Lima 30 de Abril de 2004).
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontifical Universidad Católica del Perú.
- Zuñiga, L. (2009). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del Art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia. En J. Hurtado, *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.



# CRIMINALIDAD INFORMÁTICA Y LA DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS

*Jesús Cornejo Arismendi<sup>1</sup>*

## **1. Introducción**

El profesor Felipe Villavicencio fue reconocido a nivel nacional e internacional por su incansable labor como catedrático, académico y litigante. Dedicó su vida profesional al estudio y al ejercicio del derecho penal, motivando a generaciones de penalistas en las diversas facultades de derecho de nuestro país en las que compartió generosamente sus conocimientos. Entre sus tantas virtudes se sabe de su pasión por el conocimiento y su constante aspiración a la adaptación a los cambios y épocas en el derecho penal.

Así lo hizo ampliamente en el campo de la teoría del delito, pero también lo supo hacer en otros espacios más especializados del derecho penal. En el año 2014, al poco de tiempo de la publicación de la Ley N° 30171 que modificó la Ley N° 30096 – Ley de delitos informáticos, el profesor Villavicencio publicó un artículo titulado “Delitos informáticos” en el que expuso diversas ideas sobre la criminalidad informática, la ley de delitos informáticos, sus fuentes de inspiración y (en aquel entonces) su reciente modificatoria.

Los delitos informáticos, aunque tratados de forma esporádica en nuestra doctrina nacional, resultan de actualidad y de necesario tratamiento. En un mundo en el que la aceleración de los procesos tecnológicos es constante y en el que la tecnología permite realizar una gran cantidad de tareas de forma virtual, no sería difícil que la criminalidad se vea acrecentada.

En ese sentido, el presente trabajo, inspirado en el trabajo del profesor Villavicencio, pretende exponer brevemente algunas ideas referidas específicamente a la criminalidad informática y la actualización del debate sobre el bien jurídico protegido en los delitos informáticos, a partir del desarrollo académico desarrollado en nuestro país y en el extranjero, principalmente en España y Chile.

## **2. La Tipificación de los Delitos Informáticos en el Perú**

Los delitos informáticos aparecieron por primera vez en nuestro ordenamiento con la publicación de la Ley N° 27309 el 17 de julio de 2000. Dicha norma incorporó los artículos 207-A°, 207-B° y 207-C° al Código Penal, a los que posteriormente se sumó el artículo 207-D° que fue introducido varios años después con la Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto del año 2013.

---

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción – DEPEC. Asociado del Área Penal del Estudio Benites, Vargas & Ugaz.

Los artículos mencionados constituyeron una suerte de primera generación de delitos informáticos en nuestro país, aunque fueron derogados posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley N° 30096 titulada “Ley de Delitos Informáticos” (en adelante, la Ley o Ley de Delitos Informáticos) publicada el 22 de octubre del año 2013. La promulgación de una ley especial de delitos informáticos fue propuesta a través de dos proyectos de ley (034/2011-CR y 307/2011-CR). El Dictamen recaído en los proyectos mencionados fue emitido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú (2012) en el periodo anual de sesiones 2011 – 2012. En dicho Dictamen se identificó la necesidad de la creación de una ley especial ante la existencia de vacíos en el Código Penal respecto a sanción penal de los delitos cometidos a través herramientas y conocimientos informáticos.

Posteriormente, la Ley de Delitos Informáticos fue modificada por la Ley N° 30171, publicada el 10 de marzo de 2014. Esta modificación respondió a una adecuación y armonización de los delitos informáticos previstos en nuestro ordenamiento interno con el Convenio sobre Ciberdelincuencia del año 2001 (en adelante, Convenio de Budapest) (Villavicencio, 2014).

En efecto, la modificación de la Ley fue propuesta hasta en tres proyectos de ley (2991/2013-CR, 2999/2013-CR y 3017/2013-CR), a propósito de los cuales la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de nuestro Congreso de la República, en el periodo anual de sesiones 2013 – 2014, señaló en su Dictamen que con posterioridad a la promulgación de la Ley se había evidenciado que algunas de sus disposiciones eran incompatibles con los estándares previstos en el Convenio de Budapest (2013).

Si bien el Convenio de Budapest había sido adoptado mucho tiempo antes de la modificación de la Ley (el 23 de noviembre del año 2001), el Perú no fue parte ni pudo adherirse al mismo hasta muchos años después, pues el 13 de febrero del año 2019 se publicó la Resolución Legislativa N° 30913, en cuyo artículo único, se aprobó el Convenio mencionado (Congreso de la República, 2019).

Según la Comisión del Congreso antes referida (2013), la adhesión del Perú al Convenio fue posible gracias a la invitación que el Comité de Ministros del Consejo de Europa extendió al Perú, pues al no ser miembro del Consejo de Europa y al no haber participado en la realización del Convenio, el Estado peruano no había podido adherirse al mismo con anterioridad.

Desde la aprobación del Convenio de Budapest hasta la actualidad la Ley no ha vuelto a ser modificada. En todo caso, desde antes, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30171, ya se encontraban tipificados los delitos contra Datos y Sistemas Informáticos, entre ellos, el delito de Acceso Ilícito (artículo 2°), Atentado contra la integridad de datos informáticos (artículo 3°) y Atentado a la integridad de los sistemas informáticos (artículo 4°), así como otros delitos que protegen la Indemnidad y Libertad Sexual (artículo 5°), la Intimidación y el Secreto de las Comunicaciones (artículo 7°), el Patrimonio (artículo 8°) y la Fe Pública (artículo 9°), tipificación que guarda correlación con las conductas previstas también en el Convenio.

Más allá de la adhesión tardía de nuestro país al Convenio Budapest, es claro que la Ley de Delitos Informáticos y su modificatoria (que, ciertamente, la adecuó a los estándares del Convenio), marcaron un cambio decidido en la tipificación de los delitos informáticos.

En tal sentido, de forma previa a la revisión de la discusión del bien jurídico protegido en los delitos informáticos, conviene una revisión más conceptual de la criminalidad informática, así como del contexto criminológico identificado por el legislador y que impulsó la promulgación de la Ley de Delitos Informáticos, así como el que posteriormente ha desarrollado la doctrina. Del mismo modo, en la medida que en lo que sigue del presente artículo se emplean los términos *sistemas informáticos* y *datos informáticos*, es pertinente anotar la definición otorgada a estos en la Novena Disposición Complementaria Final de Ley de Delitos Informáticos en la que se estableció lo siguiente:

Para efectos de la presente Ley, se entenderá, de conformidad con el artículo 1 del Convenio sobre la ciberdelincuencia, Budapest, 23.XI.2001:

a. Por sistema informático: todo dispositivo o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa.

b. Por datos informáticos: toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluido los programas diseñador para que un sistema informático ejecute una función. (Ley N° 30096, 2013).

### 3. Criminalidad Informática y su Contexto Criminológico

La Organización de las Naciones Unidas – ONU (2000) citada por Lara, Martínez y Viollier (2014), señala que la criminalidad informática puede ser entendida en un sentido lato y en uno estricto. El primero de ellos se refiere a los delitos que son realizados con el empleo de un sistema o red informática, mientras que el segundo corresponde a aquellos delitos que tienen como fin el ataque de los sistemas informáticos o datos que estos procesan.

Asimismo, el profesor Villavicencio señalaba que la criminalidad informática puede ser entendida como aquella que concibe conductas dirigidas a burlar los sistemas de dispositivos de seguridad, ya sea que se trate de la invasión de computadoras, correos o sistemas de datos mediante una clave y que solamente pueden ser cometidas mediante tecnología en sentido estricto; mientras que en un sentido amplio podría entenderse a aquellas conductas en las que las tecnologías de la información o comunicación eran el objetivo, medio o el lugar de ejecución aunque se afectasen a distintos bienes jurídicos (2014).

Independientemente de la forma en que se desarrolla la criminalidad informática, la realidad nos muestra constantemente que la transformación tecnológica no se detiene, y su desarrollo sostenido ha permitido el surgimiento de nuevas formas de realizar nuestras actividades cotidianas, facilitar herramientas para la ejecución de tareas en el ámbito laboral y, en general, permitir el intercambio de información y diversas actividades de orden económico.

En efecto, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso peruano que evaluó los proyectos de ley para la promulgación de la Ley de Delitos Informáticos adelantaba que la expansión del uso de la informática había alcanzado todos los ámbitos de la vida contemporánea, por lo que en la medida que aumentaba la calidad de vida de las personas también se incrementaban los riesgos (2012). En tal sentido, la mencionada Comisión señalaba cuatro características de dichos riesgos:

- a) No existe una estructura jerarquizada que permita establecer un sistema de control en la red.
- b) Existe un creciente número de usuarios y, por lo tanto, de víctimas como de autores. A ello se suma el anonimato de los cibernautas lo que facilita la comisión de los delitos.
- c) La facilidad en el acceso a la información y la alteración de datos.
- d) La manifiesta capacidad de generar peligros globales.

Para aquel entonces, la mencionada Comisión en su Dictamen adelantaba que los delitos informáticos tipificados en los artículos 207-A°, 207-B° y 207-C° y 207-D° del Código Penal ya no podían ser aplicados con precisión (Congreso de la República, 2012). Esto tiene mucho sentido si se tiene en consideración que la mayoría de los delitos informáticos aparecieron en el año 2000, con lo que es entendible que la realidad y la criminalidad informática había superado lo previsto en el ordenamiento.

En los últimos tiempos ha sido innegable la convivencia en el mundo digital e informático. El empleo del internet a través de computadoras y celulares inteligentes (*smartphones*), así como el desarrollo de plataformas tecnológicas nos permiten hoy en día realizar diversas actividades, tales como la revisión de cámaras de seguridad, el pago de servicios básicos, transferencias bancarias, la revisión, recepción y envío de comunicaciones electrónicas, mensajería instantánea, entre otros.

Sin embargo, la criminalidad informática en lo absoluto ha dejado de ser un asunto de menor entidad. Para el año 2019, los fraudes informáticos alcanzaron un total de 2,097 denuncias penales, según informaba el jefe de la División de Investigación de Alta Tecnología de la Policía Nacional del Perú (Pichihua, 2020).

Al tiempo que se escribe este artículo se vive una pandemia mundial por la propagación del Covid-19 que, más allá de los efectos en la economía, ha generado una aceleración en el uso de la tecnología extendiéndose a aquellos ámbitos en los que, incluso, se asumía una necesaria participación física. Por ejemplo, podemos ver que las clases presenciales dictadas a los estudiantes escolares y universitarios hoy en día son dictadas a través de plataformas digitales; mientras tanto, también es posible que las compras en los supermercados puedan ser realizadas a través de internet, lo que supone tanto el pedido de productos como el pago por su adquisición.

Este contexto puede ser mejor comprendido con la ayuda de la autora chilena Laura Mayer, quien señala que la masificación de las tecnologías de la información y comunicación y, sobretudo, del internet, operaría como un factor criminógeno,



cuando menos, en dos sentidos. Por una parte, favorecería la comisión y el incremento de la criminalidad informática. En segundo término, favorecería la expansión de daños de grandes dimensiones (2018).

Además, la mencionada autora expone los contextos de la comisión de los delitos informáticos. En lo que concierne al acceso a internet, explica que estos ilícitos pueden ser realizados desde cualquier lugar (ya sea desde un domicilio, un lugar público con conexión a internet o desde un centro de labores) o país. Inclusive, en la doctrina, se ha trabajado la responsabilidad penal internacional en los ataques informáticos y su calificación como crímenes internacionales (Ambos, 2015).

Como apunte adicional, la profesora Mayer también nos indica que los autores del delito se caracterizan por tener conocimientos técnicos en informática, por lo que, ante una mayor preparación del autor, se requerirá un estándar técnico más elevado de quien vaya a investigar el crimen (2018); asimismo, cualquiera que emplee una computadora o que acceda a internet puede ser víctima de un delito informático.

#### **4. Los Delitos Informáticos y el Bien Jurídico Protegido**

Esta sección tiene por objeto poner sobre la mesa las principales posturas sobre el bien jurídico protegido en los delitos informáticos, y a partir de ello fomentar la actualización y el desarrollo del debate sobre esta materia. Para lo que me propongo, echaré mano del trabajo realizado por la profesora Laura Mayer, titulado “El bien jurídico protegido en los delitos informáticos” (2017) en el que, sobre la base de la experiencia chilena, expone el panorama actual de los postulados de la doctrina y realiza algunas propuestas.

##### **4.1 La Tutela de Bienes Jurídicos Tradicionales**

Esta hipótesis desarrollada por la doctrina, nos explica Mayer, sostiene que los delitos informáticos no buscan la protección de un bien jurídico específicamente informático, en la medida que este sería un contexto que sirve, en realidad, para la afectación de bienes jurídicos tradicionales tales como la intimidad, el patrimonio o la fe pública (2017).

De este parecer es el profesor chileno Fernando Londoño quien señala que, ciertamente, los delitos informáticos presentan una particularidad en la forma en que se realizan, pero, finalmente, la afectación producida se refiere a los bienes jurídicos tradicionales. De manera más específica señala lo siguiente:

Si algo ha caracterizado al “derecho penal informático” es el de precisamente pretender ser un derecho penal informático, es decir un “algo especial” dentro del derecho penal en general. Si se pregunta a este pretendido “derecho penal especial” qué es lo que tiene de especial, deberá responder –con razón– que los que caracteriza a “sus delitos” es la especial (nueva, moderna, insólita) modalidad comisiva: la afectación de los “tradicionales” bienes jurídicos” (la intimidad, el patrimonio, la fe pública, etc.), pero no ya por la vía de actuaciones ejecutadas en el mundo real sino ahora por la vía de acciones llevadas a cabo en un mundo virtual de la informática. (Londoño, 2004, pág. 173)

En el mismo sentido de lo anterior se ha pronunciado el profesor español Norberto De la Mata al señalar que muchos de los conceptos que se emplean en los contextos digitales son afines a los de la “realidad más tradicional”, entre ellos, archivos, firmas falsas, usurpación de identidades, por lo que no existiría diferencias sustanciales entre el mundo real y el virtual, sus participantes, ni en sus interrelaciones ni en los entornos en los que se desenvuelven aquéllos, en la medida que el contexto digital pretende reproducir dicha *realidad* de forma virtual (2007).

Entonces, para este sector de la doctrina si bien se reconoce y resulta de importancia el surgimiento de las herramientas informáticas y el desarrollo de un espacio “virtual”, estos elementos aún no constituirían por sí mismos un interés que sea lo suficientemente relevante como para que pueda ser protegido por el derecho penal.

En todo caso, según esta teoría, el derecho penal no desmerecería la existencia de conductas en el ámbito informático que vulneran bienes jurídicos tradicionales como los ya mencionados. En efecto, la finalidad de las conductas estaría principalmente dirigida a defraudar patrimonialmente, o suplantar identidades o producir un engaño en la víctima con fines delictivos.

#### **4.2 La Tutela de un Bien Jurídico Específico, Propiamente Informático: la Funcionalidad Informática**

Esta postura parte de la evaluación de los delitos informáticos en sentido estricto y asume que el bien jurídico protegido es uno específico, propiamente informático, distinto del que protegen los delitos tradicionales, cuyo reconocimiento se justifica si dichos delitos inciden en un sistema informático o en las redes computacionales (Mayer, 2017). La misma autora, quien desarrolla en extenso esta postura en su trabajo, finalmente concluye que el interés a ser protegido es la *funcionalidad informática*.

La premisa de la que parte la referida profesora consiste en que un bien jurídico específico, propiamente informático, no será afectado en aquellos casos en los que se cometen delitos mediante el empleo de una computadora o cuando se afecta a una computadora entendida como soporte lógico (Mayer, 2017), como suele ocurrir, por ejemplo, en los fraudes informáticos (en los que se afecta el patrimonio a través del empleo de una computadora y el internet).

Según Mayer (2017), las computadoras adquieren una relevancia particular, dado que constituyen eslabones de una red de interconexión entre las personas, y es en dicho contexto en el que las funciones de los sistemas informáticos pueden verse afectadas. Por lo tanto, señalar la existencia de un bien jurídico específico, propiamente informático, tiene sentido cuando, conforme se señala líneas atrás, la conducta incide en el uso de un soporte lógico de un sistema informático y/o en el uso de redes computacionales.

Entonces, la *funcionalidad informática* equivale al conjunto de condiciones que permiten que los sistemas informáticos operen dentro de un marco tolerable de riesgo: por una parte, dicha funcionalidad se referirá a la capacidad de los sistemas

informáticos de realizar adecuadamente las operaciones que les son propias (por ejemplo, el intercambio o almacenamiento de datos o información); mientras que, por otro lado, se concentrará también en la seguridad de los sistemas informáticos (Mayer, 2017).

### 4.3 Postura Intermedia: los Delitos Informáticos son Pluriofensivos

Esta hipótesis está compuesta por parte de las propuestas anteriormente explicadas, dado que sostiene que los delitos informáticos protegen un bien jurídico específico, propiamente informático, a la vez que estos tutelan otros bienes jurídicos tradicionales como la intimidad o privacidad, el patrimonio y la fe pública (Mayer, 2017).

En Chile, Romina Moscoso señala que estos delitos informáticos protegen la confidencialidad del soporte lógico, a la vez que existen otros intereses que son afectados por estas conductas, pudiendo resultar afectadas la intimidad, el patrimonio, la fe pública o la vida (2014). En nuestro país, el profesor Villavicencio coincidió con este planteamiento mixto al señalar que nos encontramos ante delitos pluriofensivos, dado que el bien jurídico protegido en los delitos informáticos se aprecia en dos planos “de manera conjunta y concatenada” (2014, pág. 248). El primero de ellos corresponde a la protección de la *información* de manera general (la que es almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de tratamiento automatizado de datos); mientras que el segundo abarca los demás intereses afectados, tales como la indemnidad sexual, la intimidad, el patrimonio, entre otros (Villavicencio, 2014).

Asimismo, el legislador peruano, con anterioridad, se había adherido a esta postura. En el año 2012, cuando se evaluaban los proyectos de ley que proponían la promulgación de la Ley de Delitos Informáticos, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2012) echó mano de la doctrina de aquel entonces para admitir que, en su concepción, los delitos informáticos son delitos pluriofensivos.

Esta Comisión de nuestro Congreso de la República (2012), citando a Santiago Acurio del Pino (s.f.), señaló que el bien jurídico en general a ser protegido es la “información”, cuyas formas (según el autor citado) pueden presentar un valor económico y, al mismo tiempo, acogen a la confidencialidad, integridad, disponibilidad de la información y de los sistemas informáticos donde se almacena o transfiere. Finalmente, la Comisión concluyó lo siguiente:

Como podemos apreciar, el espectro de bienes jurídicos protegidos por los tipos penales denominados delitos informáticos es cada vez mayor, y eso, en buena cuenta demuestra el antes referido carácter de pluriofensivo de los mismos y, además, el cómo, tales delitos pueden afectar en simultáneo a más de un bien jurídico tradicional o de reciente incorporación en el sistema jurídico. (Congreso de la República, 2012, pág. 9)

Por lo demás, en la Ley de Delitos Informáticos se admite la protección de ambos tipos de intereses: la de los sistemas y datos informáticos, así como los bienes

jurídicos tradicionales. En efecto, en su artículo 1° se establece que aquella tiene como objeto:

Prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia. (Ley N° 30096, 2013.)

Si bien dicho artículo no ha sido objeto de modificaciones, su lectura puede ser complementada con la finalidad establecida en el Convenio de Budapest, en cuyo preámbulo se establece que su adopción es necesaria “para prevenir los actos que pongan en peligro la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistema, redes y datos, garantizando la tipificación como delito de dichos actos.” (Consejo de Europa, 2001, pág. 2).

Sin perjuicio de las posturas y nomenclaturas doctrinales, vemos que la Ley de Delitos Informáticos concibe la concepción amplia y estricta anteriormente explicada, dado que podemos ver que su articulado contiene delitos que implican la vulneración de bienes jurídicos tradicionales, así como delitos propiamente informáticos.

## 5. Conclusiones

Las posturas señaladas nos muestran que la identificación del bien jurídico protegido en los delitos informáticos dependerá, principalmente, si es que nos referimos al sentido amplio o al sentido estricto de los delitos informáticos.

Por una parte, no resulta complejo identificar el bien jurídico protegido en los delitos informáticos en sentido amplio, en la medida que aquel dependerá del interés vulnerado o puesto en peligro con la acción típica.

No obstante, cuando nos referimos a los delitos informáticos en sentido estricto encontramos diferencias entre quienes señalan que se protegen los datos o la información de los sistemas informáticos, quienes sostienen la protección de la funcionalidad informática y otras tantas (Mayer Lux expone muchas otras posturas en su trabajo del año 2017, las que podrían ser expuestas en detalle en otro trabajo de mayor extensión).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta importante que se continúe el estudio y el desarrollo académico referido a los delitos informáticos o la criminalidad informática. En su momento, el profesor Villavicencio se ocupó de la novísima modificación a la Ley, ahora es nuestro turno de estudiar y abordar estos aspectos, el desarrollo tecnológico y la realidad lo sugieren.

## REFERENCIAS

- Ambos, K. (2015). Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio. *InDret, Revista para el análisis del derecho*. Obtenido de: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1129.pdf>.
- Ley N° 27309, 2000. *Ley que incorpora los delitos informáticos al Código Penal*. 15 de julio, 2000.
- Congreso de la República. (2012, 20 de julio). *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 034/2011-CR, 307/2011-CR y 1136/2011-CR con un texto sustitutorio por el que se propone la Ley de los delitos informáticos. Comisión de Justicia y Derechos Humanos, periodo anual de sesiones 2011 – 2012*. Obtenido de: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/DictamenesFuturo/A720FCB4E0B6048A05257A4600510861/%24FILE/JUSTICIA.34.307.1136-2011-CR.May.Txt.Sust..pdf>
- Ley N°30076, 2013. *Ley que modifica el Código Penal Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana*. 18 de agosto, 2013.
- Ley N° 30096, 2013. *Ley de Delitos Informáticos*. 21 de octubre, 2013.
- Congreso de la República. (2013, 18 de diciembre). *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en los Proyectos de Ley 2991/2013-CR, 2999/2013-CR y 3017/2013-CR con un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos*. Obtenido de: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/DictamenesFuturo/442F7718B092018B05257C580059541C/\\$FILE/JUSTICIA\\_2991.2999.3017-2013-CR\\_TxT.Fav.Sus.Mayor%C3%ADa.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/DictamenesFuturo/442F7718B092018B05257C580059541C/$FILE/JUSTICIA_2991.2999.3017-2013-CR_TxT.Fav.Sus.Mayor%C3%ADa.pdf)
- Ley N° 30171, 2014. *Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos*. 09 de marzo, 2014.
- Congreso de la República. (2019, 12 de febrero). *Resolución Legislativa que aprueba el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Resolución Legislativa N° 30913*. Lima: Diario Oficial El Peruano
- Consejo de Europa. (2001, 23 de noviembre). *Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Obtenido de: [https://www.oas.org/juridico/english/cyb\\_pry\\_convenio.pdf](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf)
- De la Mata, N. (2007). Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación en el Código Penal: panorámica general. *Cuadernos penales José María Lidón*. (4), 41 – 84. Obtenido de: <http://www.deustopublicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon04.pdf>
- Lara, J., Martínez, M., Viollier, P. (2014). Hacia una regulación de los delitos informáticos basada en la evidencia. *Revista chilena de Derecho y Tecnología* (3)1, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile, 101 - 137.
- Londoño, F. (2004). Los Delitos Informáticos en el Proyecto de Reforma en Actual Trámite Legislativo. *Revista Chilena de Derecho Informático* (4), 171 - 190.

- Mayer Lux, L. (2017). El bien jurídico protegido en los delitos informáticos. *Revista Chilena de Derecho*, (44) 1, 235 - 260.
- Mayer Lux, L. (2018). Elementos criminológicos para el análisis jurídico-penal de los delitos informáticos. *Revista Ius et Praxis*, (24) 1, 159 - 206.
- Moscoso, R. (2014). La Ley 19.223 en general y el delito de *hacking* en particular. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (3) 1, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile, 11 – 78.
- Pichihua, S. (17 de enero de 2020). Estos son los delitos informáticos más frecuentes en el Perú. Diario Oficial *El Peruano*. Obtenido de: <https://www.elperuano.pe/noticia-estos-son-delitos-informaticos-mas-frecuentes-el-peru-88720.aspx#:~:text=DOMINGO%2028-,Estos%20son%20los%20delitos%20inform%C3%A1ticos%20m%C3%A1s%20frecuentes%20en%20el%20Per%C3%BA,amenazas%20fueron%20los%20m%C3%A1s%20frecuentes.&text=Cada%20mes%20hay%20m%C3%A1s%20de,de%20ellas%20a%20escala%20nacional>.
- Villavicencio, F. (2014). Delitos informáticos. *IUS ET VERITAS* (49), 284-304.

## APUNTES SOBRE LA FUNCIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

*Gonzalo del Río Labarthe<sup>1</sup>*

### **1. La Diferencia Entre una Imputación Variable y una Investigación Progresiva**

Un lugar común entre los postulados de la Fiscalía para justificar imprecisiones en la imputación penal lo constituye el sostener que, durante el desarrollo de la investigación penal, la imputación tiene naturaleza progresiva. Esta frase requiere de estrictos controles en el ámbito de interpretación de las normas del proceso penal, en la medida que no considero que sea cierta.

Esto suele sostenerse como resultado de dos cuestiones que constituyen el punto de partida de este trabajo:

- 1) El propósito de la investigación preparatoria es el de preparar la acusación.
- 2) La búsqueda de fuentes de prueba en el curso de la investigación preparatoria, pueden brindar información que permita a la Fiscalía definir el ámbito de la acusación, desde una perspectiva distinta a la planteada en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

Parto de ambas premisas, porque en esencia, estoy de acuerdo con ellas, pero también necesitan de serios controles en el ámbito de interpretación.

Con relación al primero, si bien es cierto que el propósito de la investigación preparatoria es preparar la acusación, también lo es que el Ministerio Público está en la obligación de realizar una investigación de carácter neutral y objetiva (Código Penal Procesal [CPP], 29 de julio de 2004, art. 61). Su posición institucional exige recabar las fuentes de información que, en un futuro, constituyan pruebas de descargo. Todo aquello que abone en favor de la inocencia del imputado debe ser utilizado, al punto que el Fiscal deberá plantear el requerimiento de sobreseimiento cuando el resultado de la investigación sea alguno de los propuestos por el art. 344 CPP. Pero no solo eso, además, en nuestro sistema procesal, la investigación preparatoria, si bien se encuentra a cargo de la Fiscalía, constituye también un espacio procesal para la defensa y los demás sujetos procesales. En el caso de la defensa, esta tiene el derecho a solicitar la práctica de actos de investigación que puedan constituir los elementos que descarten la hipótesis fiscal (al punto que el Juez de la Investigación preparatoria puede controlar el cumplimiento de la actuación de los actos propuestos por la defensa).

---

<sup>1</sup> Abogado y Bachiller en Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.



Por lo tanto, antes que sostener que la investigación prepara la acusación, lo correcto es afirmar que constituye un espacio que permite verificar o descartar la hipótesis fiscal. Esta se plasma, inicialmente, en la disposición de formalización de la investigación preparatoria y la imputación penal; además, se permite formular acusación, solicitar el sobreseimiento, o utilizar otro procedimiento de conclusión anticipada del proceso penal, cuando así corresponda conforme a la ley o la evidencia (o ambas). Sobre esto San Martín sostiene que las actuaciones de investigación van encaminadas a determinar las circunstancias que posibilitarán abrir o no el juicio oral (2015, pág. 304)

Con relación al segundo, es cierto que la investigación preparatoria supone recoger información (aquella que encontramos en las fuentes de prueba) y también es que esta puede variar la imputación penal en el tiempo. Sin embargo, esto significa que la imputación es variable, en realidad, que puede variar, pero no que tiene un carácter progresivo y espontáneo. La disposición de formalización de la investigación preparatoria involucra una imputación penal. Esta obedece al estándar de sospecha inicial simple (San Martín, 2015). Bajo ese estándar, es necesario identificar un hecho que se relaciona a una persona o grupo de personas.

La proscripción del derecho penal de autor tiene un equivalente en el ámbito del Derecho procesal penal. Por eso elegí este tema como homenaje a mi recordado maestro Felipe Villavicencio. Él fue sin duda la voz más autorizada en nuestro país en el tratamiento de la diferencia entre un derecho penal de autor y un derecho penal del hecho. Volviendo al tema, esta proscripción supone evitar la inquisitio generalis, o lo que vulgarmente se conoce como *salir de pesca*. Bajo el pretexto de una imputación progresiva, no puede justificarse una investigación contra una persona sin un ámbito definido, que exija una imputación concreta y una búsqueda de información con límites específicos. Es por esta razón, que la progresividad está referida a la investigación, a su resultado (parcial), no a la imputación. No se refiere a la delimitación del hecho, a la inculpación formal. La progresividad se vincula a la información que ofrece un grado de convicción con relación a la hipótesis contenida en la imputación penal. Ésta, es variable, pero no es progresiva.

Progresamos en el grado de certeza en relación con la imputación, porque el propósito del proceso penal, desde la perspectiva del Ministerio Público, es obtener información que confirme la hipótesis inicial y que permita formular una acusación cuando exista evidencia material que puede comprobarse en el juicio. Así, el grado de certeza en el ámbito de la investigación preparatoria, es distinto al que existe en la acusación, y lo es también frente a la existencia de una condena. Pero en lo fundamental, el hecho sigue siendo el mismo.

¿Esto significa que la imputación no puede variar en el desarrollo del proceso? No, el hecho que se sostenga que la imputación penal no es progresiva, no quiere decir que no pueda ser modificada. Pero esta variación debe justificarse en el ámbito de la investigación preparatoria, debe basarse en los datos obtenidos en ella, y debe plasmarse, según el caso, en una disposición de formalización ampliatoria con una motivación reforzada. Lo que no puede ocurrir, es que bajo el pretexto de una “investigación progresiva”, se investigue a la persona, y no al hecho. La



variación de la imputación responde a nuevas vías de investigación, a un cambio necesario y específico, no a una imputación que navega como un virus que puede cambiar en cualquier estado de la causa, sin exigencias formales que la justifiquen.

En el escenario de las audiencias vinculadas a la investigación preparatoria (tutela de derechos, medidas cautelares, medidas limitativas de derechos vinculadas a la investigación) el Juez decide en base a la imputación formal, aquella que se expresa en la disposición de formalización. No decide en base a una imputación posible futura, ni a un dinamismo inexistente. Si en algún momento procesal el Fiscal decide variar (ampliar, reducir) la imputación, esa nueva disposición constituye el nuevo eje de las decisiones judiciales.

En estricto, el punto dos descrito líneas arriba exige una precisión conceptual. La acusación y la disposición inicial de la formalización de la investigación preparatoria pueden no coincidir (me refiero estrictamente al aspecto fáctico, en el aspecto jurídico esto es evidente). Esto debido a que la información que recogemos en el proceso supone la posibilidad de descubrir nuevas vías de investigación. Sin embargo, en todos los casos, debemos arribar a una etapa intermedia donde la defensa ha tenido la posibilidad de discutir y ofrecer actos de investigación con relación al cambio que pueda haber surgido en la hipótesis. Las acusaciones sorpresivas no son de recibo, tampoco las imputaciones imprecisas, etéreas, que solo toman forma al momento de acusar. En ambos casos se plantea una lesión, evidente, al derecho de defensa. El CPP propone una actuación activa de la defensa en la investigación, no una meramente pasiva o inerte.

Como veremos, gran parte de este problema no se ubica en las reglas vinculadas a la investigación preparatoria, sino, en una muy escasa jurisprudencia y doctrina referida a las Diligencias Preliminares. La respuesta a la pregunta ¿Para qué sirven las Diligencias Preliminares? Es el camino para demostrar que esta constituye la vía para definir la imputación penal, para dar paso a la disposición de formalización, aquello que el Código describe como la individualización del imputado. Con esta disposición, queda claro que la investigación iniciada tiene un límite, un objeto y un propósito específico. Esto es fundamental para un debido proceso con especial énfasis en el derecho a la defensa. A continuación, desarrollamos el concepto, naturaleza y contenido de las Diligencias Preliminares, con el propósito de brindar claridad a la hipótesis planteada hasta ahora en este trabajo.

## **2. Función de las Diligencias Preliminares**

En el CPP el inicio de una investigación penal viene motivada por la existencia de una denuncia (2004, art. 326), por la comunicación de la existencia de un delito por parte de la Policía, o por una actuación de oficio del Ministerio Público (CPP, 2004, art. 329). En todos estos casos puede iniciarse las Diligencias Preliminares, que es una etapa de carácter contingente. Sostengo su contingencia puesto que pueden existir y existen casos donde desde un inicio el Fiscal obtiene información suficiente para individualizar, y no tiene la necesidad de realizar actos urgentes. Por lo cual el estándar de sospecha inicial simple y los presupuestos de la inculpación formal se satisfacen plenamente. Pero en muchos casos, sobre todo en el

ámbito de la Criminalidad Organizada, existe la necesidad de definir previamente la inculpación formal a través de actos de investigación específicos. Aquí las Diligencias preliminares son indispensables.

El artículo 330 CPP establece lo siguiente con relación a las Diligencias Preliminares:

- 1) El Fiscal puede (por sí mismo, o a través de un trabajo policial que debe estar bajo su dirección) realizar las diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizarse la Investigación Preparatoria.
- 2) Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo los agraviados, y dentro de los límites de la Ley, asegurarlos debidamente. (2004)

El gran problema en la definición conceptual de esta etapa puede denominarse el mito de la urgencia. Pareciera que todos los actos destinados a su formación deben ser necesariamente inaplazables y urgentes, al punto que esta definición estricta, suele constituirse en el elemento central de la crítica a la duración de unas Diligencias Preliminares que, por decisión expresa de la Corte Suprema, puede llegar a los treinta y seis meses (Criminalidad Organizada). El problema es que esta definición, a mi juicio, es incompleta.

### **2.1 Los Actos Urgentes e Inaplazables**

Sin duda uno de los propósitos de las Diligencias Preliminares es realizar actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad (artículo 330 del CPP). Esta fase, como lo señala el propio artículo 330 CPP (2004), también debe asegurar los elementos materiales de su comisión. Pero una cuestión indispensable radica en entender si estas funciones son exclusivas de las Diligencias Preliminares. En estricto ¿Cuál es la diferencia, en este ámbito, entre las Diligencias Preliminares y la Investigación Preparatoria?

No existe ninguna duda que nos ubicamos en el ámbito probatorio, entendido en un sentido amplio. Determinar si a) los hechos han tenido lugar, b) su delictuosidad y, c) asegurar los elementos de su comisión; son problemas vinculados también a la investigación preparatoria. La clave es que, en el caso de las Diligencias Preliminares, el recojo de información es urgente e inaplazable.

En la mayoría de los casos vinculados a la criminalidad, sobre todo en supuestos de flagrancia, pero no solo en ellos, el Fiscal está obligado a actuar en forma inmediata. En este contexto es importante el desarrollo de esta función por la Casación N° 528-2018, que entiende que los objetivos de naturaleza inmediata responden a la necesidad de apersonarse al lugar de los hechos; establecer la realidad del evento delictivo, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores; y, que se afecte la escena del hecho criminal e incluso recoger materiales

probatorios y la evidencia física que podría ser de utilidad (Corte Suprema de Justicia, 11 de octubre de 2018, pág. 4). De lo contrario se corre el riesgo de perder material valioso, porque este puede verse expuesto y perderse en el curso de la investigación formal, ya sea por una actuación del potencial imputado, por una actuación de terceros, o por el simple paso del tiempo.

Nuestro sistema procesal penal entiende que, en estos supuestos, los actos de investigación no pueden esperar a la imputación formal. Esto conduciría al fracaso de la investigación, en la medida que en muchos casos la información que pueda recabarse en un espacio temporal más próximo a la comisión del delito, suele ser la más fiable para la reconstrucción de los hechos.

Por lo tanto, es cierto, como ha establecido la Corte Suprema, que la extensión temporal de estos actos de aseguramiento probatorio debe fijarse caso por caso, y que, según su complejidad, no puede limitarse siempre su actuación a sesenta días de duración. Pero también es cierto que cualquier lógica razonable impide determinar que puedan existir actos urgentes e inaplazables que supongan una duración de treinta y seis meses.

Lo que sucede es que el aseguramiento, pronto e inmediato, de fuentes de prueba, no es la única función de las Diligencias Preliminares. Existe otro propósito, que está vinculado a la individualización del imputado (o los imputados) y que podría justificar, en un caso extremo, una duración de treinta y seis meses de las Diligencias Preliminares.

## **2.2 Individualizar a las Personas Involucradas en la Comisión del Delito**

El objetivo más importante que cumplen las Diligencias Preliminares, a mi juicio, radica en la individualización del autor. La primera aproximación a esta tesis la describe el numeral 1 del artículo 330 (Código Penal Procesal, 2004). En él se señala que el Fiscal, y en su caso la Policía, puede realizar las diligencias preliminares de investigación “para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria” (CPP, 2004).

Esto es muy importante porque esta fase debe concluir con la formalización. Esto lo define claramente la Casación 528-2018 cuando entiende que la determinación de su naturaleza y finalidad está estrechamente ligada a una interpretación sistemática de los numerales 1 y 2 del artículo 330 CPP. Así, se sostiene que la premisa conclusiva de las Diligencias Preliminares sirve para determinar si el Fiscal debe o no promocionar la acción penal (propósito último).

La situación es clara, se promociona la acción cuando existe una imputación penal propiamente dicha. El numeral 2 del art. 330 CPP establece que el Fiscal determina si los hechos han tenido lugar, su delictuosidad y la individualización de las personas involucradas en su comisión (incluyendo a los agraviados) (2004). Esto representa la formación de una hipótesis fiscal que debe relacionar (en grado de sospecha inicial simple) al imputado, el hecho, y las razones preliminares que justifican el carácter delictivo. Y desde luego, esa imputación en muchos casos se desprende de los actos urgentes e inaplazables realizados para asegurar inicialmente el material probatorio que pueda estar en peligro;

pero en muchos otros no es suficiente. De ahí la diferencia entre uno y otro propósito.

Si la Policía descubre en un descampado a una persona que ha recibido un disparo en la sien, es evidente que debe realizar actos urgentes e inaplazables en el inicio de la investigación, en las Diligencias preliminares. Pero es absolutamente posible que estos actos inmediatos no cumplan los requisitos en torno a la individualización. Si no existen huellas dactilares, si el ejecutante ha tenido extremo cuidado en evitar cualquier rastro de ADN, si es necesario seguir el rastro del arma utilizada para establecer un nivel material de individualización; es evidente que ya no son actos urgentes los que restan para concretar la formalización de la investigación.

Los actos posteriores son indispensables para forjar una inculpación formal. Sin embargo, el tiempo para realizar esos actos de investigación complementarios es mucho mayor que el que cabe en la definición de una urgencia inaplazable. Es por esta razón que el CPP estableció solo un plazo referencial de sesenta días para esta etapa. Y por la que además reconoció, que, en supuestos excepcionales, su duración puede fijarse caso por caso. Porque en determinados supuestos esa individualización puede tomar mucho tiempo; y, porque es muy difícil establecer, a priori, qué tiempo se requiere para construir una individualización. El análisis debe centrarse en el caso específico.

Pero esto no solo ocurre en delitos violentos como el ejemplo anterior, que pertenecen a la vertiente que podríamos denominar clásica del Derecho penal. Otro ejemplo evidente donde existen graves problemas de individualización en el tiempo, son las organizaciones criminales complejas. La sospecha inicial simple de que ciertas personas han cometido un delito, y de que estos han sido cometidos en el marco de una organización criminal, puede satisfacer una imputación ordinaria contra determinadas personas. Esto en delitos específicos cometidos al interior de la organización, pero no en el ámbito de la organización en sí misma.

Es necesario establecer que la Organización Criminal existe, su grado de permanencia, quiénes son sus miembros, la participación de estos en el esquema organizacional, el nivel de jerarquía e influencia en la misma, etc. Labor que debe ser desarrollada antes de la disposición de formalización, y que es la que explica (y desde luego justifica) una mayor duración de las Diligencias Preliminares en el ámbito de la persecución de la Criminalidad Organizada.

Ojo que no nos referimos aquí al ámbito de la investigación progresiva. Tampoco al de la imputación variable. En este escenario no existe una imputación en sentido estricto, ni un proceso propiamente constituido, porque esto solo puede suceder luego de la individualización, no antes.

En dicha línea, es necesario entender que, durante las Diligencias Preliminares, se cumple el propósito de realizar actos urgentes e inaplazables para conservar material probatorio. Pero, además, existe otro objetivo muy importante, que radica en individualizar al imputado. Establecer una relación material, basada en actos de investigación, entre el imputado y el hecho que se persigue, que soporte un estándar de sospecha simple inicial que permita crear una hipótesis de investigación y fijar los límites de ésta. Supone además establecer, también en

vía de sospecha simple, que el hecho es delictivo; que éste no ha prescrito; que se cumplen los elementos en el ámbito de la tipicidad y antijuricidad. Exige incluso determinar quién o quiénes son los agraviados por el delito. Por lo tanto, si entendemos que antes de la inculpación formal, existen las Diligencias Preliminares, es porque uno de los presupuestos fundamentales de esta etapa radica en la inexistencia de una imputación. Por el simple dato de que aún no puede materializarse porque se necesita más información para cumplir dicho objetivo. La función de esta etapa es cubrir esa brecha.

En consecuencia, aunque estamos de acuerdo en lo esencial con la Casación 528-2018, creemos que no es necesario acudir a una distinta concepción temporal de la urgencia en los casos de criminalidad organizada para justificar una duración mayor de las Diligencias Preliminares. Es importante insistir en que esos actos urgentes no son el único propósito. Existe otro fundamental, la individualización, que en supuestos especiales requiere más tiempo y no puede satisfacerse solo en base a actos urgentes. De hecho, existen supuestos donde ni siquiera es posible realizar estos, porque no estamos ante un hecho reciente. Y, sin embargo, las diligencias preliminares siguen siendo necesarias para individualizar al imputado o los imputados.

### **3. La Importancia de la Función de las Diligencias Preliminares**

Expuestas las que, a mi juicio, son las dos funciones de las Diligencias Preliminares, considero que es importante mencionar por qué esta diferenciación, y por qué insistir en la individualización como una función autónoma, tiene efectos prácticos importantes en el desarrollo del proceso penal.

En primer lugar, porque una correcta concepción de esta etapa permite comprender que resulta ilegítimo que la Fiscalía solicite medidas de limitación de derechos fundamentales en base a una imputación progresiva e inexistente a un pronóstico futuro que aún no forma parte de una disposición de formalización. Los jueces de la investigación preparatoria, en el ámbito de las medidas limitativas, deben restringirse a la imputación formal, a aquella que integra la disposición de formalización y que es el resultado de la individualización. Si los Fiscales entienden que existen nuevos elementos de convicción en el curso de la investigación preparatoria, que abren nuevas vías de investigación, deben expedir una nueva disposición de formalización, que podrá ser controlada por el Juez en el ejercicio de sus decisiones posteriores.

En segundo lugar, porque la correcta definición de la función de las Diligencias Preliminares es el mejor antídoto para requerir de la Fiscalía una imputación formal, necesaria, concreta. Uno de los grandes problemas de la investigación actual es la imprecisión en la imputación que legitima una investigación a la persona y no al hecho. Esto constituye una grave afectación del derecho a la defensa, en la medida que este no puede ser efectivo si no se realiza en función a una hipótesis definida y expresa, una imputación necesaria.

En tercer lugar, porque existe una práctica que debe ser desterrada del ámbito del proceso penal, y es la desnaturalización del objeto que deben cumplir las

Diligencias Preliminares en relación a las fuentes de prueba. El problema reside en que muchas veces el Ministerio Público no diferencia el objeto de las Diligencias Preliminares de la Investigación Preparatoria. Se utiliza la primera con el objeto de recabar, no los elementos que justifican la disposición de formalización (sospecha inicial simple), sino, los elementos que acreditan el requerimiento de prisión preventiva (sospecha fuerte o vehemente). Esta desnaturalización debe ser controlada a nivel judicial. Una vez que el Fiscal está en capacidad de formalizar la investigación, deben concluir las Diligencias Preliminares porque esta etapa ya cumplió su propósito.

Y, en cuarto y último lugar, probablemente el efecto más importante de conceptualizar correctamente la función de las Diligencias Preliminares es el razonamiento vinculado a su duración.

#### **4. Duración de las Diligencias Preliminares**

La Casación N° 528-2018 (siguiendo la doctrina expuesta por la Casación 144-2012) tomó una decisión importante con relación a la duración de las Diligencias Preliminares, estableció que el plazo máximo, en ningún caso debe sobrepasar el de la investigación preparatoria (Corte Suprema de Justicia, 11 de octubre de 2018). En el ámbito de la Criminalidad Organizada, la Casación entiende que las Diligencias Preliminares no pueden durar más de 36 meses. Esta intenta corregir ciertos excesos en la discrecionalidad que tiene la Fiscalía para fijar un plazo específico de duración en el caso concreto. Así, la solución en realidad se restringe a ejecutar un juicio de proporcionalidad evidente.

El problema es que el fuero académico y profesional ha interpretado esto como el plazo de las Diligencias Preliminares, cuando en realidad lo único que establece es un plazo máximo y excepcional, es decir, el límite más extremo que no puede ser superado ni por la más compleja de las investigaciones penales. Pero el problema subsiste, porque convencionalmente el lapso de duración del proceso penal que debe regular y aplicar el Estado peruano, no se limita a una evaluación del plazo legal (Organización de los Estados Americanos, 1969). Nuestro sistema de justicia también debe evaluar el plazo razonable de duración del proceso penal específico (lo que incluye a la investigación, y desde luego, a las diligencias preliminares), con independencia del plazo establecido en la ley.

Lo que se echa en falta con relación a la decisión incorporada por la Casación N° 528-2018 (y en su día, a la 144-2012) es que no se limite a una identificación, máxima, del plazo legal. El sistema de justicia también tiene la obligación de establecer pautas para un control del plazo razonable de duración de las diligencias preliminares, en el caso concreto. Y es obvio que además de los criterios que ya ha desarrollado el TC y la Corte Suprema con relación al plazo razonable; en el caso de las Diligencias Preliminares también se debe comprender el análisis de su función. No existe razón para extender esta fase cuando la Fiscalía ya reunió elementos suficientes para formalizar una investigación. El sistema judicial debe acabar con una práctica que está desnaturalizando el ámbito de las Diligencias Preliminares, y obligar a la formalización de la investigación, en los casos en los

que ya se arribó a una sospecha inicial simple y suficiente para formular la imputación penal. Porque es evidente que el imputado puede ejercer el derecho de defensa, con mucho mayor eficiencia, en el marco de una investigación preparatoria. Y porque esto limita la posibilidad de acudir a investigaciones contra la persona, imprecisas, a una *inquisitio generalis* que constituye una grave afectación al derecho de defensa.

Si el Poder Judicial se limita a controlar el plazo máximo legal, seguiremos sufriendo una grave desnaturalización del sistema en la que la sospecha simple no sea el estándar de las Diligencias Preliminares, sino, la sospecha fuerte, aquella que justifica el requerimiento de la prisión preventiva, en abierta contradicción con las funciones desarrolladas en el art. 330 CPP (2004).





## REFERENCIAS

- Código Penal Procesal [CPP]. (29 de julio de 2004). *DL N° 957, 2004*. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. (11 de octubre de 2018). *Sala Penal Permanente. Casación N° 528-2018*.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José.
- San Martín, C. (2015). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Lima: INPECCP - CENALES - Jurista Editores.



# LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS<sup>1</sup>

*Percy García Caveró<sup>2</sup>*

La regularización tributaria constituye el pago de la totalidad de una deuda tributaria o, en su caso, la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario indebidamente obtenido (artículo 189 del Código Tributario). Este pago o devolución incluye los intereses y las multas correspondientes. A nivel penal, la regularización tributaria produce el efecto de impedir la persecución penal por los delitos tributarios cometidos para dejar de pagar la deuda tributaria regularizada o recibir el beneficio tributario reintegrado. En efecto, el artículo 189 del Código Tributario dispone que “[n]o procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria” originada por la comisión de un delito tributario antes del inicio de una investigación fiscal o de una fiscalización tributaria. Dado el importante efecto que la regularización tributaria produce en la persecución penal, resulta necesario establecer los requisitos que debe reunir para efectivamente exonerar de pena, lo cual solamente podrá ser debidamente respondido si se tiene suficiente claridad sobre el fundamento de esta exoneración y la naturaleza jurídico-penal que tendría. De esta necesidad fue absolutamente consciente el Prof. Felipe Villavicencio Terreros, quien ubicó el fundamento dogmático de la exención de pena por regularización tributaria en la reparación del daño (Villavicencio, 2014). En esta contribución se emprenderá el trabajo dogmático de precisar los distintos aspectos relevantes de la regularización tributaria de cara al efecto de exoneración de pena que se le atribuye, siguiendo la línea de debate que abriera, en su momento, nuestro homenajeado. Con ello espero poder rendirle también un merecido homenaje a quien, sin duda, fue uno de los más insignes penalistas peruanos, cuyo reconocido magisterio sólo puede encontrar parangón en sus incuestionables virtudes humanas.

## **1. Fundamento**

Para comprender y determinar el alcance exoneratorio de la regularización tributaria resulta necesario establecer antes que nada su fundamento. Lo primero que salta a la vista con la creación de la figura de la regularización tributaria es una finalidad de política fiscal, en la medida que con este mecanismo se procura

---

1 Las ideas contenidas en este artículo son una actualización de lo discutido en García Caveró (2007).

2 Abogado por la Universidad de Lima y Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

conseguir que, a cambio de renunciar a la persecución penal, los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden (Joecks, 2005). Intentar, sin embargo, fundamentar este efecto de exoneración de pena desde el mero plano de la política fiscal resultaría insatisfactorio, pues no sólo dejaría de lado los principios de ordenación del sistema penal, sino que tampoco podría explicar diversas exigencias legalmente establecidas (Kratzsch, 1983; Hunsmann, 2006). En especial, no parecería razonable el requisito temporal de la regularización tributaria, ya que, si lo que interesa es la percepción del pago de los tributos adeudados, no tendría sentido limitar la regularización hasta antes de que se inicie la investigación fiscal o la fiscalización tributaria correspondiente. Desde estas consideraciones, no sorprende que los estudios especializados recurran, más bien, a criterios de carácter penal para determinar el fundamento exoneratorio de la regularización tributaria.

En el plano político-criminal se han ensayado diversas justificaciones para el reconocimiento de la regularización tributaria como un supuesto de exclusión de la pena. Las razones alegadas son de diversa índole. Por un lado, se dice que la Administración Tributaria, con los recursos de los que dispone, no estaría en posibilidad de poder descubrir los artificiosos mecanismos de defraudación utilizados por los deudores tributarios, de manera tal que se encontraría en una situación de necesidad para investigar las conductas defraudatorias. Ante esta situación, la regularización tributaria se muestra como una medida política y criminalmente razonable, pues fomentaría la indispensable contribución del ciudadano para detectar la defraudación de los tributos (Frees, 1991). A esta justificación de la regularización tributaria cabría objetarle, sin embargo, que no explicaría por qué es necesario el pago de la deuda tributaria. Si de lo que se trata es de detectar las defraudaciones tributarias, bastaría con exigir simplemente la autodenuncia del defraudador. Por otro lado, se ha intentado fundamentar la regularización tributaria dentro de la lógica del “puente dorado”, a través del cual se le permitiría al autor del delito de defraudación tributaria una vuelta a la sinceridad tributaria (Blumers, 1985; Breyer, 1999). También esta justificación político-criminal ha sido objeto de serias críticas, siendo la más extendida aquella que cuestiona que, luego de la regularización tributaria, el contribuyente vuelva realmente a la sinceridad tributaria (Hunsmann, 2006; Iglesias, 2003).

Sin desconocer la finalidad político-criminal que pudiese haber inspirado la creación de la figura de la regularización tributaria como un supuesto que impide la imposición de la sanción penal por los delitos tributarios cometidos, debe quedar claro que la adecuada ordenación de este mecanismo de exclusión de la pena solamente puede conseguirse si cuenta con una fundamentación dogmática de carácter estrictamente penal. Los intentos que se han emprendido para dotar de una base dogmática al efecto de exoneración punitiva de la regularización tributaria han sido diversos. A continuación, se expondrán sucintamente las propuestas más importantes, así como las críticas que se les ha formulado, para finalmente poder tomar una posición al respecto.

A nivel del injusto penal, se ha propuesto ver la regularización tributaria como una compensación del injusto de la defraudación tributaria (Lütt, 1988), de

manera que el mal del delito se eliminaría con el bien del pago del tributo adeudado. A esta comprensión se le cuestiona de arranque la posibilidad dogmática de compensar el injusto de un delito con otras buenas acciones, como si se tratara de simples deudas particulares. Pero, sobre todo, se le ha criticado el hecho de no aplicar este mismo principio de la compensación a otros delitos similares, como sería el caso de los delitos patrimoniales. Si una compensación del delito es posible, no habría entonces una razón contundente para limitarla exclusivamente a los delitos tributarios.

En el plano de la exigibilidad, se mueve la fundamentación dogmática que considera que la regularización tributaria constituye un camino necesario para evitar obligar al autor de una defraudación tributaria a acusarse a sí mismo bajo amenaza de pena con el deber de comunicar a la Administración Tributaria nuevos hechos imponibles derivados de dicha defraudación tributaria (Hoffmann, 1998; Breyer, 1999). El flanco débil de esta interesante argumentación estaría en el hecho de que la regulación positiva de la regularización tributaria no la condiciona a los casos en los que la defraudación tributaria provoca una situación susceptible de una nueva incidencia tributaria. Al beneficio de la regularización tributaria se puede acceder incluso en caso de defraudaciones tributarias que, de ninguna manera, van a generar algún otro hecho futuro tributariamente relevante.

Posiblemente haya sido a nivel de la llamada categoría de la punibilidad donde más se ha movido la doctrina penal para encontrar el fundamento dogmático del efecto de exoneración de la pena de la regularización tributaria. Un sector importante de la doctrina penal considera que la regularización tributaria puede ordenarse perfectamente en la sistemática del desistimiento, por lo que habría que justificarla penalmente con el mismo fundamento que se le da a esta figura de la teoría del delito (Mösbauer, 2000; Brauns, 1985; Löffler, 1992; Grötsch, 2003; Hoffmann, 1998; Martínez-Bujan, 1998; y críticamente Merino Jara & Serrano González, 2004). Este parecer no resulta conciliable, sin embargo, con la línea de pensamiento, asumida en otro lugar por nosotros en García Cavero (2019), que ordena el desistimiento en el marco de conductas cuyo sentido social resulta todavía revocable, ya que la regularización tributaria se ejerce respecto de delitos tributarios plenamente consumados (así, también la crítica de Reaño, 2003). Por otra parte, del tenor de la normativa tributaria no se desprende que la regularización tributaria deba ser voluntaria para gozar de efectos exoneratorios, de modo tal que podría proceder igualmente, aunque el obligado tributario haya pagado la deuda tributaria por el temor a una eventual denuncia penal o fiscalización tributaria. A partir de estas consideraciones, queda claro que el fundamento de esta exención de pena tampoco puede encontrarse en el arrepentimiento del autor.

Otra vertiente doctrinal acude a la figura de la excusa absolutoria para fundamentar dogmáticamente los efectos jurídico-penales legalmente atribuidos a la regularización tributaria (Ramírez, 2009). Como se sabe, la excusa absolutoria excluye la punibilidad de una conducta por razones de política criminal, conveniencia u oportunidad (Cerezo, 2008), lo que daría una entrada dogmática a la finalidad político-criminal de la regularización tributaria. No obstante, existe un

aspecto puntual que impide que la regularización tributaria pueda ser ordenada como una excusa absolutoria: Las excusas absolutorias tienen un carácter personal, es decir, que se aplican únicamente a aquellos intervinientes en quienes concurren. Si se atiende a lo que dispone el artículo 189 del Código Tributario, se podrá comprobar que la exención de pena que contempla la regularización tributaria se origina en un hecho objetivo (el pago), no en una circunstancia personal. Por lo tanto, la propuesta de interpretar este supuesto de exclusión de la pena como una excusa absolutoria no tiene, cuando menos, asidero legal (de otro parecer, Villavicencio, 2014).

En nuestra opinión, el fundamento de la regularización tributaria no se ubica en alguna categoría dogmática del delito, pues la defraudación tributaria ya se encuentra completamente realizada. En este sentido, una fundamentación todavía jurídico-penal solamente podría alcanzarse a nivel de la función de la pena (Iglesias, 2003), la cual se encarga de restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito. Desde este punto de partida, el efecto excluyente de la pena que se le asigna a la regularización tributaria sólo podría justificarse si la conducta de regularización produce una recuperación de la confianza en la norma infringida que hace innecesaria la comunicación que lleva a cabo la imposición de la pena. En este orden de ideas, la asunción de la culpabilidad por el hecho como primera expresión comunicativa de la regularización tributaria y la reparación efectiva del perjuicio causado a los intereses recaudatorios del Estado (en donde, por lo demás, se incluyen los intereses y las multas administrativas), producirían un efecto de restabilización que torna en innecesaria la imposición de la sanción penal (Kratzsch, 1983). Se trata de una reparación del daño que integra la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho penal (Roxin, 1997; Silva, 2000; Villavicencio, 2006).

## **2. Naturaleza Jurídico-penal**

A diferencia de la regulación penal alemana o española, en donde la doctrina especializada es prácticamente unánime al considerar a la autodenuncia o regularización tributaria como una causa personal de supresión o levantamiento de la pena (Joecks, 2005; Iglesias, 2003), a nuestro modo de ver la regularización tributaria constituye en nuestro ordenamiento legal una causa material de exclusión de la pena (Reátegui, 2012). El apoyo de esta afirmación no se reduce al hecho de que el Acuerdo Plenario N° 02-2009 así lo haya reconocido de modo expreso en el punto 6 (V Pleno Jurisdiccional Penal, 2009). Nuestra posición se sustenta en dos argumentos principales. El primero es de carácter conceptual y está referido a la necesidad de diferenciar las causas de exclusión de la pena y las causas de supresión de la pena. El segundo se vincula a las características de nuestra regulación positiva respecto de los efectos de la regularización tributaria.

En cuanto al primer argumento, debe señalarse aquí que resulta superflua la distinción entre una causa de exclusión de la pena y una causa de supresión de la pena, la que tiene lugar en función de la circunstancia de si la causa se presenta al momento del hecho delictivo o después de haberse realizado (García Caveró,

2019, pág. 940). Todas las circunstancias ajenas a los elementos constitutivos del delito, sean concomitantes o posteriores, que levantan la necesidad de imponer una sanción penal, constituyen causas de exclusión de la punibilidad. No existe una razón normativa que justifique una diferenciación conceptual y, mucho menos, un tratamiento diferenciado (en contra, Hunsmann, 2006; Sánchez-Ostiz, 2011). En este sentido, la regularización tributaria, aun cuando se haya realizado con posterioridad a la defraudación tributaria, es también una causa de exclusión de la punibilidad.

En segundo lugar, la regulación positiva de la regularización tributaria establece que no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo, lo que abiertamente vincula el efecto de exclusión de la pena al delito y no a los intervinientes. En este sentido, la regularización tributaria que realice alguno de los intervinientes produce el efecto de exclusión de la pena para todos los intervinientes. Siguen esta línea de pensamiento Bacigalupo & Bajo Fernández (2001) y Sánchez-Ostiz (2002) y son de otro parecer Abanto (2000) y Villavicencio (2014). Así es el sentido que, de modo expreso, le atribuye también a la regularización tributaria el Acuerdo Plenario N° 02-2009. Si bien podría considerarse inaceptable que un interviniente que no ha hecho nada por reparar el daño se beneficie de la regularización tributaria realizada por otro, hay que tener presente que la reparación se hace respecto de todo lo defraudado por el delito y no sólo respecto de una parte. En este sentido, la recaudación tributaria se satisface con la regularización del pago de la deuda tributaria, aunque haya sido hecha solamente por uno de los intervinientes. No aceptar esta conclusión significaría adoptar un sistema en el que el primero que paga se salva, mientras que el resto de intervinientes no tendrían esa posibilidad, pues para que el primero haya alcanzado la regularización debió haber pagado íntegramente la deuda tributaria.

### **3. Ámbito de Aplicación**

En cuanto a su ámbito de aplicación, la regularización tributaria puede presentarse en todos los delitos tributarios contenidos en la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N° 813), siempre que hayan significado una falta de pago de tributos o la obtención indebida de ventajas tributarias (Presidencia de la República, 1996). De seguirse este razonamiento, si el autor ha realizado únicamente un delito de incumplimiento de deberes contables tributarios, no tendrá la posibilidad de evadirse de la pena mediante una regularización de la situación contable. Solamente si las irregularidades contables trajeron consigo la falta de pago de un tributo, la regularización del pago de esta deuda tributaria podrá producir también el efecto eximente respecto de estas irregularidades. Esta interpretación no resulta, sin embargo, coherente con el sentido de lo que es una regularización tributaria, pues de lo que se trata es de una rectificación que lleva a cuestionar la falta de necesidad de pena. En este orden de ideas, la regularización de la situación contable-tributaria tendría que producir el mismo efecto exonerador que el pago de

la deuda tributaria defraudada (Sánchez-Ostiz, 2002), aun cuando esto no fluya expresamente del texto de la normativa tributaria.

El artículo 189° del Código Tributario señala que la improcedencia de la acción penal por la regularización de la deuda tributaria alcanza igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 02-2009 hace la precisión de que la extensión de la impunidad sólo podrá admitirse si es que estas irregularidades y falsedades instrumentales carecen de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios (V Pleno Jurisdiccional Penal, 2009). Esto supone claramente una vinculación medial, por lo que solamente si los otros delitos se han cometido como medio para alcanzar la defraudación tributaria, les podrá alcanzar el efecto de exoneración de pena de la regularización tributaria.

Conforme al tenor de la ley, el efecto eximente de la regularización tributaria no alcanzará a delitos estructuralmente similares como los delitos aduaneros o a delitos que pudieran cometerse con los efectos del delito de defraudación tributaria, como, por ejemplo, el delito de lavado de activos. No obstante, en cuanto a la falta de previsión de la aplicación del beneficio de la regularización tributaria a los delitos aduaneros conviene precisar que esta ausencia de cobertura legal no impide una labor de integración de la ley penal que permita extender el mencionado beneficio al ámbito aduanero. En efecto, la analogía que se encuentra penalmente prohibida es aquella que resulta perjudicial para el reo, pero no aquella que le favorece y que se explica en una laguna axiológica por descuido del legislador (Montiel, 2011). En este sentido, si pudiese determinarse en los delitos aduaneros una identidad estructural con los delitos tributarios, no tendría que haber ningún inconveniente para aplicar analógicamente el beneficio de la regularización tributaria a los delitos aduaneros (Sánchez-Ostiz, 2002). En nuestra opinión, tal identidad estructural existe entre el delito de defraudación tributaria y el delito de defraudación de rentas de aduanas, por lo que el pago íntegro de los tributos y derechos aduaneros dejados de pagar debería desplegar el mismo efecto exonerador de la pena que tiene el pago del tributo interno respecto del delito de defraudación tributaria.

#### **4. Requisitos**

Del tenor del artículo 189 del Código Tributario se desprende un conjunto de exigencias necesarias para que los responsables de haber defraudado de manera penalmente relevante un tributo, puedan verse exonerados de la sanción penal. Si estos requisitos no se cumplen de manera suficiente, la exoneración de la pena no procederá y, por lo tanto, los órganos de persecución penal estarán plenamente autorizados para investigar y, en su caso, imponer las sanciones penales correspondientes. Los requisitos de la regularización tributaria deben estar objetivamente presentes (Hunsmann, 2006). En este sentido, la asunción errónea de que, en el caso concreto, concurren las condiciones para gozar de una regularización tributaria excluyente de pena, resulta irrelevante (Abanto, 2000).



De alguna manera puede decirse que los intervinientes en el delito tributario cargan con el riesgo de que no se cumpla con los requisitos de la regularización tributaria (Hunsmann, 2006). En consecuencia, el error no desarrollará efectos eximentes. No obstante, el hecho de que a partir de la actuación del autor pueda desprenderse una confesión sincera o un acto de reparación del daño, podrá tenerse en consideración en el plano de la individualización de la pena (Kopacek, 1967).

#### 4.1 El Pago de la Deuda Tributaria

La normativa tributaria establece que solamente el pago íntegro de la deuda defraudada o la devolución completa del beneficio fraudulentamente recibido, puede dar pie a una regularización tributaria que excluya la pena (Urquiza, 2015). La exclusión de la pena no se producirá, por lo tanto, con una simple rectificación o corrección de la información o declaración fraudulenta presentada ante la Administración Tributaria y ni tan siquiera con un pago parcial de la deuda tributaria defraudada o una devolución parcial del beneficio tributario indebidamente recibido. No obstante, el pago parcial podría dar lugar a una variación de la calificación penal del delito. Por ejemplo: una defraudación tributaria agravada por el monto defraudado (más de 100 UITs) podría pasar a ser una defraudación tributaria simple (Rodríguez, 2007).

Debe tenerse en cuenta que el beneficio de la exclusión de pena por regularización tributaria no exige el pago de toda la deuda tributaria derivada de diversos tributos o producida en diversos períodos, sino solamente la deuda originada por la realización de la conducta constitutiva de delito tributario (Joecks, 2005). Por ello, resulta recomendable que quien hace el pago especifique a qué deuda tributaria debe la Administración Tributaria imputar dicho pago (Joecks, 2005), pues de lo contrario se seguirán las reglas supletorias de imputación al pago contenidas en el artículo 31 del Código Tributario. Si no se conoce el monto que se adeuda al fisco, la Administración Tributaria deberá determinarlo previamente. En tal caso, el responsable del delito deberá realizar primeramente una autodenuncia sobre la defraudación tributaria cometida a efectos de que la Administración Tributaria determine el monto de la deuda tributaria a regularizar. Aunque en el Acuerdo Plenario N° 02-2009 se deja abierta la posibilidad de un pago del administrado sin previa determinación del órgano administrador del tributo, quien podrá exigir un monto mayor que deberá también satisfacerse (V Pleno Jurisdiccional Penal, 2009). Queda claro, entonces, que la sola autodenuncia es insuficiente para gozar del beneficio de la regularización tributaria.

Por otra parte, el tenor legal no requiere que la regularización tributaria se haga por el propio obligado o beneficiario tributario, de manera tal que también los partícipes extranei podrían alcanzar la exclusión de la pena con el pago de la deuda o la devolución del beneficio tributario (Abanto, 2000; en la normativa española, Sánchez-Ostiz, 2002). Un tema por resolver es si estos extranei pueden repetir luego el pago ante el obligado tributario o el beneficiario de la ventaja tributaria. Lo que, sin embargo, no parece de recibo es que

terceros no intervinientes en el delito tributario realicen el pago de la deuda con el efecto de una regularización tributaria, pues de aceptarse esta posibilidad el delito tributario se reduciría en el fondo a un simple incumplimiento del pago de una deuda. Es necesario que, junto con el pago de la deuda, se presente una asunción de la responsabilidad penal por parte de alguno de los intervinientes en el delito (es de otro parecer, Kratzsch, 1983), aunque el dinero para pagar la deuda tributaria provenga del patrimonio del autor o de un tercero. En todo caso, si bien consideramos que la autodenuncia implica un reconocimiento de responsabilidad, no podrá utilizarse esta comunicación a la Administración Tributaria como una autoinculpación, en caso no proceda la regularización, pues no se trata de un reconocimiento de culpabilidad hecho en un proceso penal con las garantías propias del *nemo tenetur*. La exclusión de la regularización por parte de terceros no se opone, sin embargo, a la posibilidad de que tercero no interviniente actúe como representante autorizado para hacer, por encargo del autor, la regularización tributaria (Kummer, 2004). Es posible incluso que el deudor tributario ratifique a posteriori el pago de la deuda tributaria (Sanchez-Ostiz, 2011).

#### **4.2 El Momento de la Regularización Tributaria**

El beneficio de la regularización tributaria no puede ofrecerse de manera permanente, pues se le restaría vigencia efectiva a la prohibición penal (Kummer, 2004). En este sentido, el propio artículo 189° del Código Tributario establece que la regulación tributaria procede solamente hasta “antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas” delictivas. Como única excepción tenemos que en la Vigésima Disposición final del Código Tributario se admitió excepcionalmente hasta antes del 30 de junio 1999 una regularización tributaria a las personas que se encontraban sujetas a fiscalización por el órgano administrador del tributo o investigación fiscal a cargo del Ministerio Público, e incluso a las personas que se encontraban incurso en procesos penales por delito tributario, en los cuales no se hubiese formulado acusación por parte del Fiscal Superior.

Por investigación no debe entenderse la formalización de una investigación preparatoria, sino que bastará con el inicio de una investigación preliminar (V Pleno Jurisdiccional Penal, 2009; Caro Coria, 2012). En cuanto a la fiscalización tributaria, no es necesario que se haga una acotación específica sobre el tributo defraudado, sino que basta que esté referido al periodo en el que el ilícito tributario penal se cometió (Caro Coria, 2012; son de otro parecer Santistevan de Noriega, 2003; Urquizo, 2015). Como puede verse, se sigue la idea de que la regularización tributaria ya no es posible si el responsable del delito conoce, o puede conocer, que su hecho ha sido descubierto o puede contar con ello (Kratzsch, 1983). La normativa tributaria intenta, de alguna manera, objetivar la espontaneidad de la regularización tributaria, pues no interesan los motivos internos que llevaron al

interviniente a pagar la deuda tributaria, sino el momento hasta el cual es posible considerar a la regularización como espontánea.

La determinación del momento a partir del cual ya no es posible una regularización tributaria plantea la cuestión de si desde ese momento se cierra definitivamente la posibilidad de regularizar la deuda tributaria. Si bien la regulación legal no dice nada sobre una reavivación de la posibilidad de realizar una regularización tributaria, resulta absolutamente razonable entender que, si luego la investigación fiscal se archiva o el órgano administrador del tributo no determina ninguna deuda tributaria impaga, la posibilidad de una regularización tributaria vuelva a admitirse, más aún si se ha pasado con éxito el momento más crítico y no existen mayores razones para confesar el delito. En la jurisprudencia española se considera incluso posible la regularización, si la investigación administrativa se ha suspendido o caducado (Merino Jara & Serrano González, 2004). En este orden de ideas, consideramos perfectamente posible que opere una regularización fiscal exoneratoria de responsabilidad penal cuando la investigación fiscal o la fiscalización administrativa concluyan sin haber determinado ninguna irregularidad de los obligados tributarios.

## 5. Efectos

El artículo 189° del Código Tributario establece que la regularización tributaria hace improcedente el ejercicio de la acción penal por el delito tributario cometido. Si bien la regulación positiva se refiere más al aspecto procesal que al material, la improcedencia del ejercicio de la acción penal se sustenta, tal como ya lo hemos indicado en las secciones precedentes, en la falta de punibilidad de la conducta. Al tratarse de una causa objetiva de exclusión de la punibilidad, no podrá iniciarse un proceso penal por el delito tributario cuyo tributo defraudado ha sido pagado íntegramente por el autor o partícipe del delito. Y si se inició incorrectamente un proceso penal, pese a la existencia de una oportuna regularización tributaria, éste deberá sobreseerse una vez que se demuestre la referida regularización.

Un efecto de la regularización tributaria expresamente indicado en la normativa tributaria es que dicha causa de exclusión de la pena alcanza igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización (igualmente, en la regulación penal española, Bacigalupo & Bajo Fernández, 2001; Sánchez-Ostiz, 2002). Esta extensión del efecto exoneratorio no debe entenderse como una decisión legislativa generosa, sino que es una condición necesaria para el efecto incentivador de la regularización tributaria (Iglesias, 2003). Si el pago del íntegro de la deuda tributaria dejase una responsabilidad penal residual por delitos contables o por delitos de falsificación de documentos, el autor o partícipe del delito tributario difícilmente procederá a autodenunciarse, pues puede que al final su conducta reparadora no les reporte ningún beneficio en cuanto a la pena que se les podría imponer.



## REFERENCIAS

- Abanto, M. (2000). *Derecho penal económico, Parte Especial*. Lima: Idemsa.
- Bacigalupo, S., & Bajo Fernández, M. (2001). *Delitos tributarios y previsionales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Blumers, W. (1985). *Zur Auslegung des 371 AO am Beispiel Tatentdeckung*.
- Brauns, U. (1985). *Materiell-strafrechtliche Wertaspekte der Selbstanzeige*.
- Breyer, J. (1999). *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*. Berlin: Verlag A. Spitz.
- Caro Coria, C. (2012). Reciente modificaciones a los delitos tributarios y aduaneros. *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37, 13 - 20.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho Penal, Parte General*. Montevideo: BdeF.
- D.L. N° 813, 1996. (19 de abril, 1996). *Ley Penal Tributaria*.
- Frees, C.-P. (1991). *Die steuerrechtliche Selbstanzeige. Zur kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit des § 371 AO*. Frankfurt: Peter Lang.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Ideas.
- García Caveró, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte Especial*. (1° ed., tomo II). Lima: Instituto Pacífico.
- Grötsch, A. (2003). *Persönliche Reichweite der Sperrwirkung im Rahmen des § 371 Abs. 2 AO unter besonderer Berücksichtigung von Personen- und Kapitalgesellschaften*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- Hoffmann, H. (1998). *Die Ausschlussstatbestände der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung*. Berlin: Verlag A. Spitz.
- Hunsmann, D. (2006). *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370a S. 3 AO*. Baden-Baden: Nomos.
- Iglesias, M. (2003). *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Joecks, W. (2005). *En Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*. München: CH-Beck.
- Kopacek, W. (1967). *Strafbefreiende Selbstanzeige bei Steuerdelikten*. Berlin: Erich Schmidt Verlag.
- Kratzsch, D. (1983). Die Schwierigkeiten im Umgang mit der Selbstanzeige. En Kohlmann, *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht* (págs. 283 - 306). Köln: Otto Schmidt.
- Kummer, W. (2004). Steuerstrafrecht. En Wabnitz, & Janovsky, *HbWiStR* (pág. Cap. 18). München: CH-Beck.
- Löffler, C. (1992). *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige*. Baden-Baden: Nomos.
- Lütt, H.-J. (1988). *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*. Frankfurt: Metzner.
- Martinez-Bujan, C. (1998). El delito de defraudación tributaria. *Revista Penal*, 55 - 66.
- Merino Jara, I., & Serrano González, J. (2004). *El delito fiscal*. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas.
- Montiel, J. (2011). *Analogía favorable al reo. Fundamento y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. Bogotá: Ibañez.

- Mösbauer, H. (2000). *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht*. München: Oldenbourg.
- Ramírez, C. (2009). La regularización tributaria como excusa absolutoria establecida en el 189 del Código Tributario. *Revista Peruanas de Derecho de la Empresa*(67), 262 - 274.
- Reaño, J. (2003). Límites a la atribución de responsabilidad por delitos tributarios cometidos en el ámbito empresarial. *Ius et veritas*(26), 293 - 308.
- Reátegui, J. (2012). El delito de defraudación tributaria. Aspectos sustantivos y procesales. En J. Reátegui, & L. Calderón, *Delitos tributarios y aduaneros* (págs. 9 - 82). Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez, L. (2007). Interpretaciones contra opulentibus en los delitos tributarios. En Bueno Arús, Guzman Dálbora, & Serrano Maíllo, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* (págs. 1033 - 1037). Madrid: Dykinson.
- Roxin, C. (1997). *Strafrecht*. München: CH-Beck.
- Sánchez-Ostiz, P. (2002). *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*. Navarra: Aranzadi.
- Sanchez-Ostiz, P. (2011). Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal. En Urquizo, Abanto, & Salazar, *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal, en Homenaje a Klaus Tiedemann* (págs. 675 - 691). Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porras.
- Santistevan de Noriega, J. (2003). Regularización tributaria. *Actualidad Jurídica*(115), 9 - 20.
- Silva, J. (2000). Sobre la relevancia jurídico.penal de los actos de "reparación". En J. Silva, *Estudios de Derecho penal* (págs. 213 - 231). Lima: Grijley.
- Urquizo, J. (2015). El delito de defraudación tributaria y la regularización tributaria. *Gaceta Penal & Procesal Penal*(68), 123 - 134.
- V Pleno Jurisdiccional Penal. (2009). *Acuerdo Plenario N° 02-2009/CJ-116*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima.
- Villavicencio, F. (2014). La regulación tributaria como exención de la responsabilidad penal tributaria. En M. Zavaleta, F. Iannacone, & J. Tello, *Investigaciones tributarias y de política fiscal: Libro Homenaje al Profesor Rubén Sanabria Ortiz, Centro de Estudios Tributarios* (págs. 1011 - 1017). Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres.

## ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DEL ROL DEL PODER POLÍTICO EN LA GRAN CORRUPCIÓN

*Erick Guimaray<sup>1</sup>*

### **Introducción**

La respuesta penal a la corrupción pública solamente explica una parcela del problema, es decir, no todas las manifestaciones de la corrupción son criminalizadas, tampoco sus causas y, por ende, el Derecho Penal no puede monopolizar la reacción jurídica ante el fenómeno (Musco, 2002; Balbi, 2003). En el control o prevención de la corrupción, la sanción penal tiene un papel más bien residual o secundario, pues actúa en un momento posterior al hecho (Acale Sánchez, 2017). Sin embargo, la disección del fenómeno quizá podría redundar positivamente en la eficiencia de la persecución penal de la corrupción pública y de sus distintas manifestaciones.

Así, partiendo de la importancia que conlleva la descripción del objeto de regulación (Donini, 2004), y de entre las distintas aristas que componen el problema de la corrupción pública (De la Cuesta Arzamendi, 2018), en las siguientes líneas se realiza una aproximación criminológica, e introductoria, a dos manifestaciones fundamentales de la corrupción pública, a saber, la gran corrupción y la corrupción política. Luego, en correspondencia directa con tales manifestaciones, se hace referencia a algunas medidas de prevención de la corrupción pública.

Sin dejar de apuntar que la gran corrupción también se afina en la delincuencia económica, a continuación, se expone el papel del poder político en la instrumentalización delictiva del más alto poder público, algo que implica repasar su naturaleza discrecional y las ventajas que otorga en un supuesto de gran corrupción. Como lógica consecuencia de este derrotero, también se describe una manifestación criminal específica entre el poder político y la función pública, esto es, la corrupción política.

Y advertidos algunos de los principales componentes del problema, se repasa ciertas medidas de prevención de la corrupción pública relacionadas, precisamente, con la ilegítima relación que pueden entablar el poder político, el ejercicio del más alto rango de la función pública y el sector económico. Finalmente, con este texto se pretende concurrir, mínimamente, en el amplio y justificado reconocimiento, profesional y personal, al profesor Felipe Villavicencio.

---

1 Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal y Criminología de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



## 1. Corrupción Pública

Los códigos penales no suelen fijar un concepto de corrupción pública (Acale Sánchez, 2017, pág. 21; Betancor, 2017, pág. 49; Terradillos Basoco, 2017, págs. 6 - 8). Y no lo hacen, en general, respecto de las figuras jurídicas que regulan, pues la vigencia del principio de ultima ratio en Derecho Penal implica, además de los límites que le impone, que otras ramas del Derecho ya se ocuparon de aquello; sucede esto, por ejemplo, con el propio concepto de Administración Pública (Meini, 2014, pág. 31).

La doctrina tampoco ha zanjado el debate relacionado al concepto de corrupción pública (Quintero Olivares, 2018; Razzante, 2015; De la Mata Barranco, 2016); es más, Donini advierte de cómo el penalista solamente cree en una clase política, la que subyace en sus diseños teóricos; no se trata, entonces, de la política real del sistema, sino de su embellecimiento salvo que el legislador haya acogido efectivamente sus diseños (2004, pág. 77). No obstante, la vinculación entre la corrupción y los delitos contra la Administración pública es un lugar común en la reflexión académica; aunque esto no implique una correspondencia absoluta entre ambos componentes (Orts Berenguer, 2008, pág. 665).

Contar con un concepto restrictivo de corrupción pública no tiene por qué ser positivo per se, además de lo improductivo que es renunciar a la valía del estudio desde distintos saberes (Klitgaard, 1988; Cervini, 2011; Berdugo Gómez de la Torre, 2015) porque no es aconsejable político y criminalmente. Es decir, mientras el concepto sea más amplio, su tolerancia por parte de las instituciones públicas debería ser menor (Terradillos Basoco, 2017, pág. 9; Acale Sánchez, 2017, págs. 22 - 26).

Por el contrario, la amplitud del concepto de corrupción redunda positivamente en el proceso de subsunción penal y en el sistema penal, por ejemplo, en la organización y preparación de los operadores jurídicos en los subsistemas judiciales, que existen para especializar la carga procesal en términos cuantitativos y cualitativos (Aller, 2012, pág. 13; Cingari, 2011, pág. 35). Así, parece más razonable mantener el foco de atención sobre la descripción, desarrollo, sofisticación y principales consecuencias del fenómeno de la corrupción pública. Y es que este seguimiento del fenómeno produce más razones para alegar la importancia de su control y sanción, en comparación a las que reivindican, a veces de forma perniciosa por sus intereses subrepticios (Terradillos Basoco, 2017), su reducida aplicación.

En términos criminológicos, la corrupción pública podría ser definida como el ilícito aprovechamiento o abuso del poder público en beneficio privado, personal o propio (Ferrajoli, 1996, pág. 18; Terradillos Basoco, 2015, pág. 11; Racca & Ponzio, 2016, págs. 109 - 110). Se trata de una conceptualización con un claro componente normativo, y, por ende, valorativo; es decir, solamente existe corrupción en la medida de una contraposición a un catálogo de reglas desatendidas o trasgredidas (Betancor, 2017, pág. 42; Malem Seña, 2000, pág. 172; Rabotnikof, 1999, pág. 31). Y a partir de esta premisa es posible advertir, entre otras, las siguientes cuestiones.



En primer lugar, parte de la complejidad en la persecución penal de la corrupción pública supone implementar en el análisis del caso concreto, cuantas normas existen en un concreto ámbito de la función pública (de orden administrativo o civil), que sirvan para explicar la imputación de responsabilidad penal. En segundo lugar, la definición de la corrupción pública reconduce la atención hacia las bases jurídicas de la institución en la que se manifiesta, esto es, la Administración pública. Y en este sentido, podría decirse que la consecuencia más importante de la corrupción es de orden social y democrático (Asua Batarrita, 1997, pág. 19; Berdugo Gómez de la Torre, 2012, pág. 184; Burneo Labrín, 2009, pág. 337). Es decir, si la representatividad institucional de la sociedad se basa en sus autoridades (Palombella, 2000, pág. 13; Doig & Riley, 2001, pág. 118; Bustos, 2012, pág. 60), un acto de corrupción pública trastoca dicha configuración normativa porque representa el sentido inverso de las cosas: el poder público está al servicio de su propio gestor, no de sus legítimos titulares. En tercer lugar y último lugar, si el poder público es el instrumento del beneficio ilícito (Acale Sánchez, 2018, pág. 179; Boehm & Graf Lambsdorff, 2000, pág. 58), la mayor cota de dicho poder, que se corresponde con los estamentos más altos de las administraciones públicas, implica mejores condiciones para el beneficio ilegal (Terradillos Basoco, 2017, pág. 5).

En consecuencia, el poder público puede convertirse en una preciada mercancía en la competencia del mercado de los negocios ilícitos (Betancor, 2017, pág. 37); por ejemplo, cuando una empresa logra una autorización a través de un cohecho, que en principio estaba terminantemente prohibida (corrupción urbanística), claramente logra una ventaja considerable, porque la licencia tiene un valor como activo de la empresa (Cugat Mauri, 2013, pág. 482) sobre sus demás competidoras del rubro (Jakobs, 2004, pág. 39).

## 2. Gran Corrupción

La gradualidad de la corrupción pública distingue los casos de simples conductas de personas aprovechadas que usan una determinada parcela del poder público en beneficio personal, de otros supuestos que cuentan con un marco sistemático y organizativo (Acale Sánchez, 2017, pág. 8; Cigüela Sola, 2016, pág. 4; Hava García, 2016, pág. 67; Perez Cepeda & Benito Sánchez, 2012, pág. 20), que envuelve al poder político o administrativo (Cingari, 2011, pág. 79) y al poder económico del ámbito empresarial. Es importante resaltar la importancia del contexto económico y político en que se cuecen las decisiones del sector público (Castañeda Rodríguez, 2016, pág. 104).

Este nuevo *establishment* de la corrupción pública, vinculada a la criminalidad de cuello blanco (Acale Sánchez, 2016, pág. 227; Berdugo Gómez de la Torre, 2015, pág. 233; Terradillos Basoco, 1995, pág. 12), no prescinde de la identidad del socio estratégico, es decir, no abre la oferta de negocio a cualquier concurrente, sino que construye sus reglas de juego en base a espacios exclusivos, o *elite corruption* según Heinrich (2017, pág. 327), y poco transparentes, con actores identificados y seleccionados con especial precisión, en virtud de su mayor poder económico y público.

El objetivo de tantas condiciones no es otro que el organizar y garantizar la eficiencia del crimen, esto es, lograr impunidad, alta rentabilidad, capacidad de pago y de cumplimiento del acuerdo corrupto, etc. (Boehm & Graf Lambsdorff, 2000, págs. 47 - 50). Por otro lado, en contraposición a estas condiciones y a menor escala, en la que podríamos denominar baja corrupción pública se “democratizan” las reglas de participación, de forma tal que se incentiva el involucramiento de un mayor número de interesados, pues la operación que se despliega es menos elaborada (Alcaide Zugaza, 2004, pág. 126). También existiría una diferencia sustancial entre la llamada corrupción organizada y la sistemática; la primera reconoce un centro de poder (partido político, principalmente), mientras la segunda no actúa de modo planificado necesariamente (Pignatore, 2018, pág. 4).

Así las cosas, el fulcro de la gran corrupción está compuesto por el poder público y el poder económico, enlazados, como dice Acale Sánchez, por una vis atractiva cruzada, donde quien tiene el poder público quiere el dinero, y viceversa (2017, pág. 7; Carmona, 2002, pág. 167; Razzante, 2015, pág. 2). Y el terreno que forman estas apetencias se acota con la impunidad y la alta rentabilidad del hecho.

Señaladamente, la ubicación en el vértice más alto de la entidad pública, o de la privada, supone mejores condiciones para crear estrategias sofisticadas de impunidad; por ejemplo, pactos patrimoniales no demostrables (Pignatore, 2018, pág. 6; Sancinetti, 1986, pág. 878), marcos legales ad hoc de actuación (Zuñiga Rodríguez, 2012, pág. 32) capaces de evitar los controles o anularlos (Cingari, 2012, pág. 87; De la Cuesta Arzamendi, 2003, pág. 7; Hava García, 2016, pág. 67), la propia corrupción judicial (González de Asís, 2001a, pág. 93; Schultz, 2009, págs. 1 - 4) y la relacionada con la omisión deliberada de funcionarios públicos respecto del deber de perseguir delitos (Terradillos Basoco, 2017, pág. 9). De aquí la tan actual, como controvertida, valía de las delaciones premiadas (Cingari, 2011, pág. 19; Palazzo, 2011, págs. 110 - 111; Ragués, 2006, pág. 7).

El otro hito que delimita el terreno de la gran corrupción es la alta rentabilidad económica de sus operaciones. Esta se explica a partir del poder de disposición jurídica sobre los recursos públicos (poder público) y del poder económico del sector privado dispuesto a capturar dicho poder. El objetivo de la alta rentabilidad requiere que las partes involucradas intenten mantenerse en la más idónea ubicación de acceso continuado a grandes e importantes operaciones económicas a cargo de la Administración pública, pues así ellas aseguran las condiciones para alcanzar acuerdos ilegales que maximicen sus pretensiones ilícitas (Hellman, Jones, & Kaufmann, 2011, pág. 45; Marine, 2006, pág. 215).

Cabe señalar que no obstante su complejidad y gravedad, un hecho de gran corrupción no refleja, necesariamente, una Administración pública maniatada in totum por intereses privados, políticos o económicos, y ajena a la legalidad. Esta situación es denominada por un sector de la doctrina como “hipercorrupción”, (Rabotnikof, 1999, págs. 37 - 38). Un ejemplo de dicho marbete podría ser la red de corrupción que se gestó desde las más altas esferas del Estado peruano y que se extendió hacia sus principales instituciones en la década de los 90, (Medina & Zorrilla, J., 2001, págs. 68 - 71). Esta deja al descubierto que no se trata de una

crisis del sistema, sino que, en algunas ocasiones, es el propio sistema de la Administración pública un escenario de prebendas y compromisos ilícitos, donde se ha normalizado en importante medida el propósito de beneficiarse ilegalmente de la cosa pública (il mercimonio de la función pública) (Cingari, 2012, pág. 82).

De lo dicho, la disección de la gran corrupción muestra que se compone de hebras que entrelazan el poder público y el poder económico de más alto nivel, y que esta situación supone un importante reto, teórico y práctico, de prueba y enjuiciamiento, de allí que “incidir en la persecución de la corrupción es más beneficioso que posteriormente intentar descubrir los hilos que tejen estas redes criminales” (Acale Sánchez, 2007, pág. 30). Sin embargo, otra razón para no perder de vista a este problema son sus consecuencias. Las consecuencias de la corrupción alto *standing* son más graves que las de baja escala (Forti, 2007, págs. 65 - 66), pues interfieren mayores cuotas de poder público y mayores son los ilícitos intereses particulares que dismantelen la gestión pública para confeccionarla a la medida de sus propias apetencias (Sánchez Carcía de Paz, 2008, pág. 457).

Los casos de gran corrupción son capaces de distorsionar la eficiencia en la asignación de los recursos públicos (Blackburn, Bose, & Haque, 2003, pág. 18; Boehm & Graf Lambsdorff, 2000, pág. 59; Gupta, Davoodi, & Alonso-Terme, 2002, pág. 23), postergando los fines prestacionales del Estado a cambio del enriquecimiento fulgurante de sus protagonistas (Cingari, 2012, págs. 79 - 81), como de su impunidad al amparo del omnipresente aparato administrativo del Estado (Terradillos Basoco, 2017, pág. 4). En consecuencia, se amenaza la estabilidad de la sociedad, el desarrollo de la política, de la economía y de los valores democráticos (Amisano Tesi, 2011, pág. 8). La paradoja del beneficio ilegal de algunos a costa del bienestar de la mayoría explica, también, el perjuicio socioeconómico sobre la población más vulnerable, esto es, ver truncadas sus legítimas pretensiones ante una parcial e ilegal administración de la cosa pública (Berdugo Gómez de la Torre, 2015, pág. 232; De la Cuesta Arzamendi, 2018, pág. 830; Pena López & Sánchez Santos, 2009, pág. 205). Para decirlo con otros términos, la gran corrupción, que es cuantitativamente más lesiva que la baja corrupción pública y que genera espacios óptimos para la expansión de la llamada delincuencia “tradicional” (Amisano Tesi, 2011, págs. 6 - 8), altera la democrática distribución de los recursos, trastoca las condiciones de igualdad social y asienta la desigualdad económica (Alcaide Zugaza, 2004, pág. 131; Cingari, 2011, pág. 18; Virgolini, 2004, pág. 261).

En este mismo orden de ideas, debe señalarse que una parte de la alta idoneidad lesiva de la gran corrupción tiene que ver con su interacción con otras categorías delictivas (por ejemplo las actividades financieras puestas en marcha para ocultar las ilícitas ganancias), que funcionan como aditamentos, al extremo de superponerse en la realización del concreto hecho típico haciendo más compleja la tarea de prevención, control y juzgamiento (Kupatadze, 2015, pág. 199). Sin embargo, el hecho de que la corrupción pública pueda desenvolverse en el marco de distintas tipicidades (Quintero Olivares, 2018, pág. 246), o inclusive repotenciarlas, no debería significar, a su vez, la desnaturalización de sus sendos contenidos. Es decir, la concomitancia entre la criminalidad económica y la corrupción públi-

ca (relacionada con los delitos contra la Administración pública) no puede desvirtuar los diferentes objetos de protección penal en ambas formas de delincuencia; pero sí justificar la exigencia del uso de criterios de imputación de responsabilidad penal más propicios, atendiendo a la complejidad del fenómeno.

Por lo demás, debe señalarse que la gran corrupción solamente es concebible en el ámbito público, pues, aunque es notoria la sinergia que forma con la delincuencia económica (Terradillos Basoco, 2015, pág. 12), el núcleo del concepto radica en la instrumentalización del poder público. Así, contando únicamente con la corrupción privada no podría hablarse de gran corrupción, desde que su complejidad y efectos, por muy grande que sea la trama, estarían constreñidos a un específico ámbito mercantil, dejando de lado a la más importante institución jurídica capaz de repercutir sobre los intereses más generales de la sociedad, esto es, a la propia Administración pública.

### **3. El Poder Político en la Gran Corrupción**

El poder político puede ser puesto al servicio de más de un sector del crimen, sea a efectos de lograr acuerdos ventajosos o de obstaculizar investigaciones judiciales o policiales, pero la corrupción pública es su principal escenario de actuación (Meini, 2018, pág. 152). El andamiaje de la gran corrupción se edifica, junto al poder económico, principalmente sobre la base del poder político (Misse, 2013, págs. 21 - 23), pues esta manifestación de Derecho, según Habermas & Ratzinger “de modo que no queda ningún aspecto del poder político que no esté traspasado en su totalidad por el derecho” (2008, pág. 14), abarca una serie de atribuciones sobre el funcionamiento de la Administración pública.

Política y poder público son conceptos que se relacionan necesariamente; lo político es todo aquello que pretende el poder público, sea para sostenerse en él o para alcanzarlo (Rios Elizondo, 1975, pág. 50), y la política tiene que ver con el poder público (Rodríguez Fontenla, 2017, pág. 14). Este último le pertenece al Estado, y se manifiesta en lo judicial, lo ejecutivo, lo legislativo, y en todas las formas de organización gubernamental que interactúan con ellos (De Toledo y Ubieto, 2008, pág. 1014). Sin embargo, no puede olvidarse que el poder público también puede alcanzarse por medios distintos a la dinámica del sistema político. El poder político ejerce o implica poder público (pero no viceversa) y está en capacidad de decidir la administración y disposición jurídica de intereses, bienes, servicios o recursos con los que cuenta el Estado para, principalmente, la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad. Y si el enriquecimiento ilícito es un objetivo fundamental en los casos de gran corrupción (Magadán Díaz & Rivas García, 1990, pág. 20) lo que implica el poder político resulta ser un componente imprescindible para dicho afán (Joan, 1974, págs. 44 - 48; Zarzalejos, 1995, pág. 14).

A mayor detalle, el poder político se manifiesta, usualmente de manera discrecional, en decisiones globales y directas sobre la Administración pública (Dimock, 1980, pág. 114; Paradiso, 2013, pág. 23) y a partir de esta realidad pueden surgir oportunidades idóneas para que el portador del poder político se comporte de forma corrupta. La naturaleza discrecional de la decisión política sirve,

especialmente cuando se ejecuta de modo delictivo, para evadir rigurosos controles, pues normalmente la inexistencia de pautas específicas sobre la ejecución de determinada acción concede pocos espacios para la auditoría. Es más, el mal uso del poder político puede pasar desapercibido como delito y ser visto, simplemente, como una muestra más de la minusvalorada ética de los políticos (Cervini, 2011, pág. 7; Rabotnikof, 1999, pág. 28; Zimmermann, 2018, pág. 139).

Por otro lado, este tipo de poder no suele ser instrumentalizado en la etapa de ejecución material del delito; allí son los mandos intermedios e inferiores del aparato burocrático los que intervienen, y lo hacen sobre la base de criterios funcionariales más objetivos (por ejemplo, reglamentos, manuales de operaciones y funciones, etc.) que la decisión política, lo cual los convierte en objetivos más asequibles a la imputación penal. Es más, el ápice político del Estado cuenta con recursos que juegan a su favor en caso de que prospere en su contra alguna imputación penal, como, por ejemplo, el aforamiento (Terradillos, 2017, p. 18). Y en última instancia, el poder político corrupto que concibe la justicia eficiente como una grave amenaza, normalmente está en capacidad de mermarla o sabotearla (Garzón Valdés, 2004, págs. 12 - 18). Siendo esto así, el poder político puede convertirse en un ventajoso bien en el mercado del crimen y, en consecuencia, son lógicos los lazos clientelistas que se tienden con los interesados en capturarlo (Peces Barba, 1995, pág. 21), pues el alto costo que supone capturar la decisión política implica elevar considerablemente las posibilidades de éxito del plan criminal y con ello, considerando el objetivo del enriquecimiento ilícito de la gran corrupción, esta estrategia resulta ser útil y rentable (Boniolo, 2010, pág. 385; Doig & Riley, 2001, pág. 123).

### 3.1 Apuntes Sobre la Corrupción Política

La corrupción política sintetiza la ilícita relación que forman, en algunos casos, los partidos políticos, las empresas y la Administración pública (Moran, 2011, págs. 40 - 43; Pinelli, 1994, pág. 55; Terradillos Basoco, 2017, págs. 2 - 3; Wei, 2001, pág. 84). Si el proceso democrático legitima el poder por vía del respeto a la legalidad (Habermas & Ratzinger, 2008, pág. 15), la corrupción política es una forma de deslegitimar el sistema democrático (Acale Sánchez, 2015, pág. 11), pues con ella el imperio de ley sucumbe ante la efectividad del tráfico de influencias, de los sobornos, de las negociaciones incompatibles, etc.; de forma tal que la confianza intragrupos propia de un sistema de redes extraoficiales de privilegios (un partido político, por ejemplo), relega el bienestar general de la sociedad, y desbarata la confianza en las decisiones de los gobernantes (Laso, 2010, págs. 106 - 108; Pena López & Sánchez Santos, 2009, pág. 200).

Contando con el descrédito que ocasiona sobre la propia clase política (Amisano Tesi, 2011, pág. 9), quebradas las reglas y la confianza en el sistema democrático (López Portas, 2018, pág. 194), puede afirmarse que la corrupción política obstaculiza el ejercicio de derechos fundamentales, a la par de su incidencia negativa en la eficiencia de las instituciones públicas, cuyo resultado final es el engrosamiento de la brecha de las desigualdades sociales (Ferrajoli, 1996; Klitgaard,

1988). Por otro lado, además del beneficio económico, en este tipo de corrupción el objetivo es la adquisición de mayor poder político (Philp, 2002, pág. 32), en cuya virtud pueda lograrse, de modo directo o indirecto, mayor capacidad de disposición de recursos públicos. Luego, el *modus operandi* de la corrupción política se caracteriza por el secretismo de sus intereses ilegales (Nieva Fenoll, 2013, pág. 10; Terradillos Basoco, 2017, pág. 4), los cuales, camuflados en la naturaleza discrecional del ejercicio del poder político, se plasman en decisiones públicas infructuosamente controladas.

Desde un punto de vista específica, el abuso o aprovechamiento del poder público basado en cuestiones partidistas produce un deficiente ejercicio de las facultades controladoras del poder político (la cohesión partidaria puede blindar a sus allegados y evitar el levantamiento de su inmunidad) (Pinelli, 1994, pág. 61), o hace lo propio sobre la eficiencia de la Administración pública, cuando en virtud del “carné del partido” se decida o seleccione desde ámbitos distintos a la idoneidad para el cargo (Terradillos Basoco, 2017, pág. 12). De hecho, las instituciones públicas más eficientes suelen ser las menos politizadas (González de Asís, 2001b, pág. 159). Entonces, la impronta del poder político delictivamente ejercido, principalmente por quienes actúan guiados por ilegales intereses partidistas, en la descripción de la gran corrupción puede advertirse desde distintos flancos. Señaladamente, la red de intereses contrapuestos y lesivos para el bienestar común que el partidismo puede sembrar en la labor de funcionarios públicos, la búsqueda de poder político como leitmotiv del ejercicio del poder público, la desacreditación del sistema político como consecuencia inmediata de su instrumentalización espuria (Amisano Tesi, 2011, pág. 9) o el ámbito de los partidos políticos como caldo de cultivo de transacciones ilegales con la empresa privada y teledirigidas a captar el poder político (Hellman, Jones, & Kaufmann, 2011, págs. 39 - 40).

Así las cosas, parece ser que más que un constreñimiento de la política, lo que realmente existe en el ámbito criminal de la corrupción es su participación activa y decisoria, con lo cual, no puede ser abordada por la política criminal, sino, como un real factor de riesgo.

En definitiva, la corrupción política es una expresión de la corrupción pública, que se distingue de esta porque allí intervienen personas que acceden al poder público a través de elecciones o designaciones de índole política, de la mano de partidos políticos o bajo su directa influencia (De la Mata Barranco, 2016, pág. 150). En consecuencia, la innegable valía social de las agrupaciones políticas (Constitución Política del Perú, 1993), pues en la historia del desarrollo de las sociedades modernas estas han impulsado la vida del Estado (Del Perojo, 1875, pág. 170), podría verse ensombrecida con causa en las decisiones delictivas que se gestan en su seno, las mismas que, a veces, son capaces de ocasionar repercusiones tan trascendentales para la sociedad como el propio papel que dichas agrupaciones deberían desempeñar en aras de la participación social y el bienestar general. Y con causa en este riesgo, parece lógico dedicar mayor atención a la performance de las agrupaciones políticas, no únicamente durante las campañas electorales.



Por lo demás, cabe señalar que la vigencia del principio penal de ultima ratio no debe confundirse con el infortunio para la justicia que significaría la desjudicialización de los casos de corrupción política (Terradillos Basoco, 2017, pág. 11); lo cual no significa que el Derecho Penal deba interferir y condicionar el quehacer político (Bustos, 2012, págs. 68 - 71; Terradillos Basoco, 2019, pág. 61).

Otra cuestión que debe señalarse es que no toda la corrupción que se produce o desarrolla al interior de la Administración pública es, por fuerza, de naturaleza política (Villoria, 2014, pág. 163); como tampoco debe considerarse a un hecho como de corrupción política por la sola intervención de un personaje político (De la Mata Barranco, 2016, pág. 3). La corrupción política implica la intervención delictiva de un sujeto debido a un cargo político, o a su vinculación a un partido político; vale decir, la instrumentalización ilegal de la función pública ejercida en virtud de las reglas democráticas de representatividad directa (a través del voto popular) o indirecta (nombramientos o designaciones en cargos de confianza).

Así, los casos de corrupción que involucren a personas que hayan accedido al poder público a través de cauces distintos a los políticos, en principio, no definen la categoría criminológica de la corrupción política, aunque nada obstaculiza a que este tipo de funcionarios puedan adherirse a ese tipo de corrupción.

### 3.2. Algunas Medidas de Prevención

Del funcionamiento de la corrupción política se infieren algunas medidas de prevención, no únicamente monopolizadas por el sistema penal, pero sí dirigidas a reducir espacios criminógenos (Cingari, 2012, pág. 88). Sobre este punto, debe comenzarse, porque es el más importante, por el involucramiento, participación y control de los propios ciudadanos en la gestión de la cosa pública, cuestión que redunda, además, en la creación de espacios cada vez más transparentes en la Administración (Merloni, 2013, pág. 16).

Respecto a quienes portan poder político, la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de sus competencias podría alcanzarse, por fuerza de su naturaleza, con la desvinculación de presiones políticas en su elección y en el desempeño de funciones (Sánchez Morón, 2018, pág. 75). Propósito que pasa, principalmente, por atender la financiación de las campañas electorales y, con relación al efectivo ejercicio del cargo público, por la regulación del lobby o gestión de intereses (Petrillo, 2018, págs. 194 - 204). Estas medidas deberían ir acompañadas de la constante renovación de los cargos políticos o alternancia política (Acale Sánchez, 2017, pág. 12).

Luego, retomando un factor de riesgo de la corrupción política, y en términos generales, la reducción de discrecionalidad en la decisión política se yergue como una medida idónea de prevención: "corruption = monopoly + discretion - accountability" (Klitgaard, 1988, pág. 75). No obstante, también resulta importante recuperar espacios de control y supervisión sobre el ámbito de las decisiones políticas discrecionales, pues, a fin de cuentas, cualquier medida política adoptada debe responder a normas o mandatos de optimización, que en el caso concreto de la función pública tiene que ver con la finalidad prestacional de la Administración; así, el ejercicio de discrecionalidad realmente significa un espacio de responsabilidad del funcionario público (Lifante, 2012, págs. 139 - 144).

Del mismo lado, otro asunto de vital importancia es el referido a las llamadas puertas giratorias (*revolving doors*), esto es (con un auge destacable en momentos de privatización de las empresas estatales), alguien que ejerció un importante cargo público, luego hace lo propio en el ámbito privado (o viceversa), contando con el beneficio ilícito de sus contactos personales y el manejo de cierta información privilegiada (Cabello Mohedano, 1992, pág. 62). Sin embargo, no parece justo axiomatizar como torticero el desplazamiento laboral de las personas o las influencias políticas de quien ejerce un cargo público. Sobre esto último, porque sería contradictorio juzgar por político a quien hace política. Y sobre lo primero, porque en lo que respecta al Derecho Penal rige el principio de responsabilidad de hecho, es decir, el momento en el que el ordenamiento penal debe entrar en escena es el resultado de un conflicto que da por vencedor al interés particular del portador del poder público, y por perdedor, al interés de la Administración pública (Mattarella, 2011, págs. 64 - 65). Sin embargo, el momento de intervención del Derecho Penal no descarta o desplaza a un segundo plano la importancia de los controles administrativos sobre la materia. En el mismo sentido, otra medida aconsejable es la separación inmediata del funcionario público involucrado en hechos de corrupción pública, siempre que se cuente con indicios suficientes que lo vinculen con el caso; pues parece lógico esperar que su permanencia en la función pública pueda obstaculizar las investigaciones, principalmente respecto de la actividad probatoria (Acale Sánchez, 2017, pág. 9).

En cuanto a las sanciones, atendiendo al contenido normativo de la corrupción pública, la inhabilitación de quien decidió no ejercer las competencias de acuerdo con el encargo, sino de acuerdo con sus propios intereses (no reconocidos para dicha labor) parece lo más razonable y eficaz, pues podría decirse que un funcionario corrupto realmente es un “no funcionario” (Gardiner, 1993, pág. 23). Sin embargo, recurrir a la inhabilitación no puede sugerir la prescindencia de otras penas, tampoco de la autonomía del órgano que las aplique (Terradillos Basoco, 2017, pág. 22). Por lo demás, la pena de prisión puede producir el llamado efecto shock sobre los poderosos, y servir así, de modo indirecto, en la prevención del delito (Kuhlen, 2002, pág. 74). Del lado institucional, se requiere Códigos de Ética con capacidad suficiente para normar y regular la actuación de quienes ejercen funciones públicas.

Finalmente, el *compliance* en las entidades públicas puede desempeñar un rol fundamental en el control del ejercicio de la función pública, en la generación de buenas prácticas burocráticas y en el establecimiento de una cultura anticorrupción al interior del aparato público, desde sus más altas posiciones hasta las bases de su organización (Cingari, 2011, págs. 45 - 46; Marzuoli, 2011, pág. 6).

#### 4. Conclusiones

1. La diferencia entre un caso de corrupción pública y uno de gran corrupción es de naturaleza cuantitativa; es decir, ambos hechos comparten la razón que los constriñe a un concreto ámbito de ilicitud penal. En consecuencia, el análisis de la gran corrupción que aquí se propuso no desmerece la importancia de la lla-



mada corrupción de baja escala, pues solamente se trata de un supuesto menos elaborado que la corrupción de alto *standing*, pero que también produce graves consecuencias para una serie de intereses globales y constitutivos del desarrollo y del bienestar de la sociedad.

2. Las clasificaciones conceptuales que describen y diferencian, específicamente, ciertos ámbitos y formas de la corrupción pública (llámese corrupción política o gran corrupción), son aproximaciones criminológicas al conjunto de circunstancias y consecuencias que delinear un mismo problema. Y aunque la disección del fenómeno permite, *prima facie*, hacerle frente de la manera más eficiente posible, la tipicidad de un delito vinculado a la corrupción pública no se altera cualquiera sea la clasificación criminológica que mejor se ajuste a las características del supuesto (que puede albergar la comisión de más de un delito). Dicho de otro modo, en sentido estricto, la corrupción pública no es un delito, sino la descripción de elementos que acompañan a una concreta tipicidad.

3. Se mencionó que la gran corrupción se compone, fundamentalmente, del poder público, y que esta muestra especiales ribetes de idoneidad lesiva cuando se expresa en el poder político. Así, no solamente es destacable la ubicación de su portador en el vértice del aparato burocrático del Estado, sino que, además, el rol que desempeña el poder político tiene directa relación con los principales objetivos de un caso de gran corrupción: rentabilidad económica e impunidad.

4. La naturaleza jurídica de este factor criminológico supone, además, advertir que las principales consecuencias de la gran corrupción son de índole socioeconómica, por ende, en el balance general de sus perjuicios, será la población más vulnerable de la sociedad quienes sufran, en primera línea, su flagelo.

5. También a partir de la naturaleza del poder político es posible advertir algunas medidas de prevención del fenómeno, principalmente las referidas a limitar o controlar espacios de discrecionalidad y las basculaciones ilícitas entre el poder público y el privado. Sin embargo, en este menester, el Derecho Penal solamente podrá actuar cuando se haya puesto en peligro o lesionado algún bien jurídico; antes, las sanciones administrativas y el compromiso de la ciudadanía para hacer frente al problema se yerguen como cuestiones impostergables.



## REFERENCIAS

- Acale Sánchez, M. (2007). Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal del 15 de enero de 2007. *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*(38), 5 - 30.
- Acale Sánchez, M. (2015). La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal Español. En L. M. Puente Aba, *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española* (págs. 11 - 53). Milano: Università degli Studi di Milano.
- Acale Sánchez, M. (2016). El Derecho penal, corrupción pública y corrupción privada. En A. Medina Cuenca, *El Derecho Penal en tiempos de cambio. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (págs. 224 - 254). La Habana: UNIJURA.
- Acale Sánchez, M. (2017). Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción. En L. Puente Alva, & M. Fuentes Loureiro, *La proyección de la corrupción en el ámbito penal. Análisis de una realidad transversal* (págs. 3 - 40). Granada: Comares.
- Acale Sánchez, M. (2018). Corrupción, Derecho Penal y Prevención desde la realidad española. En A. Reis de Araujo, & M. Ferlin D'Ambroso, *Democracia e Neoliberalismo. O legado da Constituição de 1988 em tempos de crise* (págs. 175 - 191). Salvador: Editora Jus Podivm.
- Alcaide Zugaza, L. (2004). Corrupción: obtáculo al crecimiento y a la competitividad. *Revista Economía Exterior*(31), 125 - 132. Obtenido de [https://www.academia.edu/7815871/Corrupci%C3%B3n\\_obst%C3%A1culo\\_al\\_crecimiento\\_y\\_a\\_la\\_competitividad\\_-\\_Laura\\_Alcaide](https://www.academia.edu/7815871/Corrupci%C3%B3n_obst%C3%A1culo_al_crecimiento_y_a_la_competitividad_-_Laura_Alcaide)
- Aller, G. (2012). Derecho Penal Económico y Delitos de Poder. *Anuario de Derecho Penal Económico de la Empresa*(2), 9 - 20.
- Amisano Tesi, M. (2011). *Le tipologie della corruzione*. Torino: Giappichelli Editore.
- Asua Batarrita, A. (1997). La Tutela Penal del Correcto Funcionamiento de la Administración. Cuestiones Político Criminales, Criterios de Interpretación y Delimitación Respecto a la Potestad Disciplinaria. En A. Asua Batarrita, *Delitos Contra la Administración Pública* (págs. 13 - 57). Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Balbi, G. (2003). *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*. Napoli: Jovene.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2012). *Viejo y nuevo Derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2015). La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española. *Estudios de Deusto*, 63(1), 229 - 265.
- Betancor, A. (2017). Corrupción: conceptos, tipos, perjuicios, consecuencias, reacciones y autoridades. En A. Betancor, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho* (págs. 31 - 87). Madrid: Civitas.
- Blackburn, K., Bose, N., & Haque, E. (2003). The incidence and Persistence of Corruption on Economic Development. *Centre for Growth and Business*

- Cycle Research*(34), 1 - 25. Obtenido de <http://econpapers.repec.org/paper/mancgbcrp/34.htm>
- Boehm, F., & Graf Lambsdorff, J. (2000). Corrupción y Anticorrupción: una perspectiva neo-institucional. *Revista Economía Institucional*, 2(21), 45 - 72. Obtenido de <http://revistas.uexternado.edu.co/index/php/ecoins/article/view/368>
- Boniolo, P. (2010). La trama de corrupción: un estudio de la clase media y clase trabajadora de Buenos Aires. *Revista Mexicana de Sociología*, 73(3), 365 - 391. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v72n3/v73n3a1.pdf>
- Burneo Labrín, J. (2009). Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos. *Derecho PUCP*(63), 333 - 347. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200902.013>
- Bustos, R. (2012). Corrupción política y Derecho. En I. Berdugo Gómez de la Torre, & A. Bechara, , *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasilera* (págs. 57 - 72). Salamanca: Centro de Estudios Brasileños - Universidad de Salamanca.
- Cabello Mohedano, F. (1992). Tráfico de influencias en el nuevo capítulo XIII del Título VII del Código Penal. *Actas del 12º Curso de Verano San Roque*, 61 - 75.
- Carmona, A. (2002). *Premesse a un corso de Diritto Penale dell'Economia Mercato, regole e controllo penale nella postmodernita*. Milano: CEDAM.
- Castañeda Rodríguez, V. M. (2016). Una investigación sobre la corrupción pública y sus determinantes. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*(227), 103 - 136. Obtenido de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/53844>
- Cervini, R. (2011). Corrupción política y supervivencia del Estado Democrático Social de Derecho. *Instituto de Derecho Penal*(1), 1 - 10. Obtenido de <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/64/55>
- Cigüela Sola, J. (2016). El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción de la persona jurídica. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*(1), 1 - 28. Obtenido de <http://www.indret.com/pdf/1200.pdf>
- Cingari, F. (2011). Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. En F. Palazzo, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa* (págs. 79 - 98). Firenze: Firenze University Press.
- Cingari, F. (2012). La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma. *Diritto Penal Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 79 - 98. Obtenido de [http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Trim\\_1\\_2012-85-104.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_1_2012-85-104.pdf)
- Constitución Política del Perú. [Constitución] (1993). Perú.
- Cugat Mauri, M. (2013). Tráfico de Influencias. En F. J. Álvarez García, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia* (págs. 461 - 491). Valencia: Tirant lo Blanch.

- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2003). Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Eguzkilore*(17), 5 - 26. Obtenido de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2174325/Eguzkilore+17.4+CUESTA.pdf>
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2018). Un fenómeno complejo precisado dde una política criminal integral: la corrupción. En F. Morales Prats, J. Tamarit Sumalla, & R. García Alberto, *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares* (págs. 819 - 834). Navarra: Aranzadi.
- De la Mata Barranco, N. (2016). La lucha contra la corrupción política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1(18), 1 - 25. Obtenido de <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>
- De Toledo y Ubieto, E. O. (2008). Poderes públicos y corrupción (Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de corrupción). En F. Muñoz Conde, *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dr. María del Mar Diaz Pita* (págs. 1009 - 1032). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Del Perojo, J. (1875). *Ensayos sobre el movimiento intelectual en Alemania*. Madrid: Imprenta de Medina y Navarro.
- Dimock, M. (1980). ¿Qué es la administración pública? *Revista de Administración Pública*(44), 111 - 116. Obtenido de <https://revistas-colaboración.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administración-publica/issue/view/1127>
- Doig, A., & Riley, S. (2001). La corrupción y estrategias anticorrupción: algunas cuestiones y estudio de casos de países en vías de desarrollo. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*(21), 127 - 130.
- Donini, M. (2004). La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. *Revista penal*, 13, 67 - 84. Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12532>
- Ferrajoli, L. (1996). El Estado Constitucional de Derecho Hoy: EL Modelo y su Divergencia de la Realidad. En P. Andrés Ibáñez, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción* (págs. 15 - 29). Madrid: Tecnos.
- Forti, G. (2007). LA scoperta dei White collar crimes. En A. Alessandri, & et al, *Diritto Penale dell'Impresa. Materiale per lo studio*. Torino: Giappichelli.
- Gardiner, J. (1993). Defining Corruption. En M. Punch, & et al, *Copin with corruption in a Borderless World* (págs. 21 - 38). Bosto: Kluwer & Gouda.
- Garzón Valdés, E. (2004). Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*(24), 9 - 20.
- González de Asís, M. (2001a). La corrupción judicial. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*(20), 93 - 96. Obtenido de <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=248&path%5B%5D=248>
- González de Asís, M. (2001b). La construcción de coaliciones para combatir la corrupción. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*(21), 157 - 162. Obtenido de <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/270>

- Gupta, S., Davoodi, H., & Alonso-Terme, R. (2002). Does corruption affect income inequality and poverty? *Economis of Governance*(3), 23 - 45. Obtenido de <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs101010100039.pdf>
- Habermas, J., & Ratzinger, J. (2008). *Entre Razón y Religión. Dialéctica de la Secularización*. México DF: Centzontle Fondo de Cultura Económica.
- Hava García, E. (2016). Gran Corrupción: Estrategias para evitar su impunidad internacional. *Revista Nuevo Foro Penal*(87), 60 - 98.
- Heinrich, B. (2017). Political Decision-Making and Phenomenon of Elite Corruption. En F. Zimmermann, *Criminal Liability of Political Corruption* (págs. 323 - 334). London: Springer.
- Hellman, J. S., Jones, G., & Kaufmann, D. (2011). Captura del Estado, corrupción e influencia en transición. *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*(21), 35 - 62. Obtenido de <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/download/262/262>
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas.
- Joan, J. (1974). *Political Corruption*. New York: Pocket Books.
- Klitgaard, R. (1988). *Controlling Corruption*. Berkeley - Los Ángeles: University of California Press.
- Kuhlen, L. (2002). Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LV, 67 - 90. Obtenido de [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?lang=va&id=ANU-P-2002-10006700090](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=va&id=ANU-P-2002-10006700090)
- Kupatadze, A. (2015). Political corruption in Eurasia: Understanding collusion between states, organized crime and business. *Theoretical Criminology*, 19(2), 198 - 215. Obtenido de <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1362480615574404>
- Laso, E. (2010). La confianza como encrucijada: cultura, desarrollo y corrupción. *Revista Athenea Digital*(17), 97 - 117. Obtenido de <http://atheneadigital.net/article/view/n17-laso/654-pdf-es>
- Lifante, I. (2012). Poderes discrecionales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(2), 139 - 144. Obtenido de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2077/1010>
- López Portas, H. (2018). Transparencia y buen gobierno. El valor Do Pobo en la lucha contra la corrupción política. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVIII, 191 - 239. doi:<http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.4336>.
- Magadán Díaz, M., & Rivas García, J. (1990). *Corrupción y Fraude. Economía de la Transgresión*. Madrid: Dykinson.
- Malem Seña, J. (2000). La corrupción política. *Jueces para la democracia*(37), 26 - 34.
- Marine, F. (2006). The effects of organized crime on legitimate business. *Journal of Financial Crime*(13), 214 - 234. Obtenido de <https://www-emeraldinsight.com.bibezproxy.uca.es/doi/pdfplus/10.1108/13590790610660926>
- Marzuoli, C. (2011). Fenomeni corruttiviti e pubblica amministrazione piu discipline penale e prevenzione amministrativa. En F. Palazzo,

- Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa* (págs. 1 - 8). Firenze: Firenze University Press.
- Mattarella, B. G. (2011). Il Conflitto di interessi dei pubblici funzionari. En F. Palazzo, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa* (págs. 63 - 76). Firenze: Firenze: University Press.
- Medina, O., & Zorrilla, J. (2001). Achoramiento y corrupción en el Perú. *Apuntes. Revista de Ciencias Sociales*(48), 53 - 93. Obtenido de <http://revistas.up.edu.pe/index.php/apuntes/article/view/506>
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo editorial de la Pontifical Universidad Católica del Perú.
- Meini, I. (2018). Función pública y funcionario público en Derecho penal. *Revista de Derecho Penal*(26), 151 - 164.
- Merloni, F. (2013). Garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici. En F. Cingari, *Corruzione: strategie di contrasto* (págs. 7 - 31). Firenze: Firenze University Press.
- Misse, M. (2013). Estado y mercados ilegales en Latinoamérica: reflexiones a partir del concepto de mercancía política. En J. Giraldo Ramírez, *Economía criminal y poder político* (págs. 9 - 32). Medellín: Universidad EAFIT.
- Moran, J. (2011). *Crime and corruption in new democracies. The politics of (In) Security*. New York: Palgrave Macmillan.
- Musco, E. (2002). A propósito de la tutela penal de la Administración pública. *Revista Penal*(9), 99 - 105. Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12626/A%20prop%C3%B3sito.pdf?sequence=2>
- Nieva Fenoll, J. (2013). Proceso Penal y Delitos de Corrupción (algunas bases para la reforma estructural del proceso penal). *Indret Revista para el Análisis del Derecho*(2), 1 - 22. Obtenido de [http://www.indret.com/pdf/967\\_a.pdf](http://www.indret.com/pdf/967_a.pdf)
- Orts Berenguer, E. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant le Blanch.
- Palazzo, F. (2011). Conclusioni. Per una disciplina "integrata" ed efficace contro la corruzione. En F. Palazzo, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa* (págs. 95 - 102). Firenze: Firenze University Press.
- Palombella, G. (2000). *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Granada: Comares.
- Paradiso, F. (2013). *La nuova normativa in materia di corruzione e concussione*. Matelica: Nuova Giuridica.
- Peces Barba, G. (1995). La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil. *Corrupción y Ética, Cuadernos de Teología Deusto*(9).
- Pena López, J., & Sánchez Santos, J. (2009). La dotación de capital social como factor determinante de la corrupción. *Revista de Economía Mundial*(22), 197 - 220. Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/3290/b15499480.pdf?sequence=1>
- Perez Cepeda, A. I., & Benito Sánchez, D. (2012). La política criminal internacional contra la corrupción. En I. Bergundo Gómez de la Torre, & A. Bechara, *Estudios sobre la Corrupción una reflexión Hispano Brasileira* (págs. 13 - 55). Salamanca: Centro de Estudios Brasileiros - Universidad de Salamanca.



- Perojo, D. (1875). Teoría de los Partidos Políticos. *Revista Europea*(75), 170 - 177. Obtenido de <http://www.filosofia.org/rev/reu/1875/pdf/n075p170.pdf>
- Petrillo, P. L. (2018). Lobbying e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati. *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*(3), 190 - 210. Obtenido de [http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Riv\\_Trim\\_3\\_2018\\_Petrillo.pdf](http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2018_Petrillo.pdf)
- Philp, M. (2002). Conceptualizing Political Corruption. En A. Heidenheimer,, & M. Johnston, *Political Corruption Concepts & Contexts* (págs. 27 - 43). New Jersey: Transaction Publishers.
- Pignatore, G. (2018). Le nuove fattispecie corruttive. En R. Bartolli, & M. Papa, *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto. tradirritto viviente e propestitve di riforma* (págs. 1 - 12). Torino: Giappichelli Editore.
- Pinelli, C. (1994). Sistema elettorale e corruzione politica. En M. D'Alberti, & R. Finocchi, *Corruzione e sistema istituzionale* (págs. 55 - 67). Bologna: Il Mulino.
- Quintero Olivares, G. (2018). La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo. *Estudios Penales y Criminológicos, XXXVIII*, 216 - 263. doi:<http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.4732>
- Rabotnikof, N. (1999). Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentales. *Isonomías: Revista de Teoría y Filosofía de Derecho*(10), 25 - 39. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm90k7>
- Racca, G., & Ponzio, S. (2016). La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione. En L. Scomparin, *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto* (págs. 109 - 144). Torino: Giappichelli Editore.
- Ragués, R. (2006). ¿Héroes o Traidores? La protección de los informantes internos whistleblowers como estrategia político-criminal. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*(3), 1 - 19. Obtenido de <http://www.indret.com/pdf/364.pdf>
- Razzante, R. (2015). La nouva fisionomía del delitto di corruzione nel diritto italiano. En G. Tartaglia Polcini, *La nuova regolamentazione anticorruzione* (págs. 1 - 19). Torino: Giappichelli Editore.
- Rios Elizondo, R. (1975). *El Acto de Gobierno. El poder y el derecho administrativo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Rodríguez Fontenla, E. (2017). *Concepto de política*. A Coruña: Servizo de Publicacións e Intercambio Científico da USC.
- Sánchez Carcía de Paz, I. (2008). Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales. En L. Pozuelo Pérez, & M. Cancio Meliá, *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina terrorismo, criminalidad organizada* (págs. 451 - 494). Navarra: Civitas Thomson.
- Sánchez Morón, M. (2018). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- Sancinetti, M. (1986). Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones

- públicas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*(3), 877 - 891. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46294>
- Schultz, J. (2009). La UNCAC y la corrupción judicial: Requisitos y vías para lograr la reforma. *U4 Brief*(32), 1 - 4. Obtenido de <https://www.u4.no/publications/the-uncac-and-judicial-corruption-requirements-and-avenues-for-reform-es-ES.pdf>
- Terradillos Basoco, J. M. (1995). *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Trotta.
- Terradillos Basoco, J. M. (2015). Derecho Penal Económico. Lineamientos de política penal. *IUS, Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*(35), 7 - 36. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293242147002>
- Terradillos Basoco, J. M. (2017). Corrupción política: consideraciones político-criminales. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*(1), 1 - 31. Obtenido de <https://www.ejc-reeps.com/Juan%20Terradillos%20corrupcion%20politica%20REEPS.pdf>
- Terradillos Basoco, J. M. (2019). *Delitos contra la Administración pública*. Montevideo - Buenos Aires: BdF.
- Villoria, M. (2014). Corrupción pública. *Eunomía: Revista en cultura de la Legalidad*(5), 159 - 167. Obtenido de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2175/1111>
- Virgolini, J. (2004). *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Wei, S. (2001). La corrupción en el desarrollo económico ¿lubricante beneficioso, molestia menor u obstáculo importante? *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*(21), 83 - 93. Obtenido de <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/265>
- Zarzalejos, A. J. (1995). Descripción del fenómeno de la corrupción. *Corrupción y Ética. Cuadernos de Teología Deusto*(7).
- Zimmermann, F. (2018). Responsabilidad penal por decisiones políticas en sociedades democráticas. Algunas reflexiones comparativas acerca de la protección de los fondos públicos. *Letra: Derecho Penal*(7), 133 - 153.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2012). Culpables, Millonarios e Impunes: el difícil tratamiento del Derecho penal del delito de cuello blanco. En L. Zúñiga Rodríguez, M. Gorjón Barranco, J. Fernández García, & L. Díaz Cortés, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos* (págs. 27 - 47). Salamanca: Ratio Legis.



# FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO EN DERECHO PENAL

*Iván Meini*<sup>1</sup>

## 1. Planteamiento del Problema

### 1.1 Preludio

1. La responsabilidad penal en la que puede incurrir el funcionario o servidor público por el ejercicio irregular de su cargo es uno de los aspectos que más atención ha merecido en los últimos años por parte de la doctrina y jurisprudencia que en Derecho penal se ha pronunciado sobre el llamado Derecho Penal de la función pública. Responder a las interrogantes de quién y por qué ha de soportar el reproche penal cuando se perpetra un delito contra la Administración Pública, supone adoptar criterios de atribución de responsabilidad penal que reconozcan que la Administración Pública, entendida por ahora, grosso modo, como la gestión de servicios y bienes públicos orientada a la satisfacción de necesidades y derechos de las personas, haya sido asumida voluntariamente y sea ejercida por ciertas personas a las que la legislación denomina funcionarios o servidores públicos y que dicha especial relación que le vincula con el bien jurídico lo coloca en una situación privilegiada que se traduce, en términos generales, en dos corolarios.

2. Por un lado, solo el funcionario público podría responder como autor de ciertos delitos (los llamados “delitos especiales propios” o los “delitos de infracción de un deber”), mientras que la responsabilidad del particular (intervención del extraneus) en estos delitos es una cuestión que suele ser zanjada a partir de postulados dogmáticos vinculados, precisamente, a las teorías de los delitos especiales y de los delitos de infracción de un deber (Caro John, 2013; García Caveró, 2011), a pesar de que la legislación penal ofrece una respuesta expresa (art. 25 CP). Por otro lado, y con independencia de la postura que se tenga sobre la intervención del extraneus y, en su caso, de su fundamentación, es pacífico entender que la relación de custodia o garantía que mantiene el funcionario público con el bien jurídico Administración Pública impacta en la especial intensidad del reproche penal del cual es objeto cuando el vulnera voluntariamente asumido (Olaizola Fuentes, 1997).

### 1.2 El Dato Empírico

1. La indagación de la responsabilidad penal del funcionario público ha de transitar sobre el cauce que dibuja la empírica constatación de que corrupción, al menos en su manifestación criminal, se presenta como una lamentable condición inherente al ejercicio la función pública. Si bien es en los modelos de organización

---

1 Profesor Principal de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

social y estatal que privilegian la transparencia y la rendición de cuentas y que ostentan los índices más elevados de institucionalidad democrática, donde se registran los niveles más reducidos de corrupción, también es verdad que en todos los sistemas sociales existe corrupción. De hecho, en algunos casos, como en el peruano, sus orígenes se remontan a la Colonia (Quiroz, 2013).

Pero han sido los niveles de corrupción alcanzados en las últimas décadas los que demuestran que se trata de una realidad francamente alarmante. Es un lugar cada vez más común afirmar que la corrupción convive plácidamente (y se retroalimenta) con los estamentos jerárquicos más elevados de la política, del sistema de justicia y del sector empresarial; que lava activos para camuflar sus ilícitos beneficios; que impacta negativamente en la calidad de los servicios públicos y obras públicas; e impone elevados sobrecostos que son trasladados a la ciudadanía. Lo es también que de esta manera se reducen las posibilidades de las personas para acceder a bienes y servicios públicos que existen para que puedan satisfacer sus necesidades básicas, como salud, educación, seguridad, justicia o empleo. Dicho en pocas palabras, la corrupción vulnera derechos fundamentales (Macedo Bravo, 2015; Defensoría del Pueblo, 2017).

2. Que los niveles de corrupción son en actualidad insostenibles, que han socavado ya los cimientos del Estado social de Derecho y que aumenta con el paso del tiempo, lo sugiere también la última entrega del INEI, correspondiente al periodo enero-junio 2018. En ella se da cuenta que el 54,5 % de la población considera que la corrupción es el principal problema del país; porcentaje que ha aumentado 4,1 puntos en un año: de enero a junio de 2017 el porcentaje de la población que consideraba a la corrupción como el principal problema alcanzó el 50,4 % (INEI, 2018).

Por otro lado, el “Informe sobre Las personas y la corrupción: América latina y la corrupción” de Transparencia Internacional indica que en el año 2017 el 79% de los peruanos consideraba que la corrupción había aumentado con respecto al año pasado (Transparencia Internacional, 2017). En esa línea, conforme al “Índice de Percepción de la Corrupción” de la misma organización, el Perú ocupa el puesto 105 de 180 países, con un puntaje de 35 sobre 100 (Transparencia Internacional, 2018), lo que significa la peor posición del país en la materia desde el 2012. Estudios que cuantifican los costos de la corrupción evidencian lo mismo. Según la Defensoría del Pueblo, la corrupción le ha costado al estado peruano S/. 136,147'000,000.00 en los últimos 17 años, lo que equivale a decir que, aproximadamente, el 10% de presupuesto anual de la nación se desvía en corrupción (Defensoría del Pueblo, 2018). Estos datos han de ser contrastados con aquellos otros que ofrece el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI): solo al 2,9% de la población, durante el periodo enero – junio 2018, afirma que se le solicitó, se sintió obligado o dio voluntariamente regalos, propinas, sobornos, coimas a un funcionario público (INEI, 2018).

3. De los datos vertidos en el párrafo anterior se desprenden algunas consideraciones. Tal vez la más relevante y evidente sea que el porcentaje de la población al que se le ha solicitado una coima o las ha dado (2,9 %) frente al porcentaje que ve en la corrupción al principal problema del Perú (54,5 %) sugiere que la

corrupción que más inquieta es aquella en la que no participa la mayoría de la población, pero sus efectos sí son padecidos por todos. O lo que es lo mismo, lo que más preocupa a la mayoría de las personas es la corrupción de la clase política; la corrupción de los poderosos. La principal preocupación que tenemos los peruanos (y esta es una afirmación que puede extrapolarse sin problemas a todos aquellos lugares en donde se aprecien datos similares) se refiere al aprovechamiento indebido del cargo público con fines económicos, políticos, personales o de cualquiera otra índole, por parte de quien, precisamente, se había comprometido a gestionar con probidad y en beneficio de la comunidad la Administración Pública. De lo anterior se deriva la necesidad de cuestionar si el tratamiento jurídico penal que se le dispensa al funcionario público cuando vulnera su deber de fiel administrador de bienes y servicios públicos es adecuado, o si, en todo caso, cabría alguna mejora.

### 1.3 Rol Económico del Estado y Corrupción

1. Las eventuales mejoras que podrían implementarse no guardan relación con el rol del Estado como agente económico. Que por regla general la empresa privada persiga lucro y se organice para maximizar su rentabilidad económica, mientras que la actividad estatal se oriente a la satisfacción de las necesidades de las personas, solo indica que responden a finalidades distintas. Pero no autoriza a sostener que la capacidad de gestión de los recursos en una empresa privada es per se mayor o mejor, más proba o menos corrupta que en una empresa estatal, de economía mixta o en una empresa pública-privada. La realidad muestra exitosas y probas experiencias empresariales privadas, y también estatales. Y que, así como se han dado escándalos de corrupción en el Estado, estos también se presentan en la empresa privada. De hecho, una de las lecciones que nos dejó el caso Lava jato que sacude a toda la región es que la empresa privada puede organizarse como empresa criminal, a tal punto que son cada vez menos las voces que se oponen a la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Lo anterior no significa que el modelo económico sea irrelevante. Sino que no porque existan modelos económicos, estos sean per se más o menos idóneos que otros para prevenir la corrupción. Así como la historia ofrece ejemplos de corrupción en Estados que controlan e intervienen la economía, también los hay en economías liberales en las que el Estado ha permitido que la empresa privada actúe sin mayor regulación o control. Lo relevante es (aunque solo sea dicho en términos generales) que a mayor transparencia y rendición de cuentas, mayores posibilidades de prevenir actos de corrupción, de identificar y sancionar a los responsables<sup>2</sup>.

3. Con todo, suele pasar inadvertida la forma en que los distintos modelos económicos impactan en la problemática aquí estudiada, referida a los conceptos

2 Lo dicho no debe malinterpretarse. Una sociedad democrática y liberal que se organiza como Estado de derecho es el mejor escenario para la preservación y desarrollo de las libertades de las personas y solo por esta razón debe ser preferida sobre otras opciones de organización social.

jurídico penal de función pública y funcionario público, así como también las consecuencias prácticas que de ello se derivan y que podrían colisionar con el principio de igualdad. Si se compara a un Estado que tiene iniciativa empresarial y actúa en el mercado como agente económico compitiendo con la empresa privada, con otro Estado cuyo rol en la economía es subsidiario (economía social de mercado) o simplemente no participa en el mercado (economía liberal en el sentido más ortodoxo de la palabra), se advierte, como dato cuantitativo, que en el primer caso existirán más funcionarios públicos que en el segundo, por la simple razón de que más personas trabajarán para el Estado administrando bienes o servicios públicos, mientras que en el segundo caso el bien o el servicio será gestionado por particulares. No se me escapa que a esta afirmación subyace una conceptualización formal de función pública y funcionario público que reivindica la relación contractual o laboral del sujeto con el Estado y no le concede suficiente relevancia al hecho que la función pública, en manos de un trabajador del Estado o de un particular, sigue siendo función pública y por tanto su razón de ser guarda relación con la satisfacción de necesidades y derechos de las personas.

Esta situación se presenta también al interior de los Estados que reconocen y fomentan la iniciativa empresarial privada, como el Perú. En estos casos la misma función pública (salud, administración de justicia, educación, seguridad, fomento del empleo, etc.) es realizada tanto por quienes trabajan para el Estado como por particulares. Sin embargo, el estatuto penal al que se encuentran sometidos es distinto, pues los primeros podrán incurrir en un catálogo más amplio de delitos y el desvalor de su comportamiento será reprochado con mayor intensidad al entenderse que ellos, como funcionarios públicos, tienen deberes especiales que no detentan los particulares. El juez puede incurrir en delito de prevaricato, pero no el árbitro. Hasta donde soy capaz de entender, la relación laboral o contractual con el Estado o con una empresa privada no puede justificar esta inequidad en el tratamiento penal de comportamientos valorativamente idénticos y que tienen la misma potencialidad lesiva de los derechos y necesidades para cuya satisfacción existe la función pública.

#### **1.4. El Deber y la Infracción del Deber en la Conceptualización Penal de Función Pública y de Funcionario Público**

1. Tal como se ha esbozado, la atribución de responsabilidad penal al funcionario público por el ejercicio irregular del cargo y la intensidad de la sanción que le corresponde depende del concepto de función pública y del concepto de funcionario público. Mucho se ha dicho y escrito al respecto. A tal punto que no yerra quien sostiene que existe una consolidada posición doctrinaria y jurisprudencial que construye la responsabilidad penal de los funcionarios o servidores públicos en la, así llamada, infracción del deber.

Si bien no existe unanimidad de criterios a la hora de dotar de contenido a la infracción del deber, una relevante corriente jurisprudencial y doctrinaria en el Perú asume, siguiendo los planteamientos de Jakobs, que los delitos de infracción de un deber son delitos en los que el autor ostenta un deber institucional, de



carácter penal, reconocido por el Estado y por tanto es él, el autor garante, el único responsable de asegurar que dicho deber sea cumplido. Que los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos (o, en todo caso, algunos de ellos) se interpreten como delitos de infracción de un deber significaría que en ellos se reprocha al funcionario público por incumplir un deber penal que lo vincula con el Estado como, por ejemplo, la administración leal del patrimonio estatal en el caso del delito de peculado, sin importar si es él quien tiene el dominio (material, dominio del hecho).

Esta tesis parte de la premisa que el Derecho penal protege la vigencia de la norma y no bienes jurídicos. Así pues, el deber penal que subyacería a los delitos de infracción de un deber sería el objeto a tutelar, su incumplimiento daría lugar al injusto penal y su reproche a la imposición de la pena. Desde este punto de vista, se tratarían de delitos formales.

2. Cuatro son las principales consecuencias que acarrea esta tesis de la infracción del deber para el comportamiento típico y la autoría y participación:

(a) En primer lugar, dado que lo relevante es el incumplimiento del deber, es irrelevante si el comportamiento que despliega el autor es activo u omisivo. Pues en ambos casos el sujeto puede incumplir el deber que se le exige cautelar.

(b) En segundo lugar, y por la misma razón, es también irrelevante quién es la persona que materialmente realiza el comportamiento que causa el resultado lesivo al bien jurídico. Si es el garante quien lo realiza, su comportamiento será expresión de la lesión del deber, y si no impide que otro cree el riesgo típico, la infracción del deber consistirá en haberlo permitido cuando se le exigía evitarlo.

(c) En tercer lugar, la coherencia sistemática le impone a la tesis de los delitos de infracción de un deber que la intervención delictiva del extraneus sea atípica. Al tratarse de un sujeto que no detenta deber alguno frente al Estado, no tendría obligación alguna qué infringir para ser penalmente responsable por el delito contra la Administración Pública (teoría de la ruptura del título de imputación). No obstante, al interpretar el art. 25 CP que regula la llamada incomunicabilidad de las circunstancias, la jurisprudencia peruana se había mostrado partidaria de la tipicidad de la intervención del extraneus en delitos de infracción de un deber, esto es, ha adoptado la tesis de la unidad del título de imputación y, por tanto, admite la tipicidad de la intervención delictiva de los extranei.

(d) La cuarta consecuencia es, hasta donde soy capaz de ver, la de mayor impacto: fundamentar el reproche penal en la infracción del deber dificulta incorporar en el análisis típico (y en consecuencia también en la individualización de la pena) criterios político-criminales y consideraciones valorativas propias del Derecho penal mínimo. Si las personas solo podemos relacionarnos con el deber de manera excluyente como garantes o como extraneus, si solo cabe detentar o no el deber; si el deber se cumple o se incumple, entonces, la infracción de un deber que sustenta la responsabilidad penal sería poco permeable a criterios valorativos, como, por ejemplo, la irrelevancia de la bagatela, la mínima lesividad, la necesaria diferenciación entre injusto penal e injusto administrativo y a otros criterios valorativos que no se encuentran previstos en el derecho positivo. El poco o nulo

espacio que esta categoría le reserva a la graduación del deber es tal vez la razón que explica por qué nuestra jurisprudencia se anima a condenar por delito de peculado la utilización de papel bond para uso privado (bagatela) (Universidad Nacional de Huancavelica Vs. Vera Donaires, Recurso de Nulidad, 2013).

3. Soy consciente de que existen otras formas de entender la infracción del deber y que responden a distintos fundamentos. Así, por ejemplo, y por citar la autorizada opinión de Roxin, la infracción del deber no sería el fundamento del reproche penal ni por tanto de la punición en los llamados delitos de infracción de un deber, pues el delito siempre se fundamenta en la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos (Roxin, 2014). En esta línea de pensamiento, el deber cuya infracción da lugar al delito sería uno de naturaleza extra-penal y sería solo un complemento del reproche penal que se sustenta en la lesión del bien jurídico. Esta conceptualización de la infracción del deber la acuñó Roxin en 1963 para explicar la responsabilidad en los delitos imprudente y en la comisión por omisión, en los que el deber extra penal sería el deber objetivo de cuidado y el deber de garante, respectivamente. Si bien esta concepción es permeable frente a criterios político-criminales y valoraciones propias del principio de lesividad de bienes jurídicos y del Derecho penal como *ultima ratio*, no resuelve la cuestión de qué entender por bien jurídico. A tal punto que algunos autores identifican a la norma penal con el bien jurídico. Además, y tal como Schünemann ha demostrado, no tiene mucho sentido incorporar en el injusto penal ni en su reproche un deber extra penal que, en todo caso, daría lugar a responsabilidad no penal (administrativa, disciplinaria, civil, etc.) (2006; 2018). A tal punto que el propio Roxin ha abandonado ya esta tesis.

4. A pesar del nutrido respaldo que ostenta el entendimiento de los delitos contra la Administración Pública como delitos que se fundan en la infracción de un deber, estimo que, al centrar su atención en la relación que se establece entre el sujeto obligado (funcionario público) y el Estado, pierde de vista la finalidad y razón de ser de la función pública: la satisfacción de las necesidades de las personas por medio de servicios públicos.

Construir el concepto de funcionario público en Derecho penal sobre la base de la relación institucional “sujeto obligado (funcionario público)-Estado” y no de la relación “sujeto obligado (funcionario público)-derechos de las personas” le otorga una inmerecida relevancia al intermediario del servicio público -Estado- e invisibiliza a los titulares destinatarios de los servicios públicos por quienes existen y a quienes debe su rótulo de “servicios públicos”, esto es, a las personas. Entender que el deber en Derecho penal vincula al funcionario público con el Estado y no con las personas, como si se tratara de una prestación a favor *solo* del Estado, es priorizar los títulos formales con los que se asume el deber en detrimento del *valor* de los derechos de las personas destinatarias de los servicios públicos y afectados ante su incumplimiento (Meini, 2015; Terradillos, 1981).

Es una concepción que se acomoda con facilidad a las corrientes positivistas del Derecho y desconfia de aquellas otras que impregnan de valores y finalidades a las leyes. Y lo que es más grave, algunos modelos de Estado verán con simpatía

esta forma de entender el deber en Derecho penal y su infracción: dado que lo relevante es la existencia de un deber frente al Estado y su infracción, una dictadura o un gobierno totalitario que oriente sus esfuerzos a su preservación, aún a costa de las libertades fundamentales de las personas, impondrá deberes a sus funcionarios y servidores públicos con tal fin y los hará penalmente responsables por no cumplirlos. Pero en un Estado *social* de Derecho la respuesta tiene que ser distinta.

5. No otra cosa se deriva del artículo 1 de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (1993), del art. 2 que proclama que todos tenemos derecho a la salud, del 2.4 que reconoce el derecho universal y progresivo a la seguridad social, el 2.8 que reconoce la obligatoriedad (derecho) de la educación inicial, primaria y secundaria, los derechos inherentes al trabajo en los artículos 23 y subsecuentes, y la dimensión “social” del Estado se explicita en art. 49 de la Constitución “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (1993). Como si esto fuera poco, el carácter “social” del Estado peruano ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No es complicado demostrar la existencia de reglas constitucionales o legislativas y de jurisprudencia que señalen que el Estado peruano es un Estado democrático de Derecho. El problema, sin embargo, es hacerse cargo de las consecuencias que impone.

Por definición, un Estado social tiene la obligación de velar, garantizar y asegurar la satisfacción de las necesidades humanas, al mismo tiempo que el deber de remover los obstáculos que impidan su realización. Tal sea el art. 9.2 de la Constitución Española el que lo exprese mejor:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (Congreso de Diputados, 1978, 29 de diciembre)

6. La secuela natural de asumir esta premisa es el reconocimiento de un imperativo moral que pesa sobre el Estado social de derecho, en cuya virtud debe garantizar la existencia de servicios públicos y bienes públicos orientados a la satisfacción de las necesidades de las personas. Cuáles son en concreto las necesidades humanas que el Estado social garantiza, escapa al ámbito de este artículo. Pero no puede dudarse de que se trata, al menos, de aquellas cuya satisfacción permitan disfrutar de vida digna en libertad: educación, salud, seguridad, vivienda, empleo, por citar solo algunos ejemplos. Por tanto, en este nivel de la argumentación es irrelevante si el modelo económico adoptado por el Estado le faculta a participar o competir en el mercado ofreciendo servicios públicos, o si es la empresa privada o una empresa público-privada la que asume dicha prestación; nótese, sin embargo, que ningún Estado cede a favor de la empresa privada en todos los terrenos, el pago obligatorio de tributos es un buen ejemplo de lo que se dice. Relevante es la obligación del Estado social de garantizar las condiciones para que las necesidades básicas de las personas puedan ser satisfechas.

En esta línea se pronuncian tanto el artículo 58 de la Constitución:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía *social* [énfasis agregado] de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. (1993)

Como el artículo 77 Constitución “El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización” (1993).

### 1.5 Tesis

1. Luego de esta extensa contextualización es posible formular la tesis que, de alguna manera, ha sido insinuada. Ella reza: el concepto de funcionario público en Derecho penal se deriva del deber de garante que asume voluntariamente el sujeto frente a la sociedad y no frente al Estado. Por tanto, funcionario o servidor público en Derecho penal es quien, en la prestación o administración de un servicio público, tiene capacidad para vincular al Estado con sus actos o decisiones, o tiene la capacidad para condicionarlo. En pocas palabras, su actuación tiene carácter público.

De esta sutil re-orientación en la fundamentación del deber de garante del funcionario público emanan ciertas consecuencias, entre las que cabe destacar, por ahora, la naturaleza declarativa y no constitutiva de los preceptos que en los Códigos Penales definen a modo de ejemplos en qué supuestos se trata de un funcionario o servidor público (como el art. 425 CP). Quién pueda ser considerado para efectos penales como funcionario o servidor público se deriva de la interpretación del concreto comportamiento típico previsto en la Parte Especial de los Códigos penales. De esto se sigue que el funcionario o servidor público podrá incurrir en responsabilidad penal por el incumplimiento de su cargo no solo en los casos de los delitos contra la Administración Pública, tipificados como tales en las leyes penales, sino que también podrá ser inculpatado por la comisión de otros delitos que cometa aprovechándose indebidamente de su cargo público.

2. Para probar la plausibilidad de esta tesis organizaré el resto del texto en tres sectores: en primer lugar, indagaré sobre el concepto de servicio público que subyace al de funcionario público, y cómo de la mano de algunos ejemplos es posible identificar los elementos de concepto funcionario público en Derecho penal; en segundo lugar, pondré en evidencia que la ley penal vigente regula algunos casos en los que se ha equiparado la responsabilidad penal del funcionario público, tradicionalmente entendido, a la de quien, siendo particular según el entendimiento tradicional del término, administra o condiciona la prestación de un servicio público; y, en tercer lugar, intentaré argumentar que el concepto material de función pública y de funcionario público que aquí se propone encuentra lugar en el marco legal vigente en el Perú y de cómo, entonces, las dos consecuencias que se han adelantado son aplicables de lege lata (naturaleza declarativa del art. 425 CP y

posibilidad de infringir el deber funcionarial en más delitos que los tipificados como delitos contra la Administración Pública).

## 2. El Concepto de Servicio Público

1. Se ha dicho ya que un Estado social de derecho asume un compromiso ineludible con las personas y sus derechos fundamentales. Que la Constitución reconozca a los derechos sociales como derechos fundamentales de las personas no deja mucho espacio para la discrepancia. Luego, si se somete a la función pública al razonamiento propuesto por Ihering hace más de 130 años, quien denunció la intrascendencia de los conceptos jurídicos per se y sugirió indagar por la finalidad del Derecho y de la institución jurídica para, a partir de ello, dotar de contenido al concepto jurídico y hacer de él un concepto jurídico funcional a los fines del Derecho, se revela que de poco o nada sirve conceptualizar a la función pública o al funcionario público sin tener en cuenta su finalidad o razón de ser. Expresado con más énfasis: función pública en un Estado social de Derecho es todo aquello que permite la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

2. Cuestión distinta es quién es el encargado directo de garantizar el servicio público, la función pública o el bien público. Como es obvio, esto depende en gran medida del modelo económico por el que se opte. Pero ni siquiera en las economías de corte liberal y en las sociedades capitalistas más agresivas el Estado renuncia por completo a supervisar y corregir lo que impida la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. Con tal finalidad reservan siempre algún margen de control de la economía, de la seguridad, de la educación, de la administración de justicia, etc. para cumplir con aquello de lo que habla el Contrato Social. En mi concepto, esto puede ser expresado en toda su plenitud como la razón de ser de una sociedad democrática y liberal que se organiza como Estado de Derecho, en la cual todos nos reconocemos recíprocamente iguales ante la ley: el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y la obligación del Estado de garantizar las condiciones en las cuales dichos derechos pueden ser realmente ejercidos. En pocas palabras, función y servicios públicos para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

3. Una apreciación provisional de lo afirmado hasta este momento sería (para decirlo tomando prestado una frase de Dworkin) que si uno se “toma en serio los derechos” en el Estado social de Derecho, funcionario público será quien ejerce función pública, con independencia de su vínculo contractual con el Estado o, en su caso, de la modalidad o naturaleza contractual que tenga con el Estado o con un empleado privado. Sin embargo, con lo dicho hasta aquí solo se ha argumentado que se realizará función pública si se gestiona o administra un servicio público que impacta o condiciona la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. Pero no se ha respondido todavía a la interrogante de cuándo el ejercicio de dicha función pública convierte a quien la detenta en un funcionario público para el Derecho Penal.

La cuestión que se acaba de plantear se despeja con ayuda del principio de igualdad. No existe razón alguna (o, mejor dicho, no soy capaz de identificar razón

alguna) que justifique por qué la función pública que desempeña un funcionario público, en el sentido tradicional del término, deba generar consecuencias distintas en Derecho penal cuando es practicada por un, así llamado, particular. El razonamiento que emplearé para sustentar esta premisa será comparar supuestos de hecho en los que la ley penal, así como la doctrina y la jurisprudencia, califican a quien ejerce función pública como funcionario público, con otras situaciones en las que dicha calificación no se da, a pesar de tratarse de la misma función pública o servicio público, por el solo hecho de ser un particular quien la realiza. Si se identifica razones que evidencian una identidad en el plano valorativo entre estos supuestos, en aras de la coherencia que impone un tratamiento jurídico igual para situaciones iguales (argumento a pari), cabrían solo dos alternativas: (a) o bien aceptar que lo que hoy se consideran supuestos típicos de funcionario público deben dejar de serlo; (b) o bien admitir que los supuestos que en la actualidad todavía no se consideran como supuestos típicos de funcionarios públicos (privados) deben serlo. Me valdré de seis ejemplos para probar esta premisa:

(a) Primer ejemplo: nadie cuestiona la responsabilidad penal por delito de cohecho pasivo que tipifica el artículo 393 del Código Penal cuando un profesor de colegio público o universidad pública acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, o las solicita, directa o indirectamente, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas. Así, por ejemplo, se comete delito de cohecho pasivo cuando se solicita una coima para aprobar a un alumno en un curso que debería suspender, o para otorgar un título profesional o grado académico cuando el estudiante no cumple con los requisitos que establece la ley para tal efecto. Pero si dicha situación se presenta en un colegio privado o en una universidad privada, se sostiene que, al tratarse de un comportamiento que se ha verificado fuera del sector público, quien solicita el beneficio no actúa como funcionario público y, por tanto, no comete delito alguno contra la Administración pública.

Llama la atención, sin embargo, que tanto la actuación de uno como la del otro tienen el mismo efecto nocivo en el servicio público "educación". De hecho, los grados académicos (bachiller, magister y doctor), así como los títulos profesionales (abogado, médico, ingeniero, etc.) que otorgan las universidades privadas son grados y títulos "a nombre de la nación" que habilitan a su titular a ejercer de la misma y exacta manera una profesión a como lo hacen quienes portan grados académicos y títulos profesionales otorgados por una universidad pública. Por tanto, si en ambos casos los efectos públicos son los mismos y si en ambos casos las consecuencias jurídicas son idénticas, lo único que se puede colegir es que tanto un profesor o autoridad de un colegio o universidad pública cuando actúa a nombre de la nación como un profesor o autoridad de un colegio o universidad privada cuando actúa a nombre de la nación, ejercen función pública y *deben* ser considerados funcionarios públicos para efectos penales.

(b) Segundo ejemplo: los jueces administran justicia a nombre del Estado y, por eso, son considerados funcionarios públicos. Pero no solo los jueces lo hacen.



También los árbitros. Si bien la ley penal vigente ya incorpora a los árbitros y a los miembros de Tribunales Administrativos como posibles autores del delito de cohecho, en razón a que resulta evidente que sus decisiones vinculan al Estado y que sus actos tienen efectos públicos en la prestación del servicio público “administración de justicia”, no sucede lo mismo en otros casos vinculados a la misma función pública. Por ejemplo, la letra de la ley en el delito de prevaricato (art. 418 CP) insiste que solo juez y el fiscal pueden ser autores. No obstante, si, como parece obvio, la solución de una controversia jurídica por parte de un tribunal arbitral tiene el mismo efecto jurídico que se le reconoce a una sentencia emitida por jueces que laboran para el Poder Judicial y vincula a las partes de la misma manera, desde el punto de vista de la igualdad no parece existir razón alguna para que árbitros y jueces sean tratados de manera distinta. La identidad valorativa entre jueces y árbitros es tan nítida y trasparente en el ámbito de la función pública “administración de justicia” que negarla no solo confronta con la razón, sino también con el sentido del principio de lesividad y el de igualdad. Por tanto, no hace falta modificar el art. 418 CP que tipifica el delito de prevaricato para incluir a los arbitros, pues a ello se llega interpretando teleológicamente el concepto juez que el prevaricato recoge.

(c) Tercer ejemplo: aunque en nuestro país no se ha privatizado el servicio público “seguridad y tratamiento penitenciario”, cabe reflexionar en torno a qué pasaría si se diera el caso. Que la función pública “seguridad y tratamiento penitenciario” al interior de un determinado centro penitenciario sea administrada por una empresa privada y ejercida por sus empleados no parece una diferencia sustancial que amerite un tratamiento jurídico penal diferenciado cuando dicha función de seguridad la gestiona el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y son sus funcionarios quienes la ejercen. En ambos casos se ejerce función pública y se *puede* responder como funcionario público para el Derecho penal.

(d) Cuarto ejemplo: en algunos casos la ley vigente exige alguna certificación médica para alcanzar una determinada habilitación estatal o adquirir algún derecho reconocido por el Estado. Sucede así, por ejemplo, para la obtención de la licencia de conducir o para tener reconocido el derecho a portar armas. Que en estos casos el certificado médico haya sido emitido por un médico particular en una clínica o por un médico que labora en el sector público en un hospital, no es obstáculo para reconocer que, si se pone atención en la razón de ser de los actos que ambos realizan y en sus consecuencias, son comportamientos idénticos. ¡El efecto jurídico público es el mismo! Por tanto, habrá que entender que comete delito de cohecho tanto uno como otro si reciben una dádiva para emitir un certificado indebido a una persona que no acredita las condiciones necesarias, de manera tal que con dicho certificado se expide una licencia de conducir o se reconoce el derecho a portar armas. Argumentar en sentido contrario, invocando que el médico privado no tiene vínculo contractual con el Estado y por eso no sería funcionario público en Derecho penal contraviene el principio de igualdad y deviene en un trato discriminatorio para quienes laboran para el Estado.



(e) Quinto ejemplo: la ley 30424, modificada por la ley 30835, regula la llamada “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción”. En dicho marco normativo se establece la obligación de las personas jurídicas de diseñar, implementar y ejecutar un programa de prevención de riesgos penales o *criminal compliance*. Según lo regula la ley, estos programas de cumplimiento son diseñados por profesionales privados (abogados, contables, ingenieros, etc.) que pueden o no tener una certificación estatal (de hecho, en el Perú no existe todavía una entidad estatal que pueda certificar a quienes diseñan programa de cumplimiento). Según la ley peruana los programas de cumplimiento tienen capacidad para atenuar y eximir de responsabilidad a la persona jurídica. Este efecto atenuante o excluyente de la responsabilidad administrativa o penal que atribuye el Estado a una persona jurídica por la comisión de infracciones administrativas o delitos, tiene que ser visto como la cesión de una parcela del *ius puniendi* a favor del sector privado. Esto ha sido calificado por la doctrina como autorregulación (Kuhlen, 2013): el nivel de riesgo prohibido en la actividad empresarial y, como consecuencia, qué es un comportamiento prohibido, ya no lo determina el legislador en términos generales o el Juez en el caso en concreto, sino profesionales privados para cada persona jurídica. Que no se reconozca como funcionarios públicos a quienes diseñan programas de cumplimiento penal con efectos atenuantes o exculpantes de responsabilidad penal o administrativa, por el solo hecho de ser profesionales privados es, de nuevo, una contradicción frente al principio de igualdad que relativiza la razón de ser de la función que se desempeña.

(f) Sexto ejemplo: el art. 4° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, dado mediante Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, proclama que “el notario no es funcionario público para ningún efecto legal”. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha dicho que “toda la información que el Notario origine en el ejercicio de la función notarial y que se encuentre en los registros que debe llevar conforme a ley, constituye información pública” (N° 00301-2004-PHD/TC, 2004; N° 04566-2004-PHD/TC, 2005). Y, como es obvio, la razón de ser de los notarios es dar fe pública de actos y acuerdos, y cuando lo hacen, el documento en donde consta tiene la naturaleza de documento público al vincular al Estado.

4. Los seis casos expuestos tienen dos denominadores en común. Por un lado, son casos en los que se ejerce servicio público, entendido por tal un servicio que el Estado social de derecho debe garantizar para que las necesidades básicas de las personas puedan ser satisfechas. Por otro lado, (y es este el que me interesa enfatizar) resulta indiferente si el servicio público es practicado por un privado o por una persona que labora para el Estado, pues en todos los ejemplos propuestos las decisiones que toman y los actos que realizan las personas que ejercen función pública, vinculan al Estado y, por tanto, tienen los mismos efectos públicos. El artículo 103 de la Constitución que proclama que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas” (1993) ahonda en lo dicho. Pues, si la única diferencia detectada en los casos propuestos es el vínculo contractual que une al sujeto con

el Estado o con un empleador privado, dicha diferencia, que no guarda relación con la finalidad y razón de ser del servicio público (satisfacción de las necesidades y derechos de las personas), no puede generar desigualdades en el trato. Hacerlo sería admitir que en estos casos la ley penal se aplica de manera diferente por razón de las diferencias de las personas.

5. Así, al primer elemento del concepto de funcionario público, que permite considerar de manera genérica y amplia como tal en Derecho penal a quien ejerce función o servicio público, se le añade ahora un elemento ulterior que acota con más precisión el universo de posibles funcionarios públicos en Derecho Penal: el funcionario público, además de ejercer función o servicio público, vincula al Estado con sus actos. El deber frente la colectividad de administrar el servicio público con probidad, oportunidad e idoneidad es, precisamente, lo que exige su razón de ser.

### 3. Ejemplos de Función Pública en el Código Penal

1. En ciertos casos, la ley vigente equipara el tratamiento penal entre privados y públicos cuando se afecta el servicio público o bienes públicos. Sucede así, por ejemplo, con el ya mencionado caso del árbitro en el delito de cohecho. Pero lo mismo ocurre en otros casos. Por ejemplo, el artículo 46.2 del Código Penal establece que,

Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos. (Código Penal, 1991)

Lo que hace en este caso el derecho positivo es reconocer que la distorsión, alteración o perturbación de lo público tiene un desvalor particular y superior frente al deterioro o perjuicio de los bienes privados. Y, como estas circunstancias agravantes pueden ser aplicadas tanto a particulares como a funcionarios públicos, se pone de relieve, una vez más, que lo relevante no es si el sujeto es considerado funcionario público o privado, sino la lesividad potencia de su comportamiento frente a lo público. Dicho en pocas palabras, lo material prevalece frente lo formal.

2. Otro ejemplo de lo que se señala es el artículo 46-A del Código Penal, que regula la llamada “circunstancia agravante por condición del sujeto activo”. En lo que aquí importa, este precepto indica que,

constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. (Código Penal, 1991)

Este precepto es argumento suficiente no solo para seguir demostrando que por regla general el derecho positivo desvalora con especial intensidad la infracción del deber del funcionario, sino también para comprobar que el aprovechamiento indebido del cargo del funcionario público puede darse tanto en los delitos contra la Administración Pública, como en cualquier otro delito que se encuentre tipificado como delito común, por ejemplo, una estafa o defraudación, una violación sexual o una falsedad documental.

3. La importancia de lo público frente a lo privado y la irrelevancia del vínculo contractual que el sujeto pueda tener con el Estado o con un empleador privado, es puesta de manifiesto cuando el artículo 186 del Código Penal regula como circunstancia agravante del delito de hurto (luego se replica en otros delitos contra el patrimonio), que el delito se cometa “sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones” o

Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia. (Código Penal, 1991)

4. Todos estos casos demostrarían que la ley penal vigente pone especial atención y reprocha con particular ahínco la afectación del servicio público o de bienes públicos, en comparación con los delitos en que lo público no resulta afectado. La razón parece obvia: la lesividad del delito es mayor, impacta negativamente y con más energía en la colectividad y, por tanto, atenta contra el derecho de las personas de acceder a bienes y servicios públicos como medios para la satisfacción de sus necesidades.

#### 4. Marco legal

1. El concepto material de funcionario público que aquí se propone, como sujeto que administra un servicio público cuya decisión o actuación vincula al Estado y por tanto tiene efectos jurídicos públicos, está en línea con lo que establece la Constitución Política del Estado y con el concepto de función pública y funcionario público que prevé tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por el Perú el 21 de marzo de 1997, como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada por el Perú el 06 de octubre de 2004.

2. El artículo 39 de la Constitución proclama que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” (1993). Es verdad que, por aquello de que de  $A \rightarrow B$ , lo único lo que resulta válido deducir es  $\sim B \rightarrow \sim A$ , y, por tanto, del artículo 39 de la Constitución no se puede inferir automáticamente y per se que todas las personas que se encuentren al servicio de la nación son funcionarios públicos. Pero sí es correcto entender que la Constitución le asigna un valor especial al servicio a la nación cuando se pronuncia en torno a quiénes son

funcionarios públicos. Y, en la medida en que el “servicio a la Nación” se interprete como una actuación en pos de los fines de la Nación, orientada por y hacia la razón de ser de la Nación, se puede argumentar que la Constitución habilita a entender, como se hace aquí, que funcionario público es todo aquel que vincula al Estado con sus actos y decisiones.

3. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su artículo 2 que ha de entenderse por funcionario público como:

Toda persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte. (Organización de Estados Americanos, 1996)

Similar redacción ofrece el art. I de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que define a la “función pública” como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades” (Naciones Unidas, 2003) y al “funcionario público” o “servidor público” como “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos” (Naciones Unidas, 2003).

Estos dos instrumentos internacionales anclan el concepto de “función pública” en la actividad que realiza la persona en nombre del Estado y no en su vínculo contractual con el Estado. En otras palabras, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción le otorgan una relevancia esencial al hecho de que el funcionario público vincule al Estado con sus actos, prescindiendo del vínculo contractual.

4. Ahora bien, dado que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción forman parte del ordenamiento jurídico peruano, y los artículos en donde se define a la “función pública” y al “funcionario o servidor público” son cláusulas auto-aplicativas, esto es, no necesitan de ulterior desarrollo legislativo para ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, cabe interpretar que, de lege lata, son conceptos aplicables al Derecho penal peruano en virtud del art. 425.7 CP, que indica que son funcionarios y servidores públicos “los demás indicados por la Constitución Política y la ley” (Código Penal, 1991).

De hecho, el art. 4125.7 CP resulta ser suficiente para entender que la interrogante acerca de a quiénes debe considerarse funcionario público en Derecho penal se responde a partir de los tipos penales de la Parte Especial, esto es, de la propia ley penal. En efecto, dado que ellos se regulan los comportamientos típicos, el círculo de posibles autores de un concreto delito contra la Administración Pública quedará acotado no solo por el concepto aquí ofrecido de funcionario público (quien ejerce función pública y vincula al Estado con sus actos), sino, además, por la concreta dimensión de la función pública que protege el tipo penal. Así, por

ejemplo, la dimensión de la función pública en el caso del delito de peculado se refiere al funcionario público como administrador leal de bienes y servicios públicos, la del delito de colusión desleal a la del funcionario público como garante de las reglas de la libre competencia en la contratación estatal, y así sucesivamente.

## 5. Conclusión

En un Estado social de Derecho la razón de ser de la función pública se encuentra en la satisfacción de las necesidades de las personas que les permita vivir con dignidad y en libertad. Dado que el concepto de función pública no puede edificarse al margen de su función, se construye sobre la relación entre el sujeto que administra la función pública y las personas beneficiarias de dicho servicio. Si el sujeto que ejerce función pública vincula al Estado con sus actos y decisiones, si sus actos tienen efectos jurídicos públicos, debe ser considerado funcionario público en Derecho penal. Este concepto de funcionario público calza perfectamente en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y, en consecuencia, en el art. 425.7 del Código Penal. Por tanto, los seis supuestos descritos en este texto (el árbitro, quienes diseñan programas de cumplimiento penal, los médicos que otorgan certificados que habilitan el ejercicio de derechos, los profesores y autoridades de colegios y universidades, los eventuales empleados de empresas que ejercen funciones de seguridad en centros penitenciarios y los notarios), de lege lata, son supuestos típicos de funcionarios públicos.

Cuestión distinta es si todos ellos pueden cometer los mismos delitos contra la Administración Pública. Sostengo que no. Pues ello depende del concreto comportamiento típico que se prohíbe en el tipo de la Parte Especial. En la medida en que los tipos penales de la Parte Especial son tipos de autoría y como tales describen solo comportamientos de autores y no de partícipes o instigadores, responder a la pregunta de quién es funcionario público en Derecho penal puede hacerse en términos generales, como en el presente texto, sosteniendo que son aquellas personas que ejercen funciones públicas o brindan servicios públicos y vinculan al Estado con sus actos. Pero la única manera de saber quién puede cometer un concreto delito contra la Administración Pública es indagando por el bien jurídico protegido en el delito y delimitando teleológicamente el comportamiento típico. Y es así porque cada delito contra la Administración Pública atiende a una dimensión distinta de la función pública. Así, por ejemplo, el funcionario público que responde como autor en el delito de peculado será, como en cualquier otro delito, quien ejerza funciones públicas y vincule al Estado con sus actos, pero la particularidad que aporta el delito de peculado hará que, además, el autor solo pueda ser un administrador de bienes o caudales confiados al Estado. Lo mismo sucede, por ejemplo, con el delito de colusión, en donde el autor será un funcionario o servidor público, pero la característica que le permitirá ser autor de este delito es ser garante de llevar con probidad y vigilando los intereses del Estado un concurso, una licitación o una contratación pública. Y así, sucesivamente, en todos y cada uno de los delitos contra la Administración Pública.

## REFERENCIAS

- Caro John, J. A. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*, 49 - 71.
- Caro John, J. A. (2013). Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En J. Buompadre, *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*. Resistencia: Editorial Contexto.
- Código Penal. [CP]. (1991).
- Congreso de Diputados. (1978, 29 de diciembre). *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Constitución Política del Perú. [Constitución] (1993). Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2017). *Reporte de la corrupción en el Perú N° 1*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Reporte de la corrupción en el Perú N° 2*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corrupcion-en-el-Peru-N-2.pdf>
- García Cavero, P. (2011). La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. *Anuario de Derecho Penal 2009: La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú*(14).
- INEI (2018). *Perú: percepción ciudadana gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones*. Lima: INEI. Obtenido de [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_gobernabilidad.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad.pdf)
- Jakobs, G. (2001). El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kuhlen, L. (2013). Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. En L. Kuhlen, J. Montiel, & I. Ortiz de Urbina, *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Macedo Bravo, F. (2015). *Los actos de corrupción como violaciones de derechos humanos. Una argumentario desde la teoría del discurso racional de Robert Alexy. (Tesis de maestría)*. Lima: PUCP. Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6485>
- Meini, I. (2015). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Teoría del delito*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- N° 00301-2004-PHD/TC, N° 00301-2004-PHD/TC (Tribunal Constitucional 5 de Marzo de 2004).
- N° 04566-2004-PHD/TC, N° 04566-2004-PHD/TC (Tribunal Constitucional 4 de Marzo de 2005).
- Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*.
- Olaizola Fuentes, I. (1997). Concepto de funcionario público a efecto penales. En

- A. Asúa Batarrita, *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Organización de Estados Americanos. (1996). *Convención Interamericana contra la corrupción (B-58)*.
- Pariona, R. (2010). *Ätterschaft und Pflichtverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten*. Baden-Baden: Nomos.
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos/Instituto de Defensa Legal.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal: Parte general. Formas especiales de aparición de delito*. Pamplona: Civitas.
- Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2006). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro. En B. Schünemann, *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer Milenio*. Lima: Idemsa.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*(18).
- Terradillos, J. M. (1981). La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. *RFDUCM*(63).
- Transparencia Internacional. (2017). *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe*. Transparencia Internacional. Obtenido de [https://images.transparencycdn.org/images/2017\\_GCB\\_AME\\_ES.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/2017_GCB_AME_ES.pdf)
- Transparencia Internacional. (2018). *Índice de Percepción de la Corrupción*. Transparencia Internacional.
- Universidad Nacional de Huancavelica Vs. Vera Donaires, Recurso de Nulidad, N° 3763-2011 (Sala Penal Permanente, Corte Suprema de Justicia 29 de Enero de 2013).



## PENA Y COVID-19: LA PANDEMIA DESDE EL ENCIERRO

“La pena...como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder”

E. R. Zaffaroni

*Josefina Miró Quesada<sup>1</sup>*

*Pamela Morales<sup>2</sup>*

### Introducción

Una de las preguntas filosóficas de mayor calado, aun sin respuesta definitiva y uniforme, es para qué sirve el castigo. ¿Por qué o para qué castigamos? ¿En qué se basa este poder, llamado ‘derecho a castigar’ (ius puniendi)? ¿Con qué frecuencia nos preguntamos por qué mandamos a las personas a la cárcel? ¿O qué pasa con quienes son condenadas a una pena privativa de libertad? ¿Las encarcelamos para prevenir que otros comenten delitos? ¿Para evitar que los delincuentes reincidan? ¿Lo hacemos para que sufran el mismo mal generado? ¿Para proteger a las víctimas del delito? ¿Porque los consideramos seres peligrosos que es necesario aislar? La realidad da cuenta que muchas de las razones atribuidas al poder del Estado para sancionar con la pena más severa a aquellas personas que infringen las reglas mínimas de convivencia social, están vinculadas a las preguntas previamente formuladas. Basta visitar un establecimiento penitenciario para confirmar que hay mucho de retribución en el cumplimiento de la pena, y que, dadas las precarias condiciones carcelarias, la coacción psicológica de la que hablaba Feuerbach, hacia las y los ciudadanos que no han delinquido, también está presente a través del temor latente de ir a prisión por cometer una conducta considerada como desviada.

Una aproximación empírica revela la función que cumple la pena en un contexto como el nuestro, y puede ser útil para entender que, al estar divorciada de todo análisis axiológico, su ejecución es inconstitucional. Pero explicar qué es lo que persigue la pena, en la práctica, no es lo mismo que justificarla. En un Estado social y democrático de Derecho, observar la realidad es indispensable, aunque insuficiente para validar el arma más vil que tiene el Estado para restringir el bien máspreciado: la libertad. La única manera de legitimar esta sanción será tomando

---

1 Abogada por la PUCP. Abogada de la Defensoría del Pueblo. Adjunta de docencia y Jefa de Práctica de la Facultad de Derecho PUCP. Miembro del grupo de Investigación y Estudio del Derecho Penal y Criminología.

2 Abogada por la PUCP. Asociada de Hernández & Cía. Abogados. Adjunta de docencia y Jefa de Práctica de la Facultad de Derecho PUCP. Miembro del grupo de Investigación y Estudio del Derecho Penal y Criminología.

en cuenta que la razón que justifique su aplicación, además de ser posible de realizar, debe ser legítima según los estándares de un Estado respetuoso del marco internacional de los derechos humanos. El fin asignado a la pena que no cumpla con estas dos características no tendrá legitimidad alguna.

Las respuestas a las preguntas formuladas deben mirar tanto la realidad como la Carta Magna y el bloque de constitucionalidad que incluye tratados de derechos humanos que son vinculantes al Estado peruano. Deben ser capaces de identificar una razón que legitime la aplicación de una pena que, en la práctica, especialmente en esta región del mundo, no sólo priva de la libertad, sino de otros derechos fundamentales como la salud, dignidad y, en algunos casos, incluso la vida.

Esta es la realidad que prima en contextos ordinarios. Sin embargo, se vuelve aún más extendida en tiempos de anormalidad, en las que, de un momento a otro, aterriza una amenaza letal que paraliza al mundo entero y que, dadas las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación penitenciaria, precaria infraestructura, insuficiente personal de seguridad, entre otros, aumenta significativamente los riesgos a la salud y vida que eran asumidos como inherentes a la pena.

Esto es precisamente lo que pasó cuando llegó al Perú (y al mundo) la enfermedad causada por el SARS-CoV-2 (en adelante, "COVID-19"). Las principales organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advirtieron todas las condiciones que hacían, y siguen haciendo, particularmente vulnerables a estas personas frente al virus: contacto humano cercano, espacios cerrados, bajas condiciones sanitarias, mala alimentación, estrés y enfermedades preexistentes (principalmente, la tuberculosis y el virus de inmunodeficiencia humana). En suma, un coctel altamente letal.

Por ese motivo, las personas privadas de libertad fueron rápidamente visibilizadas como un grupo que requería especial atención, dadas las condiciones de detención en las que se encontraban. En estos espacios, las indicaciones del gobierno de lavarse las manos y mantener el distanciamiento social eran meras utopías. Esta realidad, sin embargo, no es monopolio del Perú. Las condiciones inhumanas en las que se encuentran las cárceles responden a un patrón en la región latinoamericana que, además, ha venido empeorando con los años al haberse incrementado la población penitenciaria sin tener como correlato una mejora en el sistema. Veníamos arrastrando este escenario año tras año, y la llegada del COVID-19 solo agravó esta situación.

Por ese motivo, fue más que oportuno que el 26 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") declarase un estado de cosas inconstitucional (en adelante, "ECI") la situación de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, su infraestructura y servicios básicos, dándole al Estado un plazo de cinco años para superar esta situación, bajo el riesgo de cerrar temporalmente las cárceles, empezando por las seis más hacinadas.

En este contexto, y dado el fracaso de las medidas adoptadas por el gobierno para hacer frente a la crisis del sistema penitenciario, cabe preguntarse si es

posible encontrarle una justificación a la pena, y así, mantenerla en los términos en los que existe hoy en día. La respuesta necesariamente debe iniciar por reconocer que el mismo Estado ya ha confirmado que la pena en nuestro país no sólo no cumple, en la práctica, el fin que le asigna la Carta Magna, sino que supone, dadas las condiciones carcelarias, una privación de derechos fundamentales que trascienden la libertad.

En las condiciones actuales, la pena privativa de la libertad corre seriamente el riesgo de colisionar con la prohibición constitucional de la pena de muerte. En este contexto, la pandemia nos obliga a repensar, una vez más, la justificación de la prisión como sanción penal frente al delito. Con la ‘nueva normalidad’ como telón de fondo, la pregunta sobre el fin que debe asignársele a la pena vuelve a cobrar relevancia. Para efectos de este artículo, y por razones de espacio, nos limitaremos a desarrollar la pena privativa de libertad, pero no las otras clases de penas reguladas en el artículo 28 del Código Penal (restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa), aunque la justificación que se halle debe ser igualmente idónea para sustentar estas últimas.

En esa línea, el presente artículo busca explorar dentro de las principales tesis que asignan un fin a la pena, aquella que resulte compatible con la Constitución y con una realidad que muestra al encierro como una amenaza inminente contra la salud, integridad personal, dignidad y vida; pudiendo incluso ser calificada como una pena cruel, inhumana y degradante. Para ello, resulta fundamental, como primer punto efectuar un análisis de la realidad carcelaria, de cara a las últimas estadísticas publicadas por el Instituto Nacional Penitenciario (en adelante, “INPE”) correspondientes al mes de mayo de 2020. En segundo lugar, se desarrollará las teorías tradicionales de la pena, que históricamente han buscado otorgar una utilidad o fin a la imposición de una sanción penal, a fin de evaluar los vacíos que estas enfrentan al momento de contrastarlas con la realidad.

En tercer lugar, en virtud de la especial posición de garante del Estado, se analizará el alcance de las obligaciones del Estado peruano ante una eventual responsabilidad internacional por el incumplimiento de estándares de protección de los derechos humanos de esta población. Finalmente, como cuarto punto, se evaluará, a partir de un repaso de las declaratorias de emergencia del sistema penitenciario, así como de la sentencia del TC que declara un ECI el hacinamiento penitenciario, si acaso existe un discurso alternativo que permita legitimar, en contextos excepcionales como el que vivimos actualmente, la imposición de la pena privativa de libertad.

Escribimos estas líneas en homenaje al profesor Felipe Villavicencio, quien ejerció durante los últimos años de vida, un destacado rol como miembro del Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura. Este órgano fue creado por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 2006, con el propósito de realizar visitas a los centros de detención, asesorar a Estados Parte y cooperar con organizaciones nacionales, regionales e internacionales para fortalecer la protección de las personas privadas de libertad, contra la tortura y los malos tratos.

Con su partida, el profesor Villavicencio deja como legado una extensa trayectoria dedicada al servicio de los derechos fundamentales del sector más vulnerable de la sociedad.

### 1. Realidad Carcelaria

Para nadie es un secreto que en la región latinoamericana las cárceles operan en condiciones indignas, que distan mucho de poder garantizar una adecuada detención. Como ya lo señalamos, la permanente crisis de los centros de privación de la libertad en esta parte del mundo existe hace décadas y se ha ido intensificando con el paso del tiempo. Las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región incluyen precarias condiciones de salubridad e higiene y alarmantes niveles de hacinamiento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Esta situación genera que las personas privadas de libertad se conviertan en un grupo especialmente vulnerable. Según Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), los números oficiales de las investigaciones indican que las posibilidades de morir en prisión se incrementan 25 veces más que las posibilidades de que ello ocurra en libertad (Gusis & Espina, 2020, pág. 11).

La situación del Perú no es ajena a la que se vive en la región. En las dos últimas décadas nuestra población penitenciaria se multiplicó exponencialmente, sin que hayan mejorado de manera paralela las condiciones carcelarias. En 1997 la población penal reportada por el INPE era de 24,297 personas, y sólo 22 años después esta incrementó en 518%. Según el último Informe Estadístico del INPE, para mayo de 2020 la población penitenciaria dentro de establecimientos penitenciarios<sup>3</sup> ascendía a 93,921 personas (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

Estas personas se encuentran distribuidas en 67 establecimientos penitenciarios que, al mes de mayo de 2020, se encontraban habilitados a nivel nacional (Instituto Nacional Penitenciario). Dichos recintos tienen una capacidad de albergue –esto es, un aforo máximo– para alojar 40,065 internos e internas (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). No obstante, como se señaló en el párrafo anterior, en este momento la población penal total bordea las 94 mil personas. Esto quiere decir que, a la fecha, los establecimientos penitenciarios albergan un exceso de 53,856 personas. Es decir, estamos al 134% de nuestra capacidad de albergue (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020), lo que confirma el serio problema de hacinamiento que arrastra el sistema penitenciario.

De acuerdo con el Comité Europeo para los Problemas Criminales, hay sobrepoblación crítica cuando la sobrepoblación penitenciaria excede o es igual al

---

3 Cabe señalar que la población del sistema penitenciario se compone de dos grandes grupos: (i) las personas que se encuentran en establecimientos penitenciarios al tener mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva; y, (ii) las personas que asisten a establecimientos de medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos, dictaminado medidas alternativas al internamiento, o liberados con beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional.

20% de la capacidad de albergue (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). La grave situación en cada establecimiento penitenciario dependerá, sin embargo, de la capacidad de albergue que tenga y la cantidad de internos que se reciba en cada caso.

Por ejemplo, por la cantidad de internos que alberga, se piensa que el penal de Lurigancho es el más hacinado del Perú. No obstante, esto no es así. Este penal cuenta con una gran cantidad de internos pues es el establecimiento penitenciario con la mayor capacidad de albergue a nivel nacional (3,204 unidades de albergue). En realidad, el establecimiento penitenciario más hacinado en nuestro país es el que se ubica en Chanchamayo. Dicho recinto cuenta con una capacidad para 120 internos pero alberga 728, lo que se traduce en un 507% de sobrepoblación (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

¿Por qué es fundamental alertar sobre esta realidad? Porque el hacinamiento genera consecuencias nefastas en las y los internos. Según la Defensoría del Pueblo, esto ocasiona: (i) fallas en los mecanismos de control y vigilancia penitenciaria; (ii) problemas psicológicos y emocionales en los internos e internas al no tener un espacio propio y privado dentro del penal; (iii) imposibilidad de acceder por parte de un número mayor de internos o internas a las áreas de trabajo y educación existentes; y, (iv) afectaciones a la salud física y psíquica, dado que el interno o interna es susceptible de padecer enfermedades infecto-contagiosas y síndromes, como tuberculosis, hepatitis o VIH/SIDA, además de desarrollar enfermedades mentales (2018, pág. 21).

Pero este no es el único problema que afrontan las cárceles. Al hacinamiento, que hace imposible cumplir el distanciamiento social requerido para evitar los contagios por COVID-19, se suman otros problemas estructurales: déficit en el sistema de salud penitenciario, limitado acceso a agua, deficiente calidad de las instalaciones sanitarias, falta de higiene y de alimentación adecuada, población penitenciaria mixta (procesados con condenados, menores con adultos, etc.), limitaciones en talleres educativos y de trabajo, incumplimiento de estándares básicos sobre infraestructura, ruptura del vínculo de internos e internas con sus familias, y otros.

Con respecto a las condiciones de salud, tales limitaciones afectan principalmente a las mujeres gestantes y madres que conviven con sus hijos e hijas en los establecimientos penitenciarios. Según el artículo 103º del Código de Ejecución Penal, las y los hijos menores pueden permanecer en los establecimientos penitenciarios con sus madres hasta los 3 años y deben ser atendidos en una guardería. A mayo de 2020, el INPE tenía a su cargo a 132 niños y niñas: 72 varones y 60 mujeres (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

Con ello, las obligaciones del Estado para con esta población se intensifican, pues los hijos de las internas, que asumen las consecuencias jurídicas de los delitos por los que está encerrada su madre, para sobrevivir dependen de la administración penitenciaria en prestaciones tan básicas como la salud, alimentación, alojamiento, educación, entre otras (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

Si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal señala que la interna gestante o madre y los hijos menores de ésta que conviven con ella gozan de amplia protección del Sistema Penitenciario, en la práctica, de acuerdo con el Informe Especial N° 02-2019 emitido por la Dirección del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT), la gran mayoría de centros no cuentan ni con pediatras que evalúen o hagan seguimiento periódico a los menores, lo que agrava su situación de vulnerabilidad (Dirección del MNPT, 2019, pág. 136). Al respecto, el referido informe reveló lo siguiente:

- En el penal de mujeres de Jauja el 38% de internas señaló que no cuentan con una guardería y el 39%, que no existe personal especializado a cargo de los niños y niñas.
- En el penal de mujeres de Chorrillos el 16% de las internas encuestadas señaló que tuvieron alguna dificultad para instalarse con sus hijos e hijas cuando lo solicitaron; y el 36%, que no existe personal especializado a cargo de los niños y las niñas.
- En el penal de mujeres de Arequipa, el 16% de las internas encuestadas señaló que, cuando uno de los hijos o hijas de las internas requirió atención médica, no fue atendido o atendida en el servicio de salud del establecimiento penitenciario. (Dirección del MNPT, 2019, pág. 136)

Con respecto a la alimentación y agua, el referido informe precisó las siguientes cifras:

- El 75% de las internas encuestadas en el penal para mujeres de Concepción, el 59% en el penal de mujeres de Chorrillos y el 59% en el penal de mujeres de Arequipa calificaron la calidad de la comida como mala.
- El 90% de las internas encuestadas en el penal de mujeres de Arequipa; el 85% en el penal de mujeres de Jauja; el 80% en el penal Anexo de mujeres de Chorrillos; el 57% en el penal de mujeres de Sullana; y, el 50% en el penal para mujeres de Concepción, indicaron que no reciben agua para beber cuando lo solicitan. (Dirección del MNPT, 2019, pág. 147)

La situación descrita por las internas de los establecimientos penitenciarios da cuenta, una vez más, de las carencias que existe en la satisfacción de condiciones mínimas de dignidad, que han de cumplirse al interior de los penales. Sobre todo, si deben asumir, mientras están privadas de libertad, la carga de criar y atender a un hijo o hija de tan temprana edad.

Por motivos de hacinamiento, al ser declarados en emergencia, varios establecimientos penitenciarios cerraron sus puertas a nuevos ingresos, motivo por el cual, los internos procedentes de Lima tuvieron que ser trasladados a los penales de Cañete, Huacho y Huaral (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). De cara al tratamiento penitenciario que reciben, el alejamiento de los penales de los lugares de residencia de sus familiares perjudica el vínculo familiar (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020), y dificulta que el cumplimiento de la pena persiga fines resocializadores, como señala la Constitución.



Además de generar un riesgo para las relaciones familiares, el traslado de internos a penales ubicados lejos de su lugar de residencia también dificulta que puedan recibir bienes de necesidad básica que usualmente son entregados por sus familiares en las visitas. Muchos internos e internas cuentan con dichas visitas pues por medio de ellas reciben productos que muchas veces los penales no cubren. Por ejemplo: alimentos, pañales, insumos de higiene personal e higiene menstrual, entre otros.

Por otro lado, con relación al mantenimiento del orden al interior de los penales, los estándares internacionales indican que la proporción entre el número de trabajadores penitenciarios y los reos debe ser aproximadamente de 1 cada 4 a 5 reos. En el Perú, sin embargo, por cada trabajador del INPE son 9 internos, por lo que se necesitaría el doble de personal penitenciario para cumplir tales criterios (Pérez Guadalupe, 2020, pág. 108).

Como bien refiere Zaffaroni, la desproporción entre los trabajadores penitenciarios y los reos genera que el orden interno termine siendo manejado por estos últimos:

Ello no es nada democrático, por cierto, sino que, se encargan de esa tarea, por regla general, los presos de alguna manifestación más o menos organizada de delincuencia, es decir, alguna banda somete al resto de la población penal a situaciones de humillación, servidumbre y, en algunos casos, incluso de servidumbre sexual. (2020a, pág. 31)

A esta lamentable realidad carcelaria, asentada durante años, se le suma un elemento devastador: la pandemia generada por el COVID-19. De acuerdo con la OMS, esta es una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus, altamente contagiosa que se propaga principalmente de persona a persona, a través de gotículas que salen despedidas de la nariz o la boca de una persona infectada al toser, estornudar o hablar (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Para evitar el contagio se recomienda estar al menos a un metro de distancia de los demás y lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón o con un desinfectante a base de alcohol (Organización Mundial de la Salud, 2020). Estas recomendaciones, sin embargo, son altamente complicadas de cumplirse en una cárcel peruana, donde la regla general es el contacto humano cercano, personas concentradas en ambientes pequeños y cerrados, limitado acceso a agua y jabón, condiciones sanitarias deplorables, falta de ventilación y otros.

Además de estas condiciones críticas a las que se encuentran expuestas los internos e internas, se debe agregar otras variables que los hacen más vulnerables frente al virus. Nos referimos a enfermedades preexistentes, enfermedades crónicas, vejez, entre otros. Todo esto hace que los establecimientos penitenciarios sean focos de infección. Frente a ello, es responsabilidad del Estado tomar medidas para proteger y garantizar que los derechos de los internos e internas no se vean vulnerados. Ya sea que la persona esté cumpliendo una detención preventiva o una condena, las autoridades deberían asegurarse de que el único derecho que se vea restringido sea la libertad, no la integridad y, mucho menos, la vida.



Es importante tener presente, además, que de acuerdo a la oficina regional europea de la OMS, un eventual brote del COVID-19 dentro de los penales generaría una presión tremenda en el sistema de salud (World Health Organization, 2020). Ello no sólo afecta a las personas intramuros y a los trabajadores penitenciarios, sino también a la población en general. Nuestro ya saturado sistema de salud estaría aún más cargado ateniendo las necesidades de miles de personas en prisión. Esto generaría un serio problema de salud pública.

Con el propósito de responder a la advertencia realizada por las organizaciones internacionales, entre ellas, la CIDH, a través del documento “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, el gobierno peruano publicó un conjunto de iniciativas legislativas que buscaban reducir los niveles de hacinamiento penitenciario y de esta manera, combatir los factores que aumentaban el riesgo de contagio por el COVID-19.

En esa línea, en abril se emitió el Decreto Legislativo N° 1459 para optimizar la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar (en adelante, “OAF”). Lo fundamental de esta norma es que reconoció expresamente lo siguiente:

Que, las condiciones de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional convierten a las y los internos y al personal penitenciario (agentes de seguridad, administrativos y personal de salud), en focos de riesgo de contagio de enfermedades infecciosas como el COVID-19. (DL N° 1459, 2020, 2020)

Si bien la finalidad de la norma era buena (reducir el hacinamiento), se preveía que esta tuviera un impacto limitado, no pudiendo generar un cambio en el status quo. Esto debido a la poca cantidad de personas que podían beneficiarse con ella. Según el Informe Estadístico del INPE, para abril de 2020, mes en el que se publicó el Decreto Legislativo N° 1459, el número de presos por OAF ascendía a 2,290, que equivalía al 2.4% de la población penitenciaria total (Instituto Nacional Penitenciario, abril 2020). Al mes de haber aplicado la medida, solo quedaban 1,672 internos por dicho delito (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). Entendemos que la excarcelación de 618 personas responde a la aplicación de la norma bajo mención. Si bien esto es algo positivo, no es suficiente para disminuir el hacinamiento, pues únicamente generó que la población penitenciaria disminuyera en 0.64%.

Si lo que realmente se buscaba era disminuir el hacinamiento de manera rápida y efectiva, lo que correspondía era implementar medidas para liberar a un gran número de internos e internas. Frente a ello el Estado debió preguntarse: ¿cuáles son los delitos por los cuales el grueso de la población penitenciaria se encuentra privada de la libertad? La respuesta se obtiene con una simple revisión de los Informes Estadísticos del INPE.

Al hacerlo, es fácil identificar que más de un tercero de los internos se encuentra en los establecimientos penitenciarios por delitos contra el patrimonio: hurto (4.3%), robo (30.9%) y extorsión (1.2%). Para el mes de abril, estos tres delitos

representaban el 36.4% de la población penitenciaria total. Por tanto, se pudo tomar en consideración extender la medida de conversión de penas para alguno de los delitos contra el patrimonio, poniendo como restricción los delitos más graves y aquellos que se hayan cometido con violencia.

Lo mismo sucede con el tráfico ilícito de drogas. En sus distintas modalidades, este delito representa el 18.5% de la población penitenciaria total. El mismo escenario se presenta con el delito de tenencia ilegal de armas, que para abril de 2020 representaba el 3.1% de la población penitenciaria total. Es decir, incluso más internos se encuentran en establecimientos penitenciarios por este último delito que por OAF. Por tanto, se pudo emitir normas que tuviesen mayor efectividad para lograr reducir el hacinamiento en las cárceles, tomando en consideración otros delitos y no sólo OAF.

Otra de las normas que se emitieron en este periodo fue el Decreto Supremo N° 004-2020-JUS. El objetivo de dicha norma fue establecer, “de manera excepcional y temporal, supuestos especiales para que la Comisión de Gracias Presidenciales proceda a evaluar y proponer el otorgamiento de indultos comunes y por razones humanitarias, así como conmutaciones de penas”, en el contexto de la emergencia sanitaria a nivel nacional por COVID-19. Sin embargo, nuevamente se presentó el mismo problema: muy pocas personas se vieron beneficiadas con la medida. Según información publicada por el Ministerio de Justicia, para junio de 2020 la emisión de gracias presidenciales habría permitido la excarcelación de 307 internos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020). Esto representa, aproximadamente, el 0.33% de la población penitenciaria total.

Por su parte, el Poder Judicial también adoptó medidas con el fin de “resolver el problema del riesgo de contagio masivo de la población penitenciaria con el COVID19, dadas las condiciones de hacinamiento de los penales y la vulnerabilidad de muchos de los internos” (Presidencia del Poder Judicial, 2020, p.2). En esa línea, el 7 de mayo de 2020 se emitió la Resolución Administrativa N° 000138-2020-CE-PJ, que aprobó la “Directiva de Medidas Urgentes con motivo de la Pandemia del COVID-19, para evaluar y dictar, si correspondiere, la reforma o cesación de la prisión preventiva”. El documento fue propuesto por los jueces supremos César San Martín Castro y Víctor Prado Saldarriaga.

Al respecto, identificamos dos problemas. El primero de ellos es que únicamente se aplica para prisiones preventivas, pero no para condenas. Esto quiere decir que solo el 36% de la población penitenciaria total para mayo de 2020 se podía ver beneficiada con esta medida. El segundo problema es que la misma Directiva señala que, si bien los criterios establecidos deben ser tomados en consideración por los jueces al momento de resolver, no tienen carácter vinculante. En ese sentido, los magistrados no se encuentran obligados a aplicar estos criterios en los casos a su cargo, sino que se trataría de una simple recomendación. Estas características reducen la efectividad de la Directiva para cumplir su objetivo, que es resolver el problema del riesgo y contagio masivo de la población penitenciaria con el COVID-19.

Para corroborar el fracaso de las medidas implementadas por el Estado en

disminuir el hacinamiento en los penales basta fijarnos en las cifras. En la Tabla 1 a continuación se puede apreciar cómo varió la población penitenciaria total durante los primeros meses de la pandemia.

**Tabla 1**

*Variación de población penitenciaria en los meses de marzo, abril y mayo del 2020 según fuentes oficiales del INPE*

Concepto Mes	Procesados	Sentenciados	Población penitenciaria total
Marzo	35,931	61,562	97,493
Abril	35,635	60,805	96,440
Mayo	33,989	59,932	93,921

Como se puede observar, la población penitenciaria total no sufrió una variación significativa. Entre marzo y mayo sólo 3,572 personas fueron excarceladas: 1942 procesados y 1630 sentenciados. Esta cifra no llega ni al 4% del total de personas privadas de la libertad.

Ahora bien, ¿qué efecto tuvo el que se hayan mantenido los niveles críticos de hacinamiento durante la pandemia? Además de agravarse la vulneración de derechos de las personas privadas de la libertad, el resultado obtenido fue la muerte de cientos y el contagio de miles de internos e internas, así como de funcionarios del INPE. Algunas de estas muertes, y lesiones, además, ocurrieron como consecuencia de hechos de violencia en distintos penales del país, derivados de las protestas de internos e internas que reclamaban atención médica para evitar el contagio del COVID-19 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020). En esa línea, al mes de julio, las cifras del impacto del COVID-19 en el sistema penitenciario peruano eran las que se muestran en la Tabla 2 a continuación (Quispe, 2020).

**Tabla 2**

*Cifras del impacto de COVID-19 en el sistema penitenciario peruano a julio 2020*

Efecto Población	Fallecidos	Contagiados
Agentes del INPE	29	2,434
Internos e internas	296	8,249
Total	325	10,683

Lo que se ha señalado en las líneas precedentes representa, a grandes rasgos, la realidad carcelaria peruana. Como se señaló, el listado de problemas que afronta nuestro sistema penitenciario es extenso. No obstante, lo que debe combatirse con mayor ahínco y urgencia, dadas las actuales circunstancias, son la sobrepoblación y el hacinamiento penitenciario. Esto último constituye la razón por la cual la

cantidad de contagios ha crecido de forma exponencial dentro de los establecimientos penitenciarios en los últimos meses. Si bien los internos e internas venían cumpliendo los mandatos de detención y condena en condiciones precarias, esta situación se volvió aún más crítica con la pandemia ocasionada por el COVID-19. Este escenario no sólo atenta y pone en riesgo la salud, dignidad e integridad personal de las personas privadas de libertad, sino también, sus vidas. Ante estas circunstancias cabe preguntarnos cuáles son las razones que justificarían el encierro en dichas condiciones en plena pandemia, si acaso hay alguna razón que la justifique. Como señala Zaffaroni,

El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal de racionalizaciones reiterativas, nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad. (1998, pág. 16)

## 2. Los Fines Tradicionales Asignados a la Pena

La discusión sobre los fines de la pena no es exclusiva del derecho penal. Pero no es una discusión exclusiva de esta rama del Derecho. La pregunta sobre qué legitima el castigo o por qué castigamos es una de las más recurrentes cuando se habla del Derecho en general. No es casual que grandes filósofos como Aristóteles, Platón, Montesquieu, Beccaria, Bentham, Kant, Hegel, Feuerbach, y otros, se hayan planteado estas preguntas, habiendo formulado extensas teorías para asignarles un sentido, en un determinado momento y lugar. Esto último es importante teniendo en cuenta que las teorías han ido evolucionando con el paso del tiempo.

La pena es la característica más importante del derecho penal y, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que utiliza el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad (Villavicencio, 2017, pág. 24). Es un mal que implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona que la padece (Villavicencio, 2006, pág. 46). Es la manera a través la cual el Estado expresa la peor cara del poder que tiene sobre sus ciudadanos, privándolos de su libertad cuando considera que han cometido un delito. El uso del encarcelamiento evidencia que el derecho penal suele ser excluyente, pues excluye de los derechos y beneficios de la ciudadanía a aquellos contra quienes ejercer su poder (Duff, 2015, pág. 25).

La doctrina del derecho penal nacional ha estudiado por años qué cosa legitima privar a una persona de su libertad por los actos que ha cometido (Meini, 2013). La discusión sobre el fundamento y fin de la pena ha dado lugar a las denominadas teorías de la pena que buscan justificar o legitimar, mediante explicaciones racionales, la imposición del castigo (Villavicencio, 2017, pág. 25). Cada una de las teorías responden a una determinada concepción de Estado y, consecuentemente, cada teoría origina una determinada definición de derecho penal (Villavicencio, 2006, pág. 45). Estas teorías, en términos generales, podrían dividirse en

tres grandes grupos: a) retributivas o absolutas; b) preventivas o relativas; y, c) mixtas (Roxin, 1997, pág. 24).

Las teorías *absolutas* son todas aquellas doctrinas retribucionistas que conciben la pena como fin en sí mismo (Ferrajolli, 2000, pág. 253). Su nombre parte de la creencia de que existen verdades o valores absolutos, como la justicia, que le dan sentido y fundamentan la pena (Villavicencio, 2006, pág. 47). Los principales expositores, los filósofos Immanuel Kant y George Wilhelm Hegel, reivindicaban la idea de que la pena debía retribuir el daño causado y estar desvinculada de su efecto social. La pena, bajo esta tesis, se legitima si es justa, pero no si es útil (Villavicencio, 2006, pág. 47). En este caso, la pena no tiene utilidad alguna, y está estrechamente vinculada a una fundamentación teológica del delito como pecado y la pena como expiación.

Bajo el Antiguo Régimen, la pena representaba el castigo divino y adoptaba la forma retributiva propia de la tradición judeo-cristiana: “la pena se justifica ante todo porque constituye una ciega ejecución del mandato que ordena castigar a quien rompe el orden querido por Dios” (Pietro Sanchis, 2007, pág. 43). Esto encuentra su máxima expresión en la Ley del talión: *ojo por ojo, diente por diente*, que perdura desde la Edad Media hasta Kant y Hegel, que lo utilizan para respaldar el modelo ideal y normativo de la pena (Ferrajolli, 2000; Roxin, 1997). Cabe señalar que el talión, que ahora es símbolo de la barbarie, constituyó en la humanidad primitiva un gran progreso moral y jurídico, precisamente porque puso un límite y una medida a la reacción de la venganza defensiva (Ferri, 1933, pág. 16).

Para Kant el ser humano es un fin en sí mismo. En consecuencia, afirmaba que no era éticamente lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad, es decir, fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social (Mir, 2016, pág. 78). Para dicho filósofo sólo era admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: la Ley penal se presenta como un *imperativo categórico*, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras (Mir, 2016, pág. 78). Como señala Mir:

Es muy expresivo el ejemplo famoso de Kant de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad — puesto que dejaría de existir — debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente «para que todos comprendieran el valor de sus actos». Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según esta, la pena *ha de imponerse por el delito cometido, aunque resulte innecesaria* para el bien de la sociedad. (2016, pág. 78).

Hegel llega a resultados muy parecidos. Haciendo uso de la lógica dialéctica postuló que el delito era el rechazo del sujeto al ordenamiento jurídico que pone en duda la voluntad general de las personas, con lo cual, la pena pretendía negar la negación del ordenamiento jurídico y con ello, reestablecer el Derecho (Meini,

2013, pág. 147). Sustituye, en esa línea, el principio del talión por la idea de la equivalencia de delito y pena.

La hipótesis de que la pena debía ser útil, en lugar de justificarse por sí sola como sostienen las teorías retributivas, se perfeccionó en la Ilustración. Aunque ya lo decía Platón en el siglo 5 A.C: “Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque” (Roxin, 1997, pág. 85). El proceso de secularización del siglo XVII fue determinante en desterrar la fundamentación teológica de la pena como simple expiación, en el tránsito hacia una pena orientada por el principio de estricta necesidad o máxima economía: “el castigo ha de ser más utilidad que venganza, y debe ser el estrictamente necesario para lograr esa utilidad” (Pietro Sanchis, 2007, pág. 45).

Frente a las teorías absolutas se han planteado diversas críticas, entre ellas, las principales serían las siguientes: (a) que son irracionales pues carecen de un fundamento empírico; y, (b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es ficticia pues el mal de la pena se suma al mal del delito (Bacigalupo, 1999, pág. 32). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que las teorías retributivas no sólo carecen de todo sustento científico, sino que, además, implica la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad reconocido en el artículo 1 de la Constitución (Demanda contra Ley N° 28568, 2005). Si el derecho penal busca proteger bienes jurídicos, no es posible valerse de una pena que prescinda de todos los fines sociales (Roxin, 1997, pág. 84).

En segundo lugar, tenemos a las teorías *relativas o preventivas*, que, a diferencia de las absolutas, buscan asignarle una utilidad social a la pena. Su nombre se debe a que, a diferencia de la retributiva, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales (Mir, 2016, pág. 81). La función utilitaria constituye la base común de todo el pensamiento penal reformador, asociándose a la doctrina entre la separación entre derecho y moral: los sufrimientos penales son necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza (Ferrajolli, 2000, pág. 260).

En esa línea, la pena busca prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales (Villavicencio, 2017, pág. 26). Dependiendo a quienes se dirige, se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro; y, prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan (Meini, 2013, pág. 148). En el primer caso, Franz Von Liszt postuló que había que intervenir al delincuente habitual capaz de ser resocializado y reintegrado a la sociedad. Esta es la postura que adopta la Constitución, en el numeral 22 del artículo 139: “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993).

Sobre la prevención especial, cabe hacer algunas precisiones. Primero, no se explica cómo las personas que han delinquido podrán resocializarse si se les interna en centros penitenciarios en donde el contacto social es restringido y donde imperan códigos de conducta que distan mucho de los que rigen fuera de prisión (Meini, 2013, pág. 149). Además, es contradictorio que se le exija a una persona



aprender a hacer uso responsable de su libertad, mientras se encuentra privado de ella. En segundo lugar, aun cuando el Estado dispone que existan talleres de trabajo y educación dentro de los penales, con el fin de capacitar a los internos e internas, y brindarles herramientas que les sirvan cuando recobren la libertad, el hacinamiento impide que todos puedan acceder a dichos cursos. Por tanto, dicho objetivo, por más reconfortador que suene, tampoco se cumple.

Por su parte, la prevención general tiene dos vertientes: negativa y positiva. Con respecto a la negativa, Feuerbach propuso que la pena debía servir para intimidar a los ciudadanos de manera tal que no delincan y opere así, como una suerte de ‘coacción psicológica’ (Mir, 2016, pág. 82). Al respecto, se ha objetado que, si el fin de la pena es disuadir, esto permitiría elevar las penas indefinidamente, pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante (Bacigalupo, 1999, págs. 33 - 34). Otra crítica es que, más que una teoría de la pena, la prevención general negativa sería una teoría de la norma penal (Meini, 2013, pág. 151). Esto, en razón a que la coacción psicológica se verifica antes de la imposición de la pena, mientras que esta última se aplica cuando la prevención no ha podido neutralizar los deseos criminales (Meini, 2013, pág. 151).

La teoría preventivo general positiva, por su parte, postula que la amenaza de la pena debe tener por efecto mantener o fortalecer la confianza de la población en el carácter inquebrantable del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos (Stratenwerth, 2005, pág. 36). La reafirmación del derecho se da a través de una función integradora, que consiste en reafirmar la conciencia social de que la norma vulnerada es válida; o, estabilizadora, según la cual la sanción reestablece la vigencia de la norma penal cuestionada, algo similar a lo que establecía la lógica dialéctica de Hegel.

Una de las críticas contra la prevención estabilizadora es que “no valora los fines políticos del sistema jurídico en cuya defensa se impone la pena” (Meini, 2013, pág. 153). Por tanto, podría terminar legitimando penas contra personas que no acaten normas injustas, emitidas, por ejemplo, en el marco de Estados no democráticos. Otro cuestionamiento interesante es que, si lo fundamental es propiciar confianza en el derecho, antes que acudir a la pena, primero se debería mejorar la eficacia de las instituciones que forman parte del sistema penal, como la Policía, el Poder Judicial y el Ministerio Público, pues de sus actuaciones depende en última instancia que la población confíe o no en el derecho” (Meini, 2013, pág. 153). Finalmente, la existencia empírica de un efecto preventivo-general de las penas ejecutadas no ha sido hasta ahora comprobada convincentemente y, además, es difícil que pueda serlo en algún momento (Bacigalupo, 1999, pág. 33).

Por su parte, la tesis *mixta o de la unión*, como la concibe Roxin, es una combinación de fines preventivo especiales y generales, en función del momento en el que se aplica la pena: 1) en la conminación penal, el fin es preventivo general, 2) en la imposición de la pena, se toma en cuenta las necesidades preventivo especiales y generales, y 3) en la ejecución de la pena, impera el fin preventivo especial positivo, en la resocialización del individuo (Roxin, 1997, pág. 86). Al respecto, dado que la tesis mixta apuesta por la prevención general y especial, todas las



críticas que se han planteado contra dichas teorías se mantienen en esta última propuesta.

A pesar de los cuestionamientos que existen contra cada una de las teorías antes mencionadas, la Constitución (art. 139 numeral 22) y la jurisprudencia se apoyan en ellas para pretender justificar (de manera fallida) el fin que cumple la pena en el Perú. Hay una marcada resistencia en aceptar que una cosa son los fines que debería perseguir la sanción y otra muy distinta, los que la justifican hoy y ahora. Como señala Zaffaroni:

El discurso jurídico-penal no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o aislarse en el “deber ser”, porque para que ese “deber ser” sea un “ser que aún no es”, debe reparar en el devenir posible del ser, pues de lo contrario lo convierte en un ser que jamás será, o sea, en un embuste. De allí que el discurso jurídico-penal socialmente falso sea también perverso: se tuerce y retuerce, alucinando un ejercicio de poder que oculta o perturba la percepción del verdadero ejercicio de poder. (1998, pág. 23)

Ahora, no basta con reconocer que ninguna de las teorías sobre los fines de la pena es real, idónea o satisfactoria. Ninguno de los internos o internas va a recuperar su libertad a pesar de que es un secreto a voces que las razones que presuntamente justifican la pena se han ido desbaratado poco a poco, hasta no quedar rastro de ellas. Lo que corresponde, por tanto, es llegar a un consenso respecto a cuáles son las razones que hoy en día y dadas las circunstancias, legitiman que el Estado imponga una sanción penal a una persona que ha cometido un delito. Esta es una responsabilidad que le compete a todos los ciudadanos y ciudadanas, especialmente, a los que gozamos de libertad.

### **3. Estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) Sobre Personas Privadas de Libertad**

El derecho penal no sólo no puede contrariar la Constitución, sino que encuentra en ella sus límites (restricciones de la intervención penal), como también sus fines e instrumentos de tutela (fundamentos para legitimar su intervención de cara a la protección de bienes jurídicos) (Donini, 2001, pág. 24). De la Carta Magna se derivan los principios y reglas esenciales que han de respetarse, no sólo al momento de incriminar conductas, imputarlas a un individuo presuntamente responsable de un hecho delictivo o asignar la responsabilidad penal, sino también cuando se establecen los fines de la pena.

Si nos remitimos a la norma fundamental, como ya indicamos, esta recoge expresamente en el numeral 22 del artículo 139 que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993); con ello expresa que la ejecución de la pena debe buscar ‘corregir’ o ‘tratar’ al penado para que no vuelva a delinquir. El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal también lo recoge: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora” (Código Penal, 1991).

En esa línea, el TC ha establecido igualmente que tanto las teorías preventivo especial, como general, gozan de protección constitucional directa (Demanda contra Ley N° 28568, 2005). Estas tesis que pretenden legitimar la sanción penal deben leerse a la luz de tratados internacionales sobre derechos humanos, que orientan, a través de disposiciones vinculantes, la actuación del Estado expresado en el *ius puniendi* (derecho a castigar).

En ese orden de ideas, en materia de personas privadas de libertad, el sistema internacional de derechos humanos (SIDH) establece una serie de obligaciones internacionales para los Estados parte de los tratados que ratifican. En el Perú, acorde a la Carta Magna, estos se integran al derecho interno y, aquellos que versan sobre derechos fundamentales, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria, el artículo 55 y el artículo 3, y el mismo TC, tienen rango constitucional<sup>4</sup>. Para efectos de este artículo, y dado que estamos analizando los fines de la pena, no abordaremos los alcances referidos a las medidas de seguridad para personas inimputables, o socioeducativas, en el caso de adolescentes infractores.

Dicho esto, son vinculantes los tratados de derechos humanos como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH") de 1969, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP") de 1966, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945 (en adelante, "DUDH")<sup>5</sup>, la Convención de la ONU contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, entre otros. También lo son los fallos de la Corte IDH, que interpretan el alcance de sus artículos, pues como señala el TC, "la vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso" (Colegio de Abogados del Callao, 2007).

En tanto el derecho penal es expresión del *ius puniendi*, su intervención estará legitimada siempre que ocurra dentro de los límites del Estado social y democrático de Derecho, y en respeto irrestricto de los derechos fundamentales (Naucke & Brond, 2006, pág. 103). En ese sentido, la función que se le asigne a la pena deberá tomar en cuenta los estándares internacionales que vinculan al Estado peruano al momento de ejercer legalmente la fuerza pública y, por tanto, privar de la libertad a un individuo como consecuencia de la comisión de un

---

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00007-2007-PI/TC: "Párrafo 36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que reiterar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. Así lo ha reconocido también el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007 y que obra en autos." (Colegio de Abogados del Callao, 2007)

5 Aunqu no es un tratado, la declaración universal es fuente de derecho consuetudinario.

delito. La pena, en tanto reacción a la criminalidad, legitima al Estado restringir la libertad de un individuo solo si con ello se garantizan los derechos a todos y cada uno (Bacigalupo, 2010).

En ese orden de ideas, la CADH ha precisado que los Estados Parte (como el Perú) tienen una posición especial de garante sobre las personas que, bajo su jurisdicción, se encuentran privadas de libertad. En ese sentido, se les exige adoptar las medidas necesarias a fin de salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos humanos de los internos e internas. Esta relación se explica debido al fuerte control o dominio que ejercen las autoridades penitenciarias sobre las personas sujetas a su custodia.

Como indica la Corte IDH, existe

una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. (“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. , 2004; Isaza Uribe y otros Vs. Colombia., 2018; Hernández Vs. Argentina., 2019).

Como resultado de este deber, el Estado tiene obligaciones específicas para con estas personas, entre las que destaca la prohibición del derecho internacional de imponer una pena que, además de restringir la libertad personal, vulnera otros derechos como la vida, integridad personal, salud, debido proceso, entre otros (“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. , 2004; Isaza Uribe y otros Vs. Colombia., 2018; Hernández Vs. Argentina., 2019). Tampoco se les puede someter a penas corporales, y se considera que el hacinamiento es una vulneración per se a la integridad personal (Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, 2019). Lo mismo sucede con el aislamiento y la incomunicación prolongados que representan por sí mismo formas de trato cruel, inhumano, lesivos a la integridad psíquica y moral de la persona (Suárez Rosero Vs. Fondo, 1997).

Por otro lado, destaca la Corte IDH, que existe un deber de establecer condiciones de detención mínimas compatibles con la dignidad de estas personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, 13 de febrero). Entre dichas medidas se encuentra: garantizar el acceso a agua potable para su consumo y aseo personal; brindar una alimentación de buena calidad, con un valor nutritivo suficiente; atención médica proporcionada regularmente; educación, trabajo y recreación para promover la rehabilitación y readaptación social; visitas en los centros penitenciarios; suficiente luz natural o artificial en las celdas (Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, 2012). Todo esto debe cumplirse sin que el Estado pueda alegar dificultades económicas como excusa de no alcanzarlos (Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, 2012).

La situación de desprotección y vulnerabilidad de las personas privadas de libertad deriva del incumplimiento del Estado de satisfacer las condiciones mínimas carcelarias compatibles con la dignidad. Esto último a pesar de que los tratados internacionales que ha ratificado, le imponen dichas obligaciones. El Estado no puede aplicar una pena y luego alegar incapacidad económica para incumplir el deber de garante que tiene de cara a las personas que se encuentran bajo su custodia.

Haciendo un paralelismo con las reglas del estado de necesidad (art.20.5 CP), ahí donde el obligado causó la situación de peligro o estaba obligado a soportarla por una particular relación jurídica, no procede la exención de responsabilidad penal. Lo mismo sucede en el caso de las cárceles. La situación de desprotección y vulnerabilidad en la que se encuentran los internos e internas ha sido generada por el propio Estado, por ende, no podría alegar una excusa para no remediarlo.

En la línea de establecer la posición de garante, dado que estas personas se encuentran bajo la custodia de agentes estatales, las muertes o lesiones de las personas privadas de libertad deben investigarse de manera seria, imparcial y efectiva (Vera Vera y otra Vs. Ecuador, 2011), y corresponderá al Estado ofrecer una explicación lo suficientemente convincente y satisfactoria que permita desvirtuar su responsabilidad (Mendoza y otros Vs. Argentina. , 2013).

Dado que existe la obligación especial de salvaguardar la vida, salud, dignidad y demás derechos, aquellos hechos que resulten lesivos a estos, mientras estas personas cumplan la pena y estén bajo una relación de sujeción, generarán una responsabilidad estatal si es que no se brinda una explicación convincente del origen de estos actos. Incluso podrían llegar a constituir una forma de trato o pena cruel, si debido a las condiciones del encierro, existe un deterioro de la integridad física, psíquica o moral (García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. , 2005).

Cabe recordar que la “restricción de derechos del detenido, como consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de esta, debe limitarse de manera rigurosa” (López Alvarez Vs. Honduras, 2006; “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. , 2004), justificándose sólo cuando sea necesario en el contexto de una sociedad democrática. Las muertes o lesiones en prisión no constituyen un efecto colateral del encierro. Pero ocurren, y no sólo a causa de las enfermedades transmisibles, como el COVID-19, VIH o TBC, sino también por motines registrados al interior de estos recintos, precisamente en razón al hacinamiento y sobrepoblación, que implican la intervención de agentes estatales que hacen uso de la fuerza para garantizar el orden interno.

Aunque el Estado tiene el derecho y deber de garantizar su propia seguridad, el empleo de la fuerza, con mayor razón en estos espacios, debe darse bajo los límites de la legalidad, necesidad y proporcionalidad (Neira Alegría y otros Vs. Perú., 1995). De lo contrario, una privación arbitraria de la integridad o vida

resultará en una pena ilegal, y traerá como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado por ello.

Estos estándares vinculantes del DIDH, que están en consonancia también con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela<sup>6</sup>), generan obligaciones al Estado, bajo responsabilidad internacional, de garantizar una serie de condiciones carcelarias que garanticen la dignidad inherente y los derechos de las personas privadas de libertad. Obligación que se da con mayor intensidad cuando se trata de personas en situación de mayor vulnerabilidad, como son las mujeres, migrantes, niños, niñas y adolescentes, personas con enfermedades preexistentes, adultos mayores, entre otros.

Por otro lado, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobados por la CIDH en el 131 periodo ordinario de sesiones realizado entre el 3 y 14 de marzo de 2008, también recogen estas directrices. Así, por ejemplo, el Principio I reconoce la “posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad”, y agrega que no se podrá invocar

circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008)

como sería el caso de la pandemia que estamos atravesando.

Por su parte, el Principio VII señala, a su vez, que cuando los centros penitenciarios estén ocupados por más personas de lo que permiten las plazas establecidas por ley, y de ello deriven vulneraciones a derechos humanos, esto deberá ser considerado como una “pena o trato cruel, inhumano o degradante” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008). Situación que se encuentra prohibida por el derecho internacional.

Estos lineamientos recogidos por el DIDH también están, en parte, precisados en el Derecho Interno, como ya se anticipó en el artículo 139 de la Constitución, numerales 21 y 22, pero también en el Código de Ejecución Penal, a partir del principio de humanidad (artículo 3 del Título Preliminar), la prohibición de restringir más derechos a los internos que los estrictamente establecidos por ley y la sentencia (artículo 1), la separación de internos y procesados (artículo 11), la adecuada alimentación (artículo 17), el derecho al bienestar físico-mental (artículo 76), a acceder a actividades educativas, culturales, religiosas y laborales (artículo 18), así como a recibir comunicaciones (artículo 37) y visitas (artículo 39), entre otros.

<sup>6</sup> Aun cuando estos no sean vinculantes per se, nada obsta que los Estados puedan adaptar sus marcos jurídicos de cara a tales Reglas, dado que estas se basan en principios fundamentales de aplicación general.

Ahora bien, en lo que respecta a los fines asignados a la pena, la CADH, en su artículo 5, señala que las penas privativas de libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte IDH (Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. , 2006; García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. , 2005). Esto se encuentra precisado en los mismos términos en el artículo 10 del PIDCP, numeral 3 que, además, reitera que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente, con el respeto debido a su dignidad humana. Al respecto la Observación General No. 21 del Comité de Derechos Humanos (que interpreta los alcances del PIDCP) señala que: “Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso” (Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, 1992).

Por su parte, los considerandos de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas recogen una multiplicidad de finalidades tanto preventivas generales, como especiales: “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

En la misma línea va la regla 4 de las Reglas Mínimas de Mandela al precisar que los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Y a ello, añade:

Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2015)

De lo descrito en líneas anteriores se deduce que, tanto el sistema universal de Derechos Humanos como el interamericano, se alinean en mayor medida, a una mirada preventivo especial, dirigida principalmente a garantizar la resocialización o reinserción del reo a la sociedad. O, en todo caso, la no desocialización, como la obligación del Estado de no obstaculizar que el ciudadano, si así lo decide, y en conformidad con el respeto a su libertad de pensamiento, se reinserte en la sociedad (Arias Holguín, 2012, pág. 150). Este discurso igualmente amparado en nuestra Constitución se debilita, sin embargo, ante la comprobada capacidad desocializadora de los lugares en los que se cumple la pena, tal como hemos indicado en el primer apartado.

Esto se ha visto aún más agravado con la llegada de la pandemia por el COVID-19 que, al afectar el derecho a la salud y vida de las personas privadas de

libertad, vulnera también el principio de proporcionalidad que debe regir la pena. En virtud de este, el Estado no puede responder con penas desproporcionadas al contenido ilícito (entidad del bien jurídico lesionado por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad según las circunstancias del caso (Zaffaroni, 2020b, pág. 28).

Aunque la realidad de la ejecución penal haya normalizado que el grado de la pena sea superior a lo estrictamente lícito, si este exceso alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana y degradante, incluso de alto riesgo a la vida, ese plus desequilibra la relación tiempo-sufrimiento presupuesta por el legislador en el Código penal, y vuelve ilícita la pena.

El fin resocializador de la pena se convierte en este escenario en una aspiración político-criminal de lo que debería ser la pena privativa de libertad, más no de lo que es, por las razones expuestas líneas arriba. Por tanto, pretender legitimarla (recordemos que en eso consiste identificar un fin), a partir de un ideal irrealizable no sólo no resulta convincente, sino que debilita las razones a favor de imponer este castigo.

La sanción en esos términos se degrada a una de fines retributivos, estando esta finalidad prohibida al amparo del orden constitucional e internacional. La pregunta en esa línea es, entonces, si es dable asignarle un fin a la pena, desde una mirada político-filosófica, que no sólo se encuentra divorciada de la realidad, sino que, además, esta última frontalmente la transgrede.

#### **4. Entre el Ser y el Deber Ser: ¿Qué Hacer?**

Tal como se había señalado líneas arriba, el Estado ha reconocido en varias oportunidades que existe una situación de crisis en el sistema penitenciario. Ello no sólo se da debido a las declaratorias de emergencia en los últimos años, sino al reconocimiento del TC del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en esta materia, que tuvo su última y más importante expresión el pasado 26 de mayo de 2020, pero que ya se había pronunciado antes, en el extremo de la salud mental de las y los internos.

Las declaratorias de emergencias y crisis del sistema penitenciario constituyen una reafirmación de la incapacidad del Estado para poder cumplir los mandatos constitucionales e internacionales de protección de los derechos de las personas privadas de libertad. A partir de un repaso de dichos pronunciamientos, y, a su vez, de los fines tradicionalmente asignados a la pena, se evaluará si cabe o no hallar un discurso alternativo legitimador de la sanción penal en este contexto de pandemia que, al fin y al cabo, justifique su existencia.

##### **4.1 La Crisis del Sistema Penitenciario**

El 6 de enero de 2017 mediante Decreto Legislativo N° 1325, se declaró en estado de emergencia el Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), por razones de seguridad, salud, hacinamiento y deficiente infraestructura por un plazo de 24 meses, a fin de revertir la aguda crisis que atraviesan



los establecimientos penitenciarios a nivel nacional. Una de las razones que llevó a esta decisión fue, según la normativa, lo siguiente:

Que, el Sistema Nacional Penitenciario viene atravesando una aguda crisis, en las últimas décadas, debido principalmente a la sobrepoblación de internos en los establecimientos penitenciarios, los mismos que han sido re-basados en su capacidad de albergue, así como por la falta de los medios necesarios, como recursos humanos, logísticos, presupuesto y servicios penitenciarios para el tratamiento, salud y seguridad penitenciaria, lo cual dificulta el proceso de resocialización del interno. (DL N° 1325, 2017, 2017, 6 de enero)

Esta medida buscaba reducir el hacinamiento en las prisiones e implementar acciones para mejorar las condiciones de salud, dada la alta incidencia de enfermedades como la tuberculosis y el VIH en las prisiones, y las afectaciones a la salud mental. También buscaba fortalecer la infraestructura de los penales, implementar medidas anticorrupción, salvaguardar la seguridad de las y los internos y el personal penitenciario, entre otros. A fines de 2018, el plazo para cumplir con estos objetivos se extendió por 24 meses, a través del Decreto Supremo N° 013-2018-JUS, hasta el 7 de enero de 2021.

En el marco de esta declaratoria, en el 2020 se impulsaron algunas medidas como la conversión de penas en los casos de internos condenados por el delito de OAF, si la persona realizaba el pago íntegro de la reparación civil y la deuda alimenticia acumulada (DU 008-2020); o la optimización de criterios y requisitos para que las personas extranjeras condenadas en el Perú puedan cumplir su pena en un establecimiento penitenciario del exterior o sean enviados a su país (DU 018-2020).

Por su parte, en relación con las sentencias del TC que declaran un ECI en materia penitenciaria, cabe recordar el primer fallo emitido en 2010 sobre salud mental vinculado a las personas que padecen enfermedades mentales, sujetas a medidas de internación (N° 03426-2008-PHC/TC, 2010) y el segundo en 2019 nuevamente sobre la falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas internadas (N° 04007-2015-PHC/TC, 2019).

Sin embargo, es el último fallo del TC sobre este tema el 26 de mayo de 2020 que, de manera generalizada y no limitándose al grupo de personas con discapacidad mental privadas de libertad, declara la existencia de un ECI “respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional” (N.° 05436-2014-PHC/TC, 2020).

El caso en virtud del cual se pronuncia es el de un interno del penal de Pocolay (Tacna) que presentó un habeas corpus alegando que la forma en la que estaba cumpliendo la pena ponía en riesgo su vida y salud, pues padecía de

enfermedades como la gripe y bronquitis, que se habían tornado crónicas y venía durmiendo en el suelo, a falta de camas individuales, en una cárcel que tenía una tasa de sobrepoblación de 355%. Por ese motivo, pedía atención médica, así como dejar de dormir en el suelo.

La sentencia declaró fundada en parte la demanda, en el extremo donde alega la vulneración de su derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad en la forma y condiciones en que cumple la pena. A su vez, declaró un ECI y estableció la necesidad de que las alternativas de solución a este problema deban ser el resultado de un trabajo conjunto y coordinado entre el Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad. En esa línea, dio un plazo de cinco años para superar esta situación de inconstitucionalidad, bajo el riesgo de cerrar temporalmente establecimientos penitenciarios, empezando por los seis más hacinados; y un plazo de 3 meses para que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elabore un Plan Nacional de Política Penitenciaria 2021-2025.

Este último fallo resulta revelador de la dramática realidad carcelaria vigente en nuestro país y la manera cómo se distorsiona el cumplimiento de las penas privativas de libertad en los distintos establecimientos penitenciarios. Los argumentos ahí desarrollados no son nuevos, sino que dan cuenta de un estado de cosas inconstitucional que existe hace décadas. Sin embargo, lo relevante de esta sentencia es que el Estado reconoce formalmente que las penas que impone en ejercicio de su *ius puniendi*, a quienes incurren en la comisión de delitos, no solo son privativas de libertad, sino de la salud, integridad y dignidad, pudiendo ser incluso, calificadas de penas crueles, inhumanas y degradantes, y contrariando, además, la proscripción de la pena de muerte en el país.

Dicho esto, el TC, en esta oportunidad, recoge varios puntos interesantes. Lo primero es que, como precisamos en el primer apartado sobre la realidad carcelaria, este no es un problema reciente, ni exclusivo de nuestra región, sino que es una crisis heredada que no nació con la llegada de la pandemia (N.º 05436-2014-PHC/TC, 2020). Esto último, apenas agravó la afectación de derechos de las personas privadas de libertad. Lo segundo es que este escenario no ha sido generado única ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de prisiones, sino por diversas políticas de aumento de penas y persecución penal. Con ello, el tribunal determina que la responsabilidad detrás de esta situación es compartida, aunque ello resulte irrelevante frente a las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado como una sola entidad.

Otro punto interesante del fallo son las causas que subyacen al hacinamiento penitenciario en Perú, tales como las políticas de tolerancia cero, el incremento de penas, la eliminación de beneficios penitenciarios, la falta de mejora y aumento en la infraestructura, el uso excesivo de la prisión preventiva por sobre medidas alternativas, la creación de más delitos; así como sus consecuencias, que incluyen,

espacios de tensión, vulneraciones de derechos, proliferación de enfermedades, fallas en el control y vigilancia penitenciaria, motines, imposibilidad de acceder a trabajo y educación, etc. (N.º 05436-2014-PHC/TC, 2020).

Como bien afirma el TC, y acorde a lo reseñado líneas arriba, el Estado peruano no ha venido cumpliendo los mandatos constitucionales ni las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (N.º 05436-2014-PHC/TC, 2020). Esto incluye la finalidad que el mismo Estado ha asignado a la sanción punitiva, consistente en resocializar o reinsertar al reo en la sociedad. En un contexto de hacinamiento carcelario y sobrepoblación penitenciaria de 134% sobre su capacidad máxima, agravada con la crisis sanitaria del COVID-19, este fin no sólo constituye un imposible jurídico, sino que, en la práctica, esta sanción deviene en una pena cruel e inhumana, y una lesión de los derechos a la integridad personal, dignidad, salud, y vida.

Tal como sostuvo la Defensoría del Pueblo en un informe de Adjuntía No. 006-2018/ADHPD “un sistema penitenciario vulnerado por el hacinamiento difícilmente podrá cumplir fines preventivos o resocializadores, afectando de forma casi ineludible, la dignidad de las personas encarceladas” (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 15). A ello agrega que, a pesar de los compromisos asumidos por distintos gobiernos, este fenómeno en vez de haber disminuido, ha aumentado significativamente (Defensoría del Pueblo, 2018).

En esa línea, la realidad de las prisiones a nivel nacional, y regional, nos lleva necesariamente a cuestionar los fines de la pena asignados tanto por el derecho nacional, como por el internacional (principalmente, en lo relativo a la pena privativa de libertad). Pese a que la pena no se reduce a ser únicamente de prisión, la teoría que busque legitimarla debe ser capaz de cumplirse en cada una de sus modalidades, lo que implica, necesariamente tomar en cuenta la realidad carcelaria. Como se dijo líneas arriba, con relación a las distintas teorías tradicionalmente esbozadas para legitimar la pena, estas no sólo no están exentas de críticas, sino que la postura adoptada en este artículo nos lleva a descartar la gran mayoría.

#### **4.2. El Fin Posible: La Reivindicación de Libertades**

La pena en tanto reacción al delito forma parte del sistema penal y se vincula necesariamente al fin del derecho penal, la norma penal y la ejecución de la pena. Sin embargo, no ha de recargársele las funciones que otras instituciones cumplen (Meini, 2013, pág. 155). Si el derecho penal garantiza la protección de bienes jurídicos, y la norma penal busca prohibir comportamientos que los ponen en riesgo y se valida, en tanto sea expresión de una justa distribución de libertades, la pena, que llega después de haberse cometido el delito, sólo se legitimará en tanto refuerce esta protección de libertades.

Esto es así, debido a que, como dijimos líneas arriba, no puede asignársele un fin preventivo general negativo, que legitime la pena en función de la amenaza de sanción a quienes aún no delinquen, pues estaría desvinculándola del daño

social del delito que aún no ha ocurrido. Como se impone después de haberse cometido, no tiene capacidad para prevenirlo. Tampoco podría atribuírsele un fin preventivo especial positivo, que pretende validar la pena a partir del tratamiento resocializador y correctivo del delincuente que, además de no poder realizarse por razones empíricas, condiciona su legitimidad a lo que ocurra después de imponerse la pena. Esto, además, ya ha sido validado por el mismo TC en su última sentencia que declara el ECI.

Qué duda cabe, además, que las tesis retributivas que despojan de toda utilidad a la pena no tienen cabida dentro de un Estado social y democrático de Derecho, más aún se trata de una privación arbitraria de la libertad personal. Aunque en los hechos, la pena termine generando una aflicción equivalente al mal causado, eso no da pie para consignarlo como uno de los fines que debe perseguir de cara a su legitimación. Al menos no en un Estado de Derecho al que le son vinculantes normas jurídicas de derecho internacional que le obliga a respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y prohíben expresamente las penas crueles e inhumanas.

La única manera de legitimar la pena, esto es, de atribuirle un fin constitucional en esa línea, es estableciendo que esta sea la reivindicación de una justa ponderación de libertades, lo que ocurrirá siempre que la sanción impuesta responda a criterios de necesidad social, idoneidad y proporcionalidad en la protección penal de bienes jurídicos. La pena, en este caso, será legítima solo si es capaz de reforzar que la norma penal resquebrajada debe seguir rigiendo como pauta de comportamiento por ser precisamente esta el reflejo de una justa expresión de libertades en democracia. Con ello, la pena, además, expresa un reproche ético-social de lo que representa el hecho cometido.

Por su parte, no basta reforzar el mandato de la norma penal, sino que, en su determinación a manos de un juez, la pena no sólo debe responder a la gravedad del injusto cometido y la culpabilidad del infractor, sino a la necesidad social que debe existir al momento de su imposición y durante su ejecución (Meini, 2013, pág. 157).

Asimismo, la respuesta asignada al fin de la pena debe ser útil para responder si la pena impuesta por un juez a una persona que infringe una norma que no expresa una justa distribución de libertades en un Estado social y democrático de Derecho es legítima o no. Si asumimos la postura aquí reseñada, ahí donde se imponga una sanción penal por realizar un comportamiento legalmente prohibido que, no sólo no refleja una justa distribución de libertades, sino que la conducta en sí es una manifestación de estas libertades (como ocurre con los delitos de homicidio piadoso del art. 112 o de aborto por violación sexual del art. 120 del Código Penal), la pena impuesta incumplirá el fin asignado y, por tanto, se tornará en ilegítima.

En este análisis, la aplicación de los principios constitucionales del derecho penal resultan indispensables para legitimar la sanción. En esa línea, además de la reivindicación de libertades, la legitimidad de la pena también recae en el respeto

al principio de proporcionalidad. Es importante reiterar que los jueces, por mandato constitucional (Constitución Política de la República, 1993, art. 139.8), están obligados a administrar justicia incluso ante vacío o deficiencia de la ley, ante lo cual deberán aplicar principios generales del derecho. No se trata pues, de realizar un simple proceso de subsunción de lo que indica la pena legal, sino que el juez debe resolver el conflicto que siempre se genera entre los derechos fundamentales afectados por los castigos, y los fines que estos persiguen (Arias Holguín, 2012, pág. 152).

En otras palabras, si el castigo recogido en las reglas previstas por el legislador es desproporcionado, debido a que no es idóneo para alcanzar el fin, ni necesario o proporcional en sentido estricto, el operador jurídico deberá optar por una sanción alternativa. En el análisis de la necesidad social, por ejemplo, se analiza si existen otros intereses igual de idóneos para alcanzar el fin de la pena, en la búsqueda hacia una distribución equitativa de libertades. Esto podría ocurrir, por ejemplo, con el paso del tiempo que hace decaer la necesidad de pena, a través de la prescripción penal, o la reparación del daño, a través del principio de oportunidad. En casos en los que el ilícito penal sea insignificante, además, por el principio de lesividad, también debiera prescindirse de la pena.

Regresando, entonces, al contexto del COVID-19, la pena de prisión impuesta en este escenario, significará necesariamente, la aflicción de un sufrimiento adicional no calculado por el legislador en el código penal al momento de establecer la duración de la pena de prisión (Zaffaroni, 2020b, pág. 27). Ello, dada la afectación excesiva que trae aparejada la imposición de una pena, en la que el cumplimiento de esta, por el nivel de hacinamiento carcelario y las condiciones de prisión, conllevarán a una vulneración excesiva a derechos que trascienden a la libertad personal, como el de la integridad, salud, dignidad e, incluso, vida. Los jueces conocen las condiciones carcelarias en las que se cumplirá la pena, y saben que resulta absolutamente desproporcional a sus fines. En esa línea, recae en estos el deber de recoger estas variantes al imponer una pena que sólo resultará legítima en tanto sea proporcional a la gravedad del injusto, y la culpabilidad del actor.

La sobrepoblación y el hacinamiento carcelario, así como las condiciones de detención incompatibles con la dignidad humana, constituyen problemas que tanto el Poder Ejecutivo, como el Legislativo deben resolver. En ese sentido, el TC reconoció adecuadamente que la problemática del hacinamiento penitenciario es compartida. Sin embargo, dado el incumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales por parte de estos dos poderes del Estado, corresponde a los jueces, en cuyas manos recae la imposición de las penas, legitimarla solo en tanto sea expresión de una justa distribución de libertades (que se restringen y se protegen con la pena), y en esa ecuación, la prisión, resulte necesaria y proporcional en sentido estricto para alcanzar ese fin, tomando en cuenta la restricción de derechos excesivamente desproporcional que puede generarse en el cumplimiento de la sanción.

Finalmente, si el grado de sufrimiento alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los llamados (por mandato constitucional que les prohíbe aplicar este tipo de penas, así como toda aquella sanción que resulte excesivamente restrictiva de derechos que trasciendan a la libertad) a reestablecer la observancia del principio de proporcionalidad, y a encontrar alternativas que sean igualmente idóneas y necesarias para alcanzar el fin de la pena. Lo contrario implicaría imponer penas ilegítimas e ilícitas, prohibidas por normas fundamentales como la Constitución y el derecho internacional, pudiendo incluso, calificar como actos de tortura (Zaffaroni, 2020b, pág. 27).





## REFERENCIAS

- “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. , Serie C No. 11. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de septiembre de 2004).
- Arias Holguín, D. P. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de la legalidad. *Revista de Derecho*(38), 142 - 171. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997005>
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2010). Filosofía e ideología de las teorías de la pena. *Derecho y Humanidades*, 16(1).
- Código Penal. (1991). [CP].
- Colegio de Abogados del Callao, Expediente N° 00007-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 2007).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Organización de los Estados Americanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (8 de mayo de 2020). CIDH condena hechos de violencia en cárceles peruanas. *oas.org*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (31 de marzo de 2020). *La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19*. Obtenido de *oas.org*: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, Resolución N° 1/2020*.
- Constitución Política del Perú. [Constitución] (1993). Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982). El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-2/82*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 13 de febrero). *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* .
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe de Adjuntía No 006-2018-DP/ADHPD “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones”*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-Adjuntia-006-2018>
- Demanda contra Ley N° 28568, Expediente N° 0019-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 21 de julio de 2005).
- Dirección del MNPT. (2019). *Informe Especial N.02-2019-DP-MNPT; Informes Especiales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Especial-N2-Mujeres-en-penales.pdf>

- DL N° 1325, 2017. (2017, 6 de enero). *Decreto Legislativo N° 1325*.
- DL N° 1459, 2020. (2020). *Decreto Legislativo que optimiza la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19*.
- Donini, M. (2001). Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: Razones y límites: La experiencia italiana. *Revista Penal*(8). Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12963/Derecho%20Penal.pdf?sequence=2>
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ferrajolli, L. (2000). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (1933). *Principios de Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Reus.
- García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. , Serie C No. 137. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2005).
- García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 25 de noviembre de 2005).
- Gusis, , G., & Espina, N. (2020). *Prácticas de derecho penal y sistema de la pena*. Buenos Aires: Ediar.
- Hernández Vs. Argentina., Serie C No. 395. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2019).
- Instituto Nacional Penitenciario. (abril 2020). *Informe Estadístico*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario.
- Instituto Nacional Penitenciario. (marzo 2020). *Informe Estadístico*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario.
- Instituto Nacional Penitenciario. (mayo 2020). *Informe Estadístico*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario.
- Isaza Uribe y otros Vs. Colombia., Serie C No. 363. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2018).
- López Alvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de febrero de 2006).
- Meini, I. (2013). La pena: Función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 141 - 167.
- Mendoza y otros Vs. Argentina. , Serie C No. 260. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de mayo de 2013).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (16 de junio de 2020). MINJUSDH enfatiza que se está impulsando un deshacinamiento responsable en los establecimientos penitenciarios. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/187341-minjurdh-enfatiza-que-se-esta-impulsando-un-deshacinamiento-responsable-en-los-establecimientos-penitenciarios>
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- N.° 05436-2014-PHC/TC, EXP. N.° 05436-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 2020).

- N° 03426-2008-PHC/TC, Exp. N° 03426-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional 26 de Agosto de 2010).
- N° 04007-2015-PHC/TC, Exp. N° 04007-2015-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de junio de 2019).
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. (1992). *Observación General No. 21, 4.º período de sesiones U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176*. Ginebra.
- Naucke, W., & Brond, L. (2006). *Derecho penal: Una introducción: claves para resolver causas penales, subsunción, racionalización de la ley mediante la teoría del delito, aspectos procesales, límites constitucionales, teorías de la pena, terrorismo internacional, criminología, jurisprud.* Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Neira Alegría y otros Vs. Perú., Serie C No. 20. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de enero de 1995).
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Viena: Centro Internacional de Viena.
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, Serie C No. 241. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).
- Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú., Serie C No. 137. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2006).
- Pérez Guadalupe, J. L. (2020). Población penitenciaria: Los transgresores. En M. Burga, F. Portocarrero, & A. Panfichi, *Por una nueva convivencia: La sociedad peruana en tiempos del Covid-19. Escenario, propuestas de política y acción pública*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pietro Sanchis, L. (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. Lima: Palestra Editores.
- Poder Judicial. (2020, 7 de mayo). *Resolución Administrativa N° 000138-2020-CE-PJ que aprueba la "Directiva de Medidas Urgentes con motivo de la Pandemia del COVID-19 para evaluar y dictar, si correspondiere, la reforma o cesación de la prisión preventiva"*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia de la República. (2020, 23 de enero). *Decreto de Urgencia que optimiza los criterios para que los internos e internas de nacionalidad extranjera cumplan su condena en un establecimiento penitenciario del exterior o sean enviados a su país, DU 018-2020*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia de la República. (2020, 8 de enero). *Decreto de Urgencia que establece nuevos supuestos de conversión de pena en los casos de personas privadas de libertad por el delito de omisión de asistencia familiar para promover el pago de la reparación civil y deuda alimenticia, DU 008-2020*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia del Poder Judicial. (2020, 30 de abril). *Resolución Corrida N° 000105-2020-P-PJ*.

- Quispe, O. (30 de julio de 2020). Ministra Ana Neyra: “Queremos testear a los 90 mil reos”. *Peru21*. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://peru21.pe/politica/ministra-de-justicia-ana-neyra-queremos-testear-a-los-90-mil-reos-coronavirus-en-peru-martin-vizcarra-noticia/>
- Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, Serie C No. 387. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de octubre de 2019).
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. . (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Salmón Gárate, E. (2019). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Slokar, A. (2020). Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal. En E. Zaffaroni, *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo* (págs. 58 - 64). Buenos Aires: Ediar.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*. Navarra: Aranzadi.
- Suárez Rosero Vs. Fondo, Serie C No. 35. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).
- Vera Vera y otra Vs. Ecuador, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2011).
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontifical Universidad Católica del Perú.
- World Health Organization. (2020). *Frequently asked questions about prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática Jurídico-Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2020a). *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2020b). *Penas ilícitas: Undesafío a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.

# DELITOS MOTIVADOS CULTURALMENTE Y EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO: REFLEXIONES A PARTIR DEL PENSAMIENTO DEL PROFESOR FELIPE VILLAVICENCIO<sup>1</sup>

*Yvan Montoya V.<sup>2</sup>*

## **Introducción**

El profesor Villavicencio siempre mantuvo un interés especial por el problema del delito motivado culturalmente, es decir, de aquel comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico determinado que es considerado delito por las normas del sistema hegemónico y que, al mismo tiempo, es perdonado, aceptado como normal o aprobado en la cultura del grupo al que pertenece el autor del referido delito (De Maglie, 2012, p. 68). El presente trabajo es una breve contribución al merecido homenaje que le hacemos en este libro.

En ese sentido, hemos dividido nuestro texto en cuatro partes. La primera, la dedicaremos a hacer un breve repaso del marco normativo nacional e internacional básico, que vincula al Estado peruano con la protección de la diversidad cultural. En la segunda, desarrollaremos, de la mano del análisis que en su momento realizó el profesor Villavicencio, las distintas perspectivas del tratamiento dogmático penal de los delitos motivados culturalmente y, en especial, de las posiciones asumidas sobre el artículo 15 de nuestro Código Penal. En la tercera parte, haremos una rápida presentación del tratamiento desarrollado por nuestra jurisprudencia penal sobre esta materia, la misma que, contrastada con las exigencias del marco normativo, revisado en la primera parte y con la dogmática tratada en la segunda parte, nos permitirá, en una última parte y a manera de conclusión, tener un balance preliminar de la situación actual, y plantear nuestra posición de cara a esbozar algunos lineamientos de lo que debería ser un tratamiento óptimo de los delitos motivados culturalmente.

## **1. Marco normativo internacional y constitucional de protección de la diversidad cultural y límites basados en los derechos humanos**

En materia de protección de la diversidad cultural, en el plano internacional, destacan principalmente dos convenios: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

---

1 Como se indica en el texto, algunas ideas ya han sido desarrolladas en Montoya y Díaz (2017).

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctor en Derechos Humanos y Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP.

En primer lugar, debe resaltarse el artículo 27<sup>o</sup> del PIDCP, que establece lo siguiente:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El PIDCP obliga a los Estados a proteger el derecho colectivo a la identidad cultural de las minorías, a proteger la subsistencia del grupo y reconocerles especiales derechos tales como la lengua, costumbres, religión, entre otros.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. De acuerdo con el texto de los artículos 2<sup>o</sup> y 5<sup>o</sup> del tratado, los gobiernos, con la participación de los pueblos interesados, deberán llevar a cabo una acción coordinada y sistemática que incluya medidas orientadas a promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, sus formas de vida y aspiraciones, así como sus instituciones. Asimismo, respecto de la aplicación de sus disposiciones, el convenio establece, como obligación de los Estados, que dicha aplicación se realice reconociendo y protegiendo los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, propias de dichos pueblos, así como, tomándose en cuenta la naturaleza de los problemas que tales disposiciones plantean a los pueblos indígenas, tanto colectiva como individualmente. En relación con las dificultades que las nuevas condiciones de vida y trabajo supongan para los pueblos indígenas, el Convenio exige a los Estados, con la participación y cooperación de dichos pueblos, adoptar medidas encaminadas a allanar las referidas dificultades.

No obstante, el artículo 4<sup>o</sup> del Convenio 169 determina que “el goce sin discriminación de los derechos generales de la ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de [...] medidas especiales, adoptadas para garantizar a las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente de los pueblos indígenas.

Al respecto, conviene destacar la idea de que el derecho a la identidad cultural y el pluralismo cultural se encuentran sujetos a límites, como todos los derechos, principios y bienes fundamentales en el Estado constitucional. En referencia a tales límites, Olaizola sostiene que estos son consustanciales al pluralismo cultural en una sociedad democrática, la misma que conlleva la exigencia de unos principios básicos que deben ser respetados por todos, de modo que resulte posible la convivencia pacífica. Afirma que no todas las prácticas o tradiciones culturales pueden asumirse como buenas, considerando que no puede admitirse, por ejemplo, una práctica cultural que se sostenga en la superioridad de una clase de personas sobre otras. Así, el valor de una práctica cultural dependerá de que resulte compatible con la igualdad sustancial entre las personas y la libertad de los seres humanos (2018, pp. 4-7).



De manera semejante a lo que ocurre con el derecho internacional de los derechos humanos, en nuestro ordenamiento constitucional se reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, así como la obligación del Estado de reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú). Asimismo, como contenido de la identidad étnica y cultural, reconoce el pluralismo jurídico, otorgando a las comunidades campesinas y nativas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siempre que no se violen derechos fundamentales (artículo 149 de la Constitución).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional (STC, 006-2008-PI, párrafo 23), tal derecho implica que el Estado social y democrático de derecho

está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58) (STC 0020-2005-AI/).

El mismo Tribunal (STC, 02765-2014-PA, párrafos 8, 9, 11-14) ha afirmado que nuestra Constitución promueve un sistema de carácter dialógico entre las culturas y creencias que conviven en nuestro país, y a las que se les reconoce siempre algo que aportar. Tal presupuesto niega políticas de asimilación o de prevalencia de unas culturas sobre otras. A todas se las trata con igual consideración, con el límite de que sus prácticas o tradiciones no conlleven la violación de derechos fundamentales y principios elementales que configuran el Estado constitucional. El supremo intérprete señala que, al respecto, resulta complejo identificar un sistema de justificación superior que permita distinguir lo constitucionalmente prohibido de lo constitucionalmente permitido. No obstante, establece como presupuesto elemental que nuestro multiculturalismo se basa en el diálogo intercultural que sostiene la coexistencia de diferentes modelos de vida que respeten el contenido esencial de la Constitución, el mismo que se configura como “estándar mínimo de pautas de convivencia en el marco de una sociedad abierta y plural”.

Varios de los elementos de identidad del modelo multicultural considerado por el Tribunal Constitucional, tales como el diálogo intercultural y la igual valoración entre las culturas que conviven en un mismo Estado, se conectan con los planteamientos de un constitucionalismo de la alteridad y la armonización.

Esta concepción propone un proceso dialógico entre las distintas formas culturales y normativas, sobre la base de la simultaneidad del poder y el reconocimiento de culturas y etnias. El constitucionalismo de la alteridad se construye sobre los fundamentos del derecho a la identidad cultural —como derecho individual y colectivo—, de la democracia participativa multicultural, la educación intercultural y el respeto y cuidado de los “bienes comunes” cuyo daño o pérdida se considera como un ilícito constitucional. Entre estos bienes comunes se encuentra la propia



Constitución, que debe ser salvaguardada por todas las culturas (Carducci, 2012, pp. 89-90).

En el marco del derecho internacional de derechos humanos y el nacional-constitucional de protección de la identidad cultural, corresponde profundizar la reflexión sobre qué modelo de tratamiento penal con enfoque intercultural resulta adecuado para garantizar, óptimamente, los derechos fundamentales y bienes comunes. ¿De qué manera una Constitución puede legitimar opciones represivas que se deben aplicar en un mismo espacio multicultural?

Hay diferentes planteamientos y enfoques sobre el particular. Olaizola (2018, pp. 7-8) asume un análisis en base a la noción de límites establecidos por el respeto a los derechos humanos fundamentales, señalando entre ellos, el derecho a la vida, la libertad, la igualdad e integridad; de lo cual deriva que las conductas que vulneren tales derechos o límites, violando la legislación penal, constituirán conductas típicas y antijurídicas. No obstante, aclara que la inadmisibilidad de conductas violatorias de los derechos fundamentales en una sociedad democrática —aun cuando pudieran asentarse en tradiciones propias de una cultura— no impide que las condicionantes culturales puedan ser tomadas en cuenta en el proceso de juzgamiento de tales conductas.

Por otra parte, desde el constitucionalismo de la alteridad, Carducci (2012, pp. 89-90) critica que las Constituciones y su correlato en el derecho penal, asuman un unilateralismo cultural, aun cuando busquen legitimarse en determinados valores superiores, y defiende que el sistema jurídico constitucional y penal se edifiquen con respeto a las diferencias, al reconocimiento institucional de las praxis interculturales, desde las representaciones políticas hasta las autonomías de jurisdicciones y administraciones. Aunque nosotros, como se ha mencionado, añadiríamos el límite del respeto a los derechos fundamentales y bienes comunes.

Frente a este marco internacional y constitucional de protección de la diversidad cultural, cabe valorar qué modelo de tratamiento penal de esta diversidad cultural resulta compatible con aquel marco de derechos. De Maglie (2012, pp. 69-70), identifica tres modelos. Nosotros hemos adaptado algunas de sus caracterizaciones más asentadas en sistema penal norteamericano:

- a) **El modelo asimilacionista:** en el cual se distinguen dos submodelos. En primer lugar, el asimilacionista-igualitario y, en segundo lugar, el asimilacionista-discriminatorio.

El primero se caracteriza por la indiferencia frente a lo culturalmente diverso, resaltando una comprensión marcadamente formal del principio de igualdad. Esto implica un tratamiento formalmente igual tanto del autor de un delito perteneciente a la cultura hegemónica como del autor del mismo delito, pero motivado por su vínculo a un grupo étnico minoritario. Tal tratamiento se impone, aunque genere rechazo de los miembros de la cultura minoritaria a la forma coactiva de su asimilación (p. 69).

El segundo, el submodelo asimilacionista-discriminatorio, no solo mantiene una indiferencia a los motivos culturalmente presentes en un comporta-

miento delictivo, sino que desencadena reacciones hiperpunitivas frente a tales conductas. Por ejemplo, aquellos supuestos en los que se criminaliza de manera específica y agravada este tipo de delitos (el delito de mutilación genital femenina en Italia) (p. 70).

- b) **El modelo multicultural débil:** de acuerdo con este modelo, el derecho penal tradicional o correspondiente a la cultura hegemónica, con sus tradicionales instituciones, intenta dar solución al problema de los delitos motivados culturalmente, pero sin abdicar de los fundamentos principales del derecho penal, ni de la cultura que lo inspira (la cultura occidental y cristiana). Así, se apela a instituciones como la inimputabilidad o inimputabilidad restringida o el tradicional error de prohibición vencible o invencible (De Maglie, 2012, p. 70).
- c) **El modelo multicultural fuerte:** en este modelo, el derecho penal otorga su plena valoración a la diversidad cultural y es abierto a esa pluralidad, sin que se plantee el problema de la integración de la cultura minoritaria en la cultura hegemónica. Sin perjuicio del mecanismo norteamericano, que De Maglie invoca como ejemplo de este modelo (la *cultural defense*), nosotros consideramos que son dos los mecanismos que nos pueden ilustrar, en el ámbito del derecho penal europeo continental, la tendencia hacia este modelo multicultural fuerte: la funcionalización de las categorías penales armonizadas con el derecho fundamental a la identidad cultural y con el principio del pluralismo cultural y jurídico, y/o la introducción de instituciones específicas para tratar el problema de la diversidad cultural.

El Estado constitucional multicultural es incompatible con los modelos asimilacionistas (sea el igualitario o el discriminatorio), dado que no plantean un respeto, en condiciones de igualdad material, de todas las culturas, sino que propone la asimilación de las culturas minoritarias a la hegemónica u occidental.

En nuestra consideración, el modelo peruano mantiene una cierta incoherencia en el tratamiento de los delitos motivados culturalmente. Por un lado, desde lo desarrollado por el legislador penal pareciera que, de manera indirecta, se tendería a un modelo asimilacionista-discriminatorio en virtud de una serie de nuevos o renovados tipos penales que pueden caracterizarse de criminalización de la protesta: artículos 283 (delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos), o 200 (delito de extorsión, segundo párrafo), entre otros. Si se tiene en cuenta que la enorme mayoría de conflictos sociales en el Perú (72% aproximadamente) tiene su origen en problemas de índole medioambiental o comunal (Defensoría del Pueblo, 2019), especialmente concernientes a la relación entre alguna empresa extractiva y las comunidades campesinas o nativas en la zona de influencia de las actividades de exploración o explotación, entonces, no cabe duda que dichos tipos penales se dirigen, prioritariamente, a miembros de dichas comunidades en el ejercicio del derecho a la defensa de sus intereses. Pero, por otro lado, tenemos una tendencia hacia el modelo multicultural fuerte, desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de

la Corte Suprema, basada en la interpretación de la Constitución multicultural y a la cual se le vincula el específico art. 15 de nuestro Código Penal. Nuestras reflexiones se centrarán sobre esta última tendencia que, sin perjuicio de la política legislativa, es la que viene imponiéndose en el tratamiento práctico de los delitos motivados culturalmente.

## **2. Posiciones dogmáticas del tratamiento de los delitos motivados culturalmente: a propósito del art. 15 del Código Penal**

Siguiendo al profesor Villavicencio, quien en su momento desarrolló una mirada crítica de las diversas posiciones dogmáticas del tratamiento de los delitos motivados culturalmente, presentaremos tales posiciones, expresando nuestras coincidencias con las apreciaciones críticas de nuestro homenajeado.

### **2.1 Los delitos motivados culturalmente como error especial de prohibición**

Se trata de posiciones que recogen los fundamentos originales planteados por el profesor Zaffaroni (1999, pp. 199-200), y que permitieron la incorporación del artículo 15 al Código Penal de 1991. Efectivamente, dicho dispositivo representa un avance importante con relación al lamentable tratamiento que el Código Penal de 1924 hizo de esta problemática, esto es, como un imputable restringido (artículo 45), al tratarse de “indígenas, semicivilizados o degradados por la servidumbre y alcoholismo”. El profesor Zaffaroni consideró este tipo de delitos como un supuesto especial de error de prohibición, pero no condicionado por una situación individual de anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia o una situación excepcional de falta de conocimiento de la norma, sino producto de un condicionamiento cultural. El sujeto podría, incluso, conocer la norma prohibitiva, pero no internalizarla por razones culturales, por lo que, por regla general, no se le debería reprochar esa falta de internalización. Señala el profesor Villavicencio, siguiendo en parte la propuesta del profesor argentino, que “en términos generales se trata de un error invencible de prohibición” y como tal “no habrá imputación personal y en consecuencia, se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad)” (Villavicencio, 2006, p. 625).<sup>3</sup>

En este punto, el profesor Villavicencio recoge las críticas formuladas a esta posición por parte del profesor Terradillos, quien afirma que “la fórmula del error desconoce las diferencias estructurales que median entre quien compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo jurídico yerra sobre un aspecto concreto y aquel que se rige por pautas culturales diferentes que no solo le permiten hacer cosas, sino que le exigen muchas veces algunas acciones” (Villavicencio, 2006, p. 629). Como abordaremos posteriormente, Terradillos se inclina por aquellas posiciones que identifican, en estos casos, un supuesto de inimputabilidad.

Igualmente, se citan perspectivas antropológicas como las de Kalinsky (Villavicencio, 2006, p. 628) que indican que no se trata en realidad de un error por déficit de “internalización” de la norma. En primer lugar, porque no se internaliza la norma en sí misma. Esta es expresión de un contexto sociocultural

que le da legitimidad y como tal, entonces, se estaría hablando no tanto de un error jurídico sino de un error cultural. En segundo lugar, y con relación a lo último, no se puede hablar verdaderamente de error cultural, como si fuera una cultura equivocada o incorrecta. Como señala el mismo autor Kalinsky en una expresión irónica:

El error de comprensión culturalmente condicionado intenta disminuir responsabilidad (o eximir de un delito), promoviendo una minusvalía para cierto tipo de personas que no son locas y que pueden llegar a comprender la criminalidad del hecho, pero que carecen de un completo dominio de la racionalidad occidental, civilizada, blanca para proponer comportarse según la norma (Villavicencio, 2006, p. 629).

Entonces, al calificarse como un error cultural, estaríamos reafirmando la superioridad de una cultura sobre otra, ingresando, como hemos mencionado anteriormente, a un proceso asimilacionista incompatible con nuestro marco constitucional.

El profesor Villavicencio, sin asumir la totalidad de estas críticas, reconoce que un grupo residual de casos puede tratarse bajo la perspectiva del error especial de prohibición. De hecho, cuando plantea su posición nos refiere que se trata de casos de inexigibilidad<sup>4</sup> originados por condicionamiento cultural, los cuales pueden deberse a dos tipos de situaciones. La primera, es una inexigibilidad originada precisamente por error culturalmente condicionado (art. 15) y, el segundo, es una inexigibilidad por un condicionamiento cultural no originada por error (art. 45, inc. b). Lo que hay que resaltar de su posición son dos aspectos: el primero de ellos es el carácter residual del ámbito de aplicación del error culturalmente condicionado como error de prohibición *sui generis* y, en consecuencia, la necesidad de un tratamiento sustancialmente diferente (a la calificación de error de prohibición) para una amplia gama de casos que se han denominado delitos motivados culturalmente; el segundo aspecto que destaco es su insistencia en que se aborde como un error inevitable, dado que considerar su evitabilidad sería “considerar la imposición de otra cultura y que, de cara al futuro, se estaría propugnando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante” (Villavicencio, 2006, p. 625). En su momento retomaremos el referido carácter progresivamente residual de la aplicación del denominado error culturalmente condicionado.

Existe otra línea de fundamentación del tratamiento de los delitos motivados culturalmente como error de prohibición. Se trata del fundamento planteado por el profesor Jakobs desde su perspectiva sistémico-comunicativa (2004, pp. 42-48). Este autor aborda el problema como un supuesto, no de déficit de socialización (como sería el caso de los inimputables), sino como un supuesto de socialización exótica (1997, p. 659).

4 Entiendo que el profesor Villavicencio fundamenta este punto de su posición en dos textos que él cita en su manual de *Derecho penal* (2006, pp. 631 y 632). Se trata de los textos del autor peruano Miguel Pérez Arroyo y el autor argentino Nicolás Becerra.

Para entender esta posición habrá que remitirse a la explicación que se hace de aquellos supuestos en los que puede afirmarse que no existe una comunicación válida, es decir, de aquellos casos en los que se puede fundamentar cierto desconocimiento que ampare un error penalmente relevante. Un supuesto lo constituyen aquellos sujetos que tendrían un déficit cognitivo o conductual relacionado con la capacidad de comprender los hechos de la realidad, la antijuridicidad de su conducta, o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión (Raguéz, 1999, p. 379). En estos casos, se señala que a las personas no les es posible atribuirles conocimientos mínimos susceptibles de imputarles conocimiento del riesgo o conocimiento de la antijuridicidad de su conducta (Raguéz, 1999, p. 390). Pero el otro supuesto está en aquellas personas que, por su peculiar relación existente con la sociedad hegemónica (cultura étnica diferente), se admite que han sufrido un proceso de déficit de socialización o socialización exótica y, como tales, son portadores de desconocimiento o ausencia de conocimientos mínimos (Raguéz, 1999, p. 389)<sup>5</sup>. A ello habría que agregar los calificativos peyorativos que el profesor Jakobs efectúa contra el pluralismo cultural y el pluralismo jurídico que se reconocen constitucionalmente en varias de nuestras sociedades latinoamericanas. Así, por ejemplo, las califica como “un completo absurdo” (Jakobs, 2004, p. 45) o como una “variante peligrosa (de enemigos)” (Jakobs, 2004, pp. 45 y 42)<sup>6</sup>, o como expresión de una entidad que no configura una sociedad (Jakobs, 2004, p. 48).

Compartimos la crítica que el profesor Villavicencio mantiene respecto a esta última posición. Señala nuestro homenajeado que tal posición aparece como tributaria de un positivismo sociológico ya superado. Y no le falta razón. Tales concepciones resultan, a nuestro juicio, opuestas, una vez más, a nuestro marco de Estado constitucional y democrático de derecho que, como hemos señalado, reconoce y promueve el carácter pluricultural y plurijurídico de nuestra sociedad.

## 2.2 Los delitos motivados culturalmente como supuestos de inimputabilidad

Dentro de esta perspectiva, el profesor Villavicencio recoge las posiciones del profesor español Terradillos (2010, pp. 191 a 204) y del profesor peruano Hurtado Pozo (Hurtado y Prado, 2011, pp. 608 y ss.).

Para entender la posición de Terradillos es preciso recordar que este parte de una extensión del planteamiento de Roxin sobre la diferenciación entre culpabilidad (imputabilidad), como presupuesto de la responsabilidad penal, y la responsabilidad penal como categoría más amplia, fundamentada en criterios de carácter político-criminal de necesidad preventiva de pena. En términos negativos, en el primer caso, la responsabilidad se excluye por la concurrencia de un supuesto

5 Es importante señalar que, si bien Jakobs trata este tema en el ámbito del error de prohibición, concluye afirmando que se trata de un caso extremo de inimputabilidad (1997, p. 659).

6 Cabe añadir que Jakobs distingue entre folclor y cultura, en la medida que las tradiciones se mantengan dentro de lo que puede denominarse folclor, es decir, “meros añadidos a una cultura base que no forjan la identidad de sus miembros” que, en su concepción, no amenacen la cultura hegemónica. También es crítico con la postura del profesor Jakobs, Chanjan (2016).

de inimputabilidad, mientras que, en el segundo, se excluye por supuestos de inexigibilidad de otra conducta por la reducción del ámbito de autodeterminación (miedo insuperable o estado de necesidad exculpante).

Pues bien, Terradillos extiende las consideraciones político-criminales de necesidad preventiva a la culpabilidad en estricto o imputabilidad, es decir, el reproche de culpabilidad está marcado por criterios normativos de necesidad de intervención penal, esto es, que el sujeto sea capaz de comprender el carácter delictuoso de su acto y/o sea capaz de adecuar su comportamiento de acuerdo con esa comprensión (Terradillos, 2010, p. 196). Señala, asimismo, que “el fundamento común a esos criterios se encuentra en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida común [...]. La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas [...], la facultad humana fundamental que, unida a otras [...] permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida” (Terradillos, 2010, p. 197, citando al profesor Muñoz Conde).

Este concepto de motivabilidad por la norma, no debe confundirse con el libre albedrío que resulta indemostrable. La inimputabilidad, entonces, es una cualidad atribuida, socialmente, desde criterios preventivos asentados en razones que permitan afirmar la incapacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto y/o de autocontrol según esa comprensión. Esas razones han estado asentadas, tradicionalmente, en supuestos de déficits psicológicos, pero la legislación española (art. 20 del Código Penal español), referida a la anomalía o alteración psíquica, no puede asentarse exclusivamente en criterios psicopatológicos de anormalidad, sino en una decisión normativa. Por eso, en el concepto de anomalía psíquica tendrían cabida, según el profesor Terradillos, “no solo las enfermedades mentales, sino también las deficiencias o alteraciones del proceso de socialización determinantes de la inimputabilidad, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental” (2010, p. 201). Es por ello que Terradillos considera que la imputabilidad es más acorde con el reconocimiento del pluralismo jurídico, dado que se enlaza con el fundamento de la culpabilidad que, como hemos mencionado, es según el autor, la motivabilidad ante la norma, es decir, un concepto atribuido socialmente que presupone la participación de todos en los bienes jurídicos protegidos y la motivación racional de los mandatos normativos. Entonces, según el referido autor, algunos supuestos en los que el grado de “desocialización es tan alto que no existe la capacidad de captar lo valioso y lo que no lo es, ni la capacidad de adecuar el propio comportamiento al mensaje prescriptivo implícito en aquella valoración, el sujeto no puede ser culpable” (2010, p. 202). La ausencia de necesidad de pena en estos casos es, entonces, responsabilidad del propio Estado por el fracaso de sus políticas de integración de la mayoría de personas que habitan en su territorio.

En mi consideración, aún puede percibirse en la propuesta del profesor Terradillos un tratamiento asimétrico entre culturas y una cierta tendencia integracionista, la cual podría llevar a un asimilacionismo no compatible con nuestra Constitución.



Ello, en primer lugar, porque en reiteradas oportunidades hace referencia a la falta de capacidades, por parte de los miembros de una etnia determinada, en razón de dicha membresía, así como a la necesidad de promover la integración. Y, en segundo lugar, porque al abordarse como un supuesto de exclusión de culpabilidad y subsistir la antijuridicidad del acto, se estaría considerando aún la superioridad de la percepción hegemónica de la cultura “oficial” u occidental sobre la cultura excluida<sup>7</sup>. Una vez más, nuestro modelo de Estado constitucional, que reconoce el derecho a la identidad cultural de nuestros pueblos originarios y el principio de diversidad cultural, no permite una lectura asimétrica o de desigualdad entre las culturas coexistentes, y tampoco se inclina por un modelo cercano al asimilacionista, tal como ya lo hemos mencionado. Por lo tanto, no consideramos que se trate de un tema de falta de capacidad de los miembros de los pueblos originarios, para comprender los parámetros culturales hegemónicos que estarían detrás del derecho penal oficial. Una lectura desde nuestro modelo de Estado, y desde la igual dignidad de las personas, nos devela la igual capacidad de todos los miembros de nuestra comunidad global y de las etnias que la componen.

Finalmente, como he mencionado en otro trabajo (Montoya y Díaz, 2017, p. 33), el coste de asumir el tratamiento de los denominados delitos motivados culturalmente, como un supuesto de inimputabilidad, no se encuentra tanto en la estigmatización peyorativa que pudiera pretenderse con esta calificación al diverso culturalmente, sino en la incorrecta valoración que se hace de la cultura diferente y/o minoritaria. En efecto, de acuerdo con la fórmula de la inimputabilidad, la exclusión de la culpabilidad o la desvinculación normativa se produce por un déficit o falta de capacidad individual para comprender el carácter delictuoso de su acto, o de autodeterminarse según esa comprensión. Por el contrario, la presencia de un comportamiento culturalmente motivado (formalmente calificado como delito) no obedece a un déficit o ausencia de capacidad individual (en referencia a su contexto social de origen), sino a pautas de comportamiento exigibles o consideradas habituales o inocuas por un colectivo étnico diferente y al que se vincula el imputado. Ello es relevante dado que permite tener un tratamiento diferente con relación a ambos tipos de situaciones. En el caso de los inimputables, es probable que se imponga una medida de seguridad, mientras que, en el segundo, no corresponde este tipo de medidas, sino otro tipo de políticas, prioritariamente relacionadas con el diálogo intercultural<sup>8</sup>.

7 Si bien el profesor Ivan Meini (2014, pp. 118 y 153 a 156) sigue esta postura (inimputabilidad por diversidad cultural), no le alcanza esta segunda observación planteada, dada su especial posición de considerar la imputabilidad penal o capacidad penal como presupuesto del injusto penal. Es más, debe añadirse su preocupación para que no se entienda esta postura como ofensiva o peyorativa respecto de aquellos miembros de culturas diferentes (p. 155), sino todo lo contrario, dado que postula un concepto neutro de imputabilidad. Sin embargo, más allá de que aún percibamos algún sesgo de tratamiento asimétrico en su postura (por ejemplo, cuando hace referencia al “grado de desarrollo cultural suficiente”), no compartimos el tratamiento del problema del delito motivado culturalmente como un asunto de capacidades, tal como esbozaremos al final de este texto.

8 Debo advertir que el profesor Meini (2007, p. 50), en un trabajo anterior más extenso y completo, indica que si bien corresponde una medida de seguridad a un supuesto de inimputabilidad,



Con relación a la posición del profesor Hurtado Pozo (Hurtado y Prado, 2011, pp. 608 a 615), debe mencionarse que también considera el artículo 15 como un supuesto particular de inimputabilidad, en el que la

incapacidad no se debe, como en el caso del art. 20, inc. 1, a una anomalía psíquica o a una grave alteración de la conciencia o alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de la realidad. En lugar de estas circunstancias, el art. 15 menciona la cultura o las costumbres del agente. Estas deben ser las causas de la incapacidad del sujeto activo [...]. Sus patrones culturales diferentes a los que forman la base del Código afectan gravemente su concepto de la realidad [...] (p. 611).

Partiendo de esta perspectiva, entonces, Hurtado considera que existe un error en el nombre que se le asigna al artículo 15 como error culturalmente condicionado, y reafirma que la voluntad manifiesta de los redactores de la exposición de motivos del proyecto del Código Penal de 1991 es considerar en el artículo 15 un supuesto de inimputabilidad y no un error. No nos queda claro aún si el profesor Hurtado, más allá de confirmar la lectura “correcta” del artículo 15 del Código Penal como un supuesto de inimputabilidad, está de acuerdo materialmente (*de lege ferenda*) con esa posición del legislador. Reiteramos nuevamente nuestra discrepancia con abordar el problema como un tema de capacidad o falta de capacidad de los miembros de una comunidad cultural diferente, respecto de la cultura hegemónica, así como un asunto de tratamiento asimétrico entre las culturas que conviven en nuestro país.

### 3. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema y la progresiva residualidad de la aplicación del artículo 15

El pleno de las salas supremas que integran nuestra Corte Suprema de la República se ha pronunciado en dos oportunidades con relación al artículo 15 de nuestro Código Penal, y al tratamiento de los delitos motivados culturalmente, a través de sendos acuerdos plenarios. Sin embargo, en medio de ambos acuerdos, resulta interesante tener en cuenta la sentencia de la Sala de la Corte Superior de Amazonas, confirmada por la Corte Suprema, en el caso denominado “Baguazo”.

#### El Acuerdo Plenario 1-2009

Como hemos mencionado en otro trabajo, el Acuerdo Plenario 1-2009 CJ/116 supone una evolución importante en el tratamiento penal de los comportamientos culturalmente motivados (Montoya y Díaz, 2017, p. 33). En este acuerdo, a pesar

---

en el caso de los inimputables culturalmente motivado, tal medida no estaría orientada a un fin terapéutico o rehabilitador, sino “a comunicar que en una sociedad pluricultural la diversidad cultural no es algo irrestricto, y que el mantenimiento de dicho modelo de sociedad importa la necesidad de respetar determinados mínimos básicos que reciben el nombre de derechos fundamentales”.

de su delimitación al problema de las rondas campesinas y a los actos de sus autoridades, se plantea ya un tratamiento diversificado de los casos de “delitos” motivados culturalmente, dependiendo de su naturaleza y el tipo de conflicto que plantean.

En primer lugar, se reserva un conjunto de posibles casos que pudiendo ser calificables como “delitos” motivados culturalmente están reservados, por competencia según el artículo 149 de la Constitución, exclusivamente al Fuero Comunal Especial, y ajenos al fuero judicial penal. Efectivamente, en la medida en que se cumplan algunos criterios —se trate de un grupo humano diferenciable, con algún órgano de decisión tradicional o ancestral, apliquen normas consuetudinarias y el hecho se produzca en el ámbito geográfico o territorial y bajo su control o dominio—, los conflictos quedan al margen de la justicia penal ordinaria y es asumida por la justicia comunal, siempre que se respete el factor congruencia, esto es, el respeto a los derechos fundamentales.

En segundo lugar, también se mantiene la competencia de la jurisdicción comunal en aquellos casos en los que el sujeto activo del denominado “delito” motivado culturalmente no pertenezca a la cultura originaria (conflicto intercultural), pero los hechos se produzcan en el territorio de la justicia comunal especial, se afecte un interés comunal o a uno de sus pobladores, y el referido sujeto que generó la intervención rondera haya advertido que afectaba un interés comunal. Ello siempre dentro del respeto al factor de congruencia, es decir, el respecto al núcleo de los derechos fundamentales (artículo 149).

Con relación al referido factor de congruencia, el acuerdo plenario hace un primer alcance de este límite de la jurisdicción comunal. Se menciona que afectan tales derechos fundamentales aquellas conductas que supongan “(i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable —plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil—; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa —lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento—; (v) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema —tales como lesiones graves, mutilaciones— entre otras” (párrafo 12).

De cualquier manera, si los delitos motivados culturalmente son asumidos por el fuero judicial penal, el acuerdo plenario señala que el derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales comunales condiciona la interpretación de los “delitos” motivados culturalmente, en los diferentes niveles de la teoría del delito.

Existe un primer nivel referido a la posibilidad de que, en el ámbito de la tipicidad, se interpreten los tipos penales de tal manera que permitan la exclusión del supuesto conflictivo. Se citan elementos del tipo penal de secuestro —delito recurrentemente utilizado para imputar a autoridades comunales y ronderiles— tales como “privación de la libertad sin motivo” o “sin derecho” o “sin facultad justificada”. De acuerdo con el artículo 149, los actos realizados por las autoridades

comunales, en el ejercicio de sus funciones, constituyen actos legítimos que no se encontrarían dentro de los alcances del tipo penal.

En el ámbito de las causas de justificación, según el acuerdo plenario, los casos están reservados para aquellos supuestos en los que el agente infractor, sobre el cual recae una sanción de la autoridad comunal, sea un extraño a la comunidad, y esta sanción sea la que resulte formalmente delictiva. En estos casos se plantea un verdadero conflicto de derechos o principios que debería ser resuelto a través del artículo 20.8 del Código Penal, esto es, la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho o facultad. Aquí se evaluaría con mayor explicitación el principio de congruencia, es decir, que el ejercicio de la potestad ronderil se ejerza dentro de los límites del respeto a los derechos fundamentales. El acuerdo plenario plantea como derechos fundamentales de primer orden de carácter inderogables: la vida; la dignidad humana; la prohibición de torturas, de penas y tratos inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; así como la previsibilidad de la infracción, el procedimiento y de la sanción. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las rondas campesinas en donde operan y tienen vigencia.

En el tercer nivel de análisis, el de la culpabilidad, el acuerdo hace alusión a aquellos casos en donde el hecho delictivo motivado culturalmente no haya podido ser justificado. En estos casos, el acuerdo no se decanta por si tales hechos deben ser tratados como supuestos de inimputabilidad o de un error culturalmente condicionado. Deja el tratamiento, todavía, a la perspectiva dogmática que se adopte.

Cabe mencionar en este punto, que el profesor Meini reconoce también que los patrones culturales o las costumbres de una persona pueden afectar el injusto y la culpabilidad, aunque centrándose en que la exclusión de tal injusto se produce por el ámbito subjetivo del delito, es decir, por una suerte de error de tipo (Meini, 2007, p. 19). Compartiendo la idea de que muchos delitos motivados culturalmente deben ser excluidos a nivel del injusto típico antes que en la culpabilidad, creemos, a diferencia del profesor Meini, que tales exclusiones deben efectuarse por exclusión del ámbito objetivo del injusto, sea por ausencia de lesividad, sea por ausencia de la creación de un riesgo prohibido o el ejercicio legítimo de un derecho, tal como ilustraremos posteriormente.

A pesar del avance de este acuerdo, hay que resaltar que se trata de un pronunciamiento acotado o delimitado a conductas relacionadas con el ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal, nativa o ronderil y no a otros comportamientos realizados por miembros de la comunidad étnica, y que pudieran suponer delitos motivados culturalmente.

Sobre este último aspecto, dos pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema avanzan en el tratamiento penal de este tipo de delitos motivados culturalmente. En primer lugar, nos referimos a la sentencia recaída en el caso "Baguazo" de fecha 22 de septiembre de 2016 (Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Amazonas), que fue confirmada por la Sala Penal Transitoria de

la Suprema, de fecha 5 de noviembre de 2019, y, en segundo lugar, al Acuerdo Plenario 1-2015 sobre procesos interculturales por violación sexual de menores.

### **La sentencia recaída en el caso “Baguazo”**

Con relación a la sentencia recaída en el caso Baguazo<sup>9</sup>, como ya lo hemos mencionado en otro trabajo (Montoya y Díaz, 2017), podemos señalar que se ubicaría en ese intento de avanzar en la perspectiva de utilizar, reinterpretativamente, los distintos niveles de la teoría del delito para dar solución a los delitos motivados culturalmente. En efecto, en primer lugar, la sentencia ha reinterpretado funcionalmente la *tipicidad objetiva* de los tipos de instigación al homicidio calificado y de lesiones graves, imputado principalmente a los líderes de las comunidades nativas. Los vocales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, cuya resolución fue confirmada por la Corte Suprema, hacen una lectura muy interesante, desde el derecho a la identidad cultural y el principio del pluralismo cultural, de la instigación en el caso de estos líderes comunales. Si bien la instigación a la comisión de un delito se define como el comportamiento de una persona que tiene la capacidad de determinar a alguien o algunos para la realización de un hecho delictivo, esta situación no se evidencia en los referidos líderes en la medida que la pericia antropológica arroja una estructura de organización de estas comunidades que impide sostener esa capacidad de instigar (Montoya y Díaz, 2017, p. 36).

Efectivamente, según el informe pericial, la organización es estrictamente federativa o descentralizada de la autoridad, por lo que el poder de las acciones o determinaciones de un jefe o líder awajún o jíbaro no reposan en su fuerza o en sus condiciones personales, sino en que es solo un depositario de un acuerdo comunal preciso y preestablecido. El líder o jefe no dispone según su criterio, sino conforme a un acuerdo tomado colectivamente. Por lo tanto, no son los líderes los que determinan a otros a realizar ciertas acciones, sino el acuerdo preestablecido, y cuando esto se produce no es verificable una instigación (Montoya y Díaz, p. 36). Se aprecia, entonces, en este punto, una reinterpretación del concepto de instigación al delito, enfatizándose la noción de *capacidad* de determinar la comisión de un delito, y una reinterpretación de los hechos desde una perspectiva cultural.

Con relación a la antijuridicidad, la sentencia apela al ejercicio legítimo de un derecho para que, luego de una ponderación, otorgue preferencia a los derechos a la identidad cultural y el principio de pluralismo cultural (respeto a la territorialidad, las costumbres o su forma de vida) sobre los derechos a la libertad de

9 Como es de conocimiento público, el 5 de junio de 2009 se produjo, en el departamento de Amazonas, específicamente como consecuencia del bloqueo de la carretera Fernando Belaunde Terry (zona conocida como curva del diablo), un fuerte enfrentamiento entre miembros de las comunidades nativas awajún y wampis con agentes de la Policía Nacional, que trajo como resultado 33 personas fallecidas, entre comuneros y policías. Los actos de bloqueo y paralización de las comunidades nativas obedecieron a una medida de protesta frente a la aprobación inconsulta de los Decretos Legislativos 1064 y 1090, que flexibilizaban el uso y disposición de tierras originarias de estos pueblos. Este hecho motivó la imputación fiscal contra un grupo de líderes y comuneros de las referidas comunidades por los delitos de instigación al homicidio calificado, lesiones graves, disturbios, motín y entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos.

tránsito que están detrás de los sospechosos<sup>10</sup> delitos de disturbios y de motín.

Esta sentencia de la Sala de la Corte Superior de Amazonas, confirmada por la Corte Suprema, resulta interesante porque no se trata de actos relacionados con el ejercicio de la potestad jurisdiccional de estas comunidades nativas, sino de comportamientos de miembros de dichas comunidades contra bienes considerados relevantes por el Código Penal, tales como la tranquilidad o el orden público.

### **El Acuerdo Plenario 1-2015/CJ-116**

Este acuerdo plenario nace de la preocupación que se generó con relación a la reiterada impunidad que se apreciaba en los casos de acceso carnal con mujeres menores de 14 años por parte de agentes mayores de edad, los cuales invocaban ser parte de una comunidad étnica en la que la convivencia con menores es una práctica consuetudinaria, aceptada y claramente consentida por aquella comunidad, lo que motivaría la exclusión de responsabilidad penal por una situación de error culturalmente condicionado (artículo 15 del Código Penal).

Luego de reconocer los cambios que se producen en las culturas, y la actitud disconforme que empiezan a manifestar muchas de las mujeres de dichas comunidades y las propias niñas y adolescentes con relación a tales prácticas<sup>11</sup>, el acuerdo plenario reconoce, en estos casos, una situación de conflicto de derechos detrás del injusto del delito de violación sexual de menores de 14 años. Por un lado, se encuentran los derechos a la diversidad e identidad cultural de los pueblos originarios y, por el otro, los derechos a la indemnidad sexual en conexión con los derechos a la igualdad y no discriminación de las mujeres, niñas y adolescentes (lo que implica la obligación del Estado de impedir que se perennicen prácticas de violencia de género).

Frente a esta situación, el acuerdo plenario resuelve el conflicto deduciendo una regla de precedencia condicionada, la cual afirma el interés preponderante de la protección de los derechos a la igualdad y no discriminación de las mujeres, niñas y adolescentes, en la medida que se trate de un acto de prevalimiento o abuso. Este prevalimiento puede apreciarse a partir de una serie de criterios que, de manera enunciativa, señala el acuerdo: diferencia manifiesta de edad entre el agente y la niña o adolescente, las circunstancias del hecho, la condición especial

10 Hemos hecho referencia anteriormente (punto 1 *in fine*) a este tipo de delitos que denotan un proceso legislativo de criminalización de la protesta.

11 Es importante resaltar aquí, como lo hace la profesora Villanueva (2014, p. 301) con relación al término "interlegalidad" utilizado por los antropólogos, que las comunidades indígenas no son comunidades puras, aisladas o estáticas, como se ha pensado. Como dice la referida autora, la realidad es mucho más matizada. La justicia comunal es "una justicia híbrida y mixta porque, por un lado, no se construye de manera separada del sistema jurídico estatal, sino que toma de este piezas (leyes, derechos fundamentales) y actores (policías, jueces de paz, tenientes gobernadores) y; por el otro, puede recurrir a distintas formas de justicia (indígena o estatal) "en función de la decisión más favorable esperada" (Villanueva, 2014, pp. 301 y 302). En el mismo sentido, la autora nos recuerda la apropiación del discurso de los derechos humanos por parte de las mujeres y los niños y niñas de esas poblaciones indígenas de tal manera que existe, en este momento un interesante proceso de negociación interna de las mujeres con el patriarcado que caracteriza a todas las culturas, a efectos de obtener mayores cuotas de participación y poder en la comunidad.

de vulnerabilidad de la niña o adolescente, consentimiento o no de la niña o adolescente, grado de aculturación del imputado, etc. En consecuencia, si se verifica una situación de prevalimiento o abuso de una situación de vulnerabilidad de la menor de edad, entonces el hecho constituye un injusto penal y no hay error que invocar. Pero si no se verifican esos supuestos entonces si se puede invocar el artículo 15 del Código Penal.

Cabe finalizar este acápite resaltando que, esta línea de desarrollo jurisprudencial coincide en gran medida con la última postura doctrinal de nuestro home-najeado respecto al tema. Esta se expresó en el informe de revisión del Proyecto de Reforma del Código Penal de 1991 que preparamos para ser remitido a la Comisión de Justicia del Congreso de la República, en junio de 2012 (Villavicencio, Meini y Montoya, 2012)<sup>12</sup>.

Precisamente, en el Título I, Libro Primero, Capítulo III, de la propuesta de reforma del Código Penal, sobre la “Aplicación personal”, Sección II “Diversidad cultural y justicia indígena”, se reafirma un ámbito de “delitos” que escapan a la competencia de la ley penal o en los que la ley penal es subsidiaria respecto de la intervención de la justicia comunal. Evidentemente, se resalta el límite de la facultad de jurisdicción comunal en el respeto a los derechos humanos, entendiendo esta fórmula como todos aquellos actos que no atenten la dignidad, ni sean crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12). En cambio, no se considera que afectan estos derechos aquellos actos que cumplen una función ritual de reincorporación del infractor a la comunidad, y las que no comportan un sufrimiento manifiestamente desproporcionado (artículo 13). En ese sentido, en aquellos casos en los que la justicia penal conociera de este tipo de delitos, el profesor Villavicencio apuesta por la presencia de jueces especializados que tengan en cuenta la perspectiva intercultural y eviten una interpretación etnocentrista o monocultural (artículo 15).

Nuestra posición concuerda en gran medida con el desarrollo jurisprudencial y el desarrollo último planteado por el profesor Felipe Villavicencio. Las líneas siguientes la exponen a manera de conclusión.

#### **4. A manera de conclusión: el art. 15 como un supuesto residual de inexigibilidad excepcional por incomprensión de la prohibición de su conducta**

Un derecho punitivo, legitimado sobre la base de fines de protección de un modelo de convivencia democrática y plural (cultural y jurídicamente), nos lleva a una primera conclusión: **el reconocimiento de un fuero comunal especial** que demanda la abstención del derecho penal nacional del conocimiento de determinados conflictos penales que involucran intereses marcadamente comunales y a sujetos vinculados con la comunidad, tales como el abigeato, la riñas vecinales o conflictos de usurpación de tierras, entre otros. A ello habría que agregar la exclusión del derecho penal hegemónico de aquellos supuestos de “delitos” cometidos por autoridades comunales en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales comunales, tal como lo reconoce el Acuerdo Plenario 1-2009, siempre que tales

12 Documento inédito.



facultades se ejerzan dentro del respeto de los derechos fundamentales (artículo 149 de la Constitución).

De cualquier manera, si los delitos motivados culturalmente son asumidos por el fuero judicial penal u hegemónico, el derecho a la identidad cultural y el principio de pluralismo cultural y jurídico condicionan la comprensión de los fines que justifican la intervención penal del Estado, la interpretación de los contenidos de los diferentes niveles de la teoría del delito, o la construcción dogmática para la aplicación del derecho penal.

#### 4.1. Fines del derecho penal en un Estado constitucionalmente pluricultural

Una posición estándar de justificación constitucional de la intervención punitiva del Estado es aquella que se asienta en fines preventivos (preventivo-generales y preventivo-especial positivo) de conductas que afecten gravemente bienes que se consideran esenciales para la convivencia social<sup>13</sup>. Dentro de estos, son los fines preventivo-generales (la intimidatoria y, principalmente, la integradora) los que mantienen un discurso hegemónico aún. En un trabajo anterior nos hemos referido, extensamente, a la vigencia del discurso preventivo, añadiendo algunos complementos y ajustes (2020, pp. 46 y ss.). Sin embargo, en el contexto de un estado pluricultural y plurijurídico, como lo reconoce y protege nuestra Constitución, sobre todo cuando se trata de la presencia ancestral de diversos grupos étnicos en el territorio nacional<sup>14</sup>, es necesario replantear la forma marcadamente etnocéntrica de explicación del funcionamiento preventivo de la pena.

Especialmente, la prevención general integradora (o positiva), en su versión no sistémica<sup>15</sup>, afirma que el derecho penal, y específicamente la pena “consiste en mantener o restablecer la confianza en la vigencia de las normas penales como básicas para la convivencia” (Feijoo, 2007, p. 527). En otras palabras, la idea es que la pena a través de su conminación y aplicación logre en alguna medida, a mediano o largo plazo, la estabilización del orden jurídico penal como mecanismo de orientación de la vida social. Es decir, los ciudadanos, tanto potenciales como

13 Al respecto, las sentencias del Tribunal Constitucional del 19 de enero de 2007, fundamentos 6-14, y, recientemente, la sentencia del 12 de diciembre de 2012, fundamento 31, entre otras varias semejantes, reconocen el interés constitucional en los fines preventivos de la pena para la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia. Especialmente, la primera de las mencionadas hace énfasis en el fin preventivo-general integrador.

14 Es importante tener en cuenta que muchas de las reflexiones que se realizan sobre la problemática de los delitos culturalmente motivados en el ámbito europeo lo hacen desde la perspectiva de una situación especial y cada vez más recurrente en Europa, esto es, la presencia de grupos culturales y étnicos diversos que son recibidos en la cultura occidental europea, producto de recientes olas migratorias, que convierten a esta en una cultura de acogida. Al respecto, véase los estudios de Olaizola (2018) o Castillo (2014). Esta situación, como puede apreciarse, marca una cierta diferencia para comprender el multiculturalismo en América Latina y su impacto sobre el tratamiento de los delitos culturalmente motivados. Así, resulta ilustrativo que los autores antes mencionados se centren en el error de prohibición, como forma de solución del conflicto que plantean los delitos motivados culturalmente, y no en instituciones vinculadas a la exclusión del injusto.

15 Y tampoco en su versión psicológico-social que pretende explicar el efecto preventivo general positivo sobre la base de la influencia individual de la pena en la fidelidad al derecho o a la norma.



no potenciales delincuentes, van adquiriendo confianza en la validez (real) del ordenamiento jurídico penal y se orientan por las normas penales, no tanto por miedo a la amenaza de la pena, sino por su confianza (asentada colectivamente) en la norma penal. Sin embargo, no ha sido muy clara la explicación de cómo funciona ese asentamiento o moldeamiento de la ciudadanía, esto es, no se explica suficientemente bien cómo operaría ese efecto indirecto y colectivo de confianza en la vigencia real de las normas penales.

Por una parte, se ha explicado dicho funcionamiento preventivo de la pena desde concepciones éticas como las de Durkheim, basadas en la reafirmación de la conciencia moral. Esta reafirmación permite la solidaridad de un colectivo social determinado a través del acercamiento y concentración de las conciencias honestas de sus miembros (De Maglie, 2012, p. 138). Por otra parte, se explica dicho funcionamiento desde el reconocimiento de múltiples factores, siendo uno de los principales el factor cultural (Garland, 2006, pp. 290 y ss.). En esta última explicación la pena resulta ser una institución en la que los patrones culturales se insertan en el castigo y la penalidad, de tal manera que su utilización conminativa o aplicativa adquiere un sentido simbólico potente en la sociedad. Como señala Garland, “la penalidad comunica significado no solo del crimen y del castigo, sino del poder, la legitimidad, la normalidad, la moralidad, la persona, las relaciones y multitud de cuestiones tangenciales. [...], proporcionan un conjunto continuo y recurrente de instrucciones respecto de cómo debemos pensar el bien y el mal, de lo normal y patológico, de lo legítimo o ilegítimo, del orden o del desorden” (p. 294). Y culmina el mismo autor, advirtiendo que “[...] si queremos comprender los efectos sociales del castigo estamos obligados a rastrear esa capacidad positiva de producir significado y de crear normalidad, pero también su capacidad más negativa para suprimir y silenciar la desviación” (p. 295).

Entonces, en cualquiera de dichas explicaciones no puede desconocerse, como lo reconoce Garland tomando a Mead, que la pena coadyuva con una cohesión social que resulta ser en parte expresión de un sentimiento colectivo, peligrosamente excluyente de los otros, es decir, la pena contribuye con la reafirmación de un nosotros, excluyendo a los otros, a los agresores de “nuestra” cultura. Esta lectura del funcionamiento de la prevención general positiva, en el contexto de un Estado constitucionalmente pluricultural, no sería legítima o aceptable, especialmente cuando se identifica al agresor o al enemigo como expresión de otra cultura a la cual hay que asimilar o excluir. Es por ello que dicha lectura debe ser objeto de crítica y correctivos que permitan una comprensión de la prevención general positiva, compatible con nuestro marco constitucional.

Efectivamente, desde nuestra perspectiva, la finalidad preventivo-general no puede ser así entendida, dado que no es legítimo pretender alcanzar un nivel de estandarización de los miembros de una sociedad, de tal manera que se promueva una visión monocultural de la misma. No se niega el efecto indirecta y colectivamente cohesionante de la pena, pero no debe entenderse a partir de la exclusión o la necesaria asimilación de otras culturas diferentes a

la hegemónica, sobre todo cuando existe el riesgo de instrumentalización de la pena para tales efectos<sup>16</sup>.

En ese sentido, el derecho penal y la pena en un Estado constitucional pluricultural se justifica por los fines preventivo-generales de conductas dañosas o peligrosas para las condiciones de convivencia social, pero no para cualquier convivencia social, sino para un modelo de convivencia democrático y plural de las diversas visiones políticas, ideológicas, económicas o culturales que se expresan en dicha sociedad (Montoya, 2020, p. 46). Estas condiciones de convivencia democrática y plural se expresan o materializan, fundamentalmente, en bienes jurídico-penales. Pero, ¿cómo entender estos bienes jurídicos en el modelo de convivencia propuesto? Entiendo que, en primer lugar, deben entenderse como bienes comunes para todas las culturas coexistentes y no para la reafirmación de una cultura excluyendo a las otras. Efectivamente, como hemos mencionado en la primera parte de este trabajo, el constitucionalismo de la alteridad que reconoce nuestra Constitución se construye sobre los fundamentos del derecho a la identidad cultural —como derecho individual y colectivo—, de la democracia participativa multicultural, de la educación intercultural y del respeto y cuidado de los “bienes comunes”.

Un bien jurídico penal, entendido como bien común de todas las culturas existentes en una sociedad, requiere reconocer, en primer lugar, el carácter dinámico, evolutivo e interactivo de cualquier cultura o etnia. Como afirma De Maglie (2012, p. 174): “estudios autorizados señalan el error de aquellas perspectivas que consideran a la humanidad como divididos en grupos étnicos netamente (o absolutamente) diferenciados”. Ya hemos hecho alusión, también, al carácter híbrido

16 Una fundamentación de los efectos cohesionantes y preventivos de la pena o el castigo lo ofrece Daniel Rodríguez (2016, pp. 134 y ss.), quien, a partir de los últimos estudios de las ciencias del comportamiento (neurociencias vinculadas al estudio del comportamiento y que han dado origen a disciplinas como la neuroética y neuropolítica), ha señalado que el castigo en todas las culturas (con matices mayores o menores dependiendo de otros factores) no solo aparece como retribución o reacción frente al comportamiento dañoso, sino que obedece a una funcionalidad de racionalidad compleja (no simplista, basada en el análisis costo-beneficio), en el que operan sentimientos y una base racional eficiente de esos sentimientos. Así, sostiene el autor español, que son los sentimientos de justicia/equidad y el de cooperación condicionada los que marcan el sentido básico del castigo como expresión de un comportamiento de rechazo a los comportamientos inequitativos y cooperativos. El castigo, como expresión de rechazo a tales comportamientos inequitativos y no cooperativos, es expresión de un comportamiento eficiente dado que mejora las posibilidades de supervivencia y mejora las condiciones de convivencia (p. 306). Desde esta perspectiva, la amenaza de pena se justifica por los efectos beneficiosos sociales (consecuencialista y no meramente retribucionista) que alcanzan los seres humanos para su supervivencia y convivencia. De esta manera, señala el mismo autor, “la pena siendo unitaria en su formulación consigue efectos distintos en distintas personas [...]. Así, en aquellos que tienen una mayor tendencia a la comisión de un delito la pena funciona como efecto contra motivacional para que el agente cambie o se inhiba de los comportamientos inequitativos o no cooperativos”» (p. 310), mientras que, con respecto a aquellos que mayoritariamente no muestran esta tendencia, la pena funciona evitando que dichas personas cambien esta actitud hacia la norma, es decir, “la pena generaría confianza recíproca entre los conciudadanos que siguen considerando que, a pesar del delito, la mayoría de ellos seguirán comportándose de la manera preestablecida” (p. 311). Esto último es lo que denominamos prevención general positiva.

o mixto de la justicia comunal o a la apropiación progresiva del discurso de los derechos humanos por parte de las mujeres o adolescentes indígenas o andinas (Villanueva, 2014, p. 301). Sin caer en el exceso de considerar a la etnia como una ficción (cuestión que no aceptamos), compartimos la idea de que entre los diversos grupos étnicos y culturas pueden compartirse amplios núcleos de realidades o posiciones que se consideran valiosos para la convivencia. Sin embargo, resulta evidente, también, reconocer la lectura o visión parcialmente diferente que tales culturas pueden hacer de tales bienes, y de las conductas lesivas que se estructuran con relación a aquellos.

En segundo lugar, la valoración jurídico-penal de las diversas lecturas y visiones de los bienes jurídicos protegidos, y de las conductas lesivas que se estructuran en relación con aquellos, solo puede llevarse a cabo mediante la ponderación de los principios jurídicos constitucionales que subyacen a tales bienes y orientan las decisiones legislativas y, especialmente, las jurisdiccionales<sup>17</sup>. Siguiendo a Sánchez Ostiz (2012, p. 245), quien desde su construcción de una política criminal principialista, articulada sobre la base de tres grandes principios (seguridad de la vida social, legalidad y de respeto a la dignidad), la producción y la aplicación de normas positivas vienen condicionadas por los principios antes referidos. Desde esa perspectiva, el mismo autor concluye que, con el derecho penal, se trata de proteger ámbitos de desarrollo personal como resultado de la ponderación entre los tres principios (2012, p. 249): “No se tutela mediante el Derecho penal la mera libertad de elección, ni la simple sociedad, ni el derecho formal, sino el adecuado y ponderado equilibrio del ser personal, configurado por su socialidad o coexistencia, su libertad y su dignidad” (2012, p. 249). Si por dignidad se comprende también el derecho a la identidad cultural de las personas, consideramos, junto con Sánchez Ostiz, que ese ámbito de desarrollo personal ponderado es lo que anteriormente hemos denominado bienes comunes (2012, p. 249).

#### **4.2. Derecho penal funcional con perspectiva multicultural: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad**

Un segundo efecto de la perspectiva que hemos asumido lo constituye el deber de tratar los delitos motivados culturalmente (en aquellos casos en que el fuero jurisdiccional penal asuma competencia), desde una perspectiva dogmático-funcional a partir del derecho fundamental a la identidad cultural y del principio de pluralismo cultural y jurídico, tal como lo hemos mencionado en otro trabajo (Montoya y Díaz, 2017, pp. 37 a 41).

Efectivamente, la dogmática penal moderna, más que discutir sobre la estructura del sistema de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), discute actualmente acerca de la metodología de comprensión del derecho penal

<sup>17</sup> De todo lo expuesto en este trabajo, no resulta difícil deducir el rol fundamental que cumple el operador judicial en el tratamiento penal de los delitos motivados culturalmente. Se trata del rol activo que debe cumplir el juez en un Estado constitucional. En relación con nuestro tema, es De Maglie (2012, pp. 165-177) quien denota el rol esencial que cumple el juez penal al momento de resolver las tensiones que generan los delitos motivados culturalmente.

y de cada uno de los niveles de la teoría del delito<sup>18</sup> (Montoya y Díaz, 2017, p. 31). En otras palabras, se trata de reinterpretar el sentido del derecho penal y de los diversos elementos de la teoría del delito desde una perspectiva abierta. Como señala Schünemann, “en lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un sistema abierto, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o al menos se adapte a él” (Montoya y Díaz, 2017, p. 31).

Si bien la discusión metodológica actual discurre entre dos grandes perspectivas funcionalistas: la dogmática penal funcional de corte valorativo y la dogmática penal normativo-sistémica, nosotros creemos que la primera de las perspectivas muestra un mayor rendimiento práctico, puesto que esta permitiría introducir criterios y principios propios del pluralismo cultural como criterios complementarios, que minimicen o anulen los riesgos de una aplicación prejuiciosa o discriminatoria de la norma penal. En otras palabras, el sistema o teoría del delito se reinterpreta a través de criterios valorativos referidos a los fines preventivos de la pena y a los principios y derechos constitucionalmente reconocidos. En ese sentido, según el propio Roxin, se pretende evitar soluciones injustas a las que se podría llegar con una elaboración dogmática no funcional, esto es, sin referente externo (puramente deductiva), o puramente sistémica (solo referida a la vigencia de la norma)<sup>19</sup>.

Pues bien, como hemos indicado en otro texto (Montoya y Díaz, 2017, p. 40), resulta pacífico deducir que el derecho a la identidad cultural y el principio de pluralismo cultural deben ser criterios normativos que vinculan la metodología funcional valorativa. Sin entrar a un detalle casuístico (Montoya y Díaz, 2017, pp. 40 y 41), es posible considerar que, bajo esa perspectiva funcional, una amplia gama de los denominados delitos motivados culturalmente, pueden ser considerados penalmente irrelevantes por algunas de las instituciones dogmáticas que permiten excluir el injusto penal: riesgo permitido, ausencia de lesividad, consentimiento, ejercicio legítimo de un derecho o cargo, o alguna otra causa de justificación. Así, por ejemplo, los casos en los que la autoridad comunal, en el ejercicio de sus funciones, impone una sanción consuetudinaria (por ejemplo, cadena ronderil), en el que se pueda afectar la libertad o la integridad corporal del castigado, por atentar contra intereses de la comunidad, serían supuestos de riesgo permitido o ejercicio legítimo de una potestad. Igualmente, casos como el denominado Baguazo, en el que técnicamente se consideró la ausencia de un riesgo prohibido el hecho de la falta de capacidad de los líderes comunales para instigar. Tampoco

18 El funcionalismo no altera el esquema de los niveles de la teoría del delito, sino que hay un énfasis en los aspectos metodológicos. Antes del funcionalismo, señala Schünemann (1991), la sistemática penal (que concluye con el finalismo) se caracterizaba por sus pretensiones de ausencia de contradicción, independencia y plenitud, es decir, por el hecho de que sus categorías y sus contenidos se derivaban de un número limitado de fórmulas fundamentales (axiomas). Dada la complejidad de la realidad, esta pretensión no es posible. Es, precisamente, frente a esa concepción puramente sistemática que el funcionalismo reacciona abogando por un sistema abierto (a sus consecuencias).

19 Sobre las bases de una dogmática penal funcional o teleológica ver Roxin (1972). El mismo autor ha desarrollado su postura de funcionalización de la dogmática penal y la teoría del delito en Roxin (2008).

puede considerarse dentro del riesgo prohibido aquellos casos en que, mientras que, desde una perspectiva occidental, determinadas labores puedan ser consideradas explotación laboral de adolescentes de 14 años, en el contexto cultural andino claramente podría tener solo una connotación de cooperación comunal.

Sin embargo, los límites que establece la Constitución (artículo 149), de respeto a los derechos fundamentales nucleares, no solo lo son respecto de los delitos motivados por el ejercicio de la jurisdicción comunal o nativa, sino respecto de todo delito motivado culturalmente, sea en el ejercicio de una autoridad comunal o no. Estos límites son muy difíciles y complejos de delimitar, e implican siempre una ponderación casuística entre los derechos a la identidad cultural y pluralismo cultural, y aquellos derechos fundamentales que informan o están detrás de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal<sup>20</sup>. La preferencia condicionada de los primeros sobre los segundos marca un estado de ausencia de antijuridicidad penal, que se resuelve por algunas de las instituciones dogmáticas de exclusión del injusto que hemos indicado; pero la preferencia condicionada de los segundos nos lleva ineludiblemente a considerarlos un injusto penal y evaluar si el sujeto infractor puede asumir responsabilidad penal por dicho injusto. Creemos que, a partir de lo esbozado por el Acuerdo Plenario 1-2009 y 1-2015, podemos señalar que existen algunos criterios básicos para determinar esa preferencia condicionada o no del derecho a la identidad cultural que subyace en el delito motivado culturalmente. Creemos que dicha preferencia no es verificable en los siguientes supuestos:

- Se trate un delito motivado culturalmente que afecte la vida humana, como bien jurídico que es condición necesaria para el disfrute de los demás derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la identidad cultural. Ello no implica que en sede de culpabilidad pueda analizarse la relevancia de la vinculación cultural diferente del agente infractor. En ese sentido, siguiendo el ejemplo citado por Hurtado, la muerte provocada (homicidio) de una persona, por parte de algún miembro de la comunidad nativa, en la consideración cultural de que se trata de un brujo de la comunidad causante de una epidemia que diezma la tribu, debe considerarse un injusto penal de homicidio, sin perjuicio de evaluar su responsabilidad penal o no en el ámbito de la culpabilidad.
- Se trate de un delito motivado culturalmente que afecte bienes jurídicos constitutivos del núcleo de la dignidad humana, es decir, impliquen la ins-

20 El profesor Meini (2007, p. 42) reconoce y resalta igualmente los límites de los derechos fundamentales que se le impone a los comportamientos culturalmente motivados y, coincidimos igualmente con él, en que se trata de derechos universalmente reconocidos. Sin embargo, dado que los derechos fundamentales no son absolutos y admiten ser ponderados en función de las aristas que presente el caso concreto, consideramos que los bienes jurídicos y las conductas prohibidas, que se estructuran para su protección, admiten ser reinterpretadas en función de la precedencia que se establezca, luego de la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto subyacentes. Ya hemos mencionado que entre esos derechos en ponderación se encuentran los derechos a la identidad cultural y el principio de pluralismo cultural y jurídico.

trumentalización o cosificación de una persona por parte de otro u otros. En ese sentido, hechos claramente constitutivos de explotación sexual de personas, especialmente mujeres y menores, constituyen un injusto penal susceptible de reproche personal. Igual consideración se puede tener de los actos constitutivos de tortura o tratos inhumanos o degradantes.

- Se trate de un delito motivado culturalmente que suponga un ejercicio abusivo y/o discriminatorio de posiciones dominantes, que impliquen la reproducción de situaciones de desigualdad intolerables. En este rubro podemos ubicar, por ejemplo, los casos de delitos que impliquen violencia de género.

Este conjunto de supuestos, en los que no se configura la precedencia condicionada en favor del derecho a la identidad cultural y principio de pluralidad cultural, denotan la configuración de un injusto penal que motiva su análisis en el nivel de la responsabilidad o la culpabilidad. Este aspecto nos lleva a plantearnos una aproximación a la naturaleza del artículo 15 de nuestro Código Penal.

#### **4.3. El artículo 15: un supuesto residual de inexigibilidad excepcional por incomprensión de la prohibición de su conducta**

De acuerdo con lo mostrado hasta este momento, el artículo 15 debería considerarse un supuesto residual de solución de los conflictos penales que surgen con los comportamientos culturalmente motivados. Se trata de aquellos supuestos conflictivos que no pueden ser resueltos o excluidos en el ámbito del injusto penal, dado que el derecho a la diversidad cultural y los derechos que le son inherentes no logran afirmar su precedencia condicionada sobre bienes jurídicos de titularidad individual, muy importantes en el marco del respeto al núcleo de los derechos fundamentales.

Bajo la perspectiva expuesta hasta este momento, y de manera aún preliminar, nos atrevemos a considerar que el artículo 15 del Código Penal debe entenderse como una forma especial de error de prohibición, pero entendido no como lo describe el texto del referido artículo 15, es decir, como *falta de capacidad* de motivación por la norma del sujeto infractor, condicionado por su vínculo cultural distinto. Es decir, no se trata de supuestos de falta de capacidad de motivación por la norma del agente cultural. Esta existe y le es exigible, en principio, al agente cultural que conozca la norma y se comporte de acuerdo con ella. Se trata de normas de conducta y de bienes jurídicos entendidos en su calidad de bienes jurídicos comunes, es decir, de bienes que forman parte del patrimonio común de todas las culturas coexistentes. En nuestra consideración, le es exigible a cualquier persona, vinculada a cualquier cultura, no afectar la vida humana como un bien referido a un derecho fundamental básico y necesario para los demás. Igualmente, le es exigible a cualquier persona vinculada a cualquier cultura no afectar la dignidad de otra persona, es decir, no cosificarla o no instrumentalizarla. Si ello ocurre, excepcionalmente, por medio de un comportamiento motivado culturalmente, entonces, tal comportamiento constituye un injusto penal, siendo exigible, para él mismo, el conocimiento y comprensión de su prohibición (o de su no permisón) y su comportamiento acorde con tal conocimiento.



Lo último de lo manifestado no supone una lectura o una visión asimétrica o discriminatoria entre culturas, ni tampoco asumir una posición asimilacionista de la cultura minoritaria, dado que partimos de la igualdad de posiciones de todas ellas para respetar el núcleo de los derechos fundamentales, tal como lo hemos esbozado anteriormente: dignidad, prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes o afectaciones manifiestamente abusivas o discriminatorias de los bienes jurídicos. Esto tampoco vulnera los lineamientos de un Estado constitucional pluricultural, que tiene como límite establecido el respeto del núcleo de los derechos fundamentales. Tampoco puede considerarse asimilacionista la exigibilidad de respecto a los bienes jurídicos que se consideran o entienden como bienes de patrimonio común a todas las culturas.

Desde esta perspectiva, el artículo 15 del Código Penal debe leerse como un supuesto de falta de conocimiento o comprensión de la prohibición penal de su comportamiento o como creencia errónea de su permisión, debido a determinadas características valorativas y normativas que excepcionalmente muestran su cultura, pero que, desde el núcleo de los derechos humanos, no son aceptables. Ello no debe significar, una vez más, una mirada asimétrica de dicha cultura, dado que todas las culturas están obligadas a respetar la vida humana, al núcleo de la dignidad, a no discriminar odiosamente a los otros, o a no abusar de su posición de dominio sobre la vulnerabilidad de los otros. Si se produce un comportamiento con esas características, y la persona, por algún aspecto excepcional de su cultura, no comprende el carácter particularmente dañoso del mismo, entonces, aquella puede invocar un error de prohibición especial por incomprensión de la ilicitud de su hecho o por la comprensión errónea de la permisión de la misma. **No se trata, entonces, de reconocer diferencias estructurales** entre quien, compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo jurídico, yerra sobre un aspecto concreto, y aquel que se rige por pautas culturales diferentes, dado que le es exigible a cualquiera la comprensión del carácter ofensivo de su conducta. La cultura opera aquí como cualquier otra circunstancia que puede incidir en el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, y su particularidad solo es relevante de cara al mejoramiento de las políticas públicas del diálogo intercultural.

Sin embargo, teniendo en cuenta de que se trata de errores sobre sustratos referidos al núcleo de los derechos humanos o fundamentales, consideramos que la tendencia sería a apreciar menos errores de prohibición invencibles y mucho más regularmente errores de prohibición vencible. La evolución de la dinámica cultural, el grado de interacción cultural presente, el asentimiento o no del sujeto pasivo y la presencia o ausencia de políticas públicas que promuevan el diálogo intercultural pueden ser factores que incidan en la determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición especial. Este tratamiento vencible del error implicaría, en los casos excepcionales que se presenten, la subsistencia de la exigibilidad normativa de un comportamiento más respetuoso de aquellos aspectos inmunes de la dignidad humana, no solo de parte del agente vinculado a la cultura minoritaria, sino igualmente de los miembros de todas las culturas coexistentes en nuestra sociedad.



## REFERENCIAS

- Carducci, M. (2012). El multiculturalismo. Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad. En L. Cornacchia y P. Sánchez Ostiz (coords.), *Multiculturalismo y derecho penal* (pp. 83-93). Thomson Reuters - Arazandi.
- Castillo, A. (2014). La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 27(2).
- Chanjan, R. (2016). Comunidades indígenas y Derecho penal del enemigo. En *Actualidad penal*, 1, pp. 263 - 278.
- Defensoría del Pueblo (2019). Reporte de la Defensoría de Conflictos Sociales 187. Septiembre.
- De Maglie, C. (2012). *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Marcial Pons.
- Feijoo, B. (2007). *Retribución y prevención general*. Editorial B. de F.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*. Siglo Veintiuno Editores.
- Hurtado, J. y Prado, V. (2011) *Manual de Derecho penal. Parte General. Tomo 1*. IDEMSA.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en un derecho penal funcional*. Civitas.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson - Civitas.
- Meini, I. (2007). Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. En *Derecho PUCP*, (60), 17-50. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2924>
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal - Parte general. Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial - PUCP.
- Montoya, Y. (2020). *Derecho penal de principios. Volumen I. La Justificación de la intervención punitiva del Estado en el estado constitucional y democrático de derecho*. CICAJ - PUCP.
- Montoya, Y., y Díaz, I. (2017). Pluralismo y derecho penal: comentarios a propósito de la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua. En *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural* (pp. 27-42). Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- Olaizola, I. (2018). La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-03, 1-30. <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>
- Raguéz, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch editores.
- Rodríguez, D. (2016). *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (1972). *Política criminal y sistema de derecho penal*. Bosch.

- Roxin, C. (2008). *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. UBJUS.
- Sánchez Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Schunemann, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos.
- Terradillos, J. (2010). Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el derecho penal español. *Sistema penal y estado de derecho* (pp. 181-214). ARA editores.
- Villanueva, R. (2014). La interpretación intercultural en el Estado constitucional. *Revista del derecho del Estado* (34), enero-junio de 2015, pp. 289-310. <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337640285013.pdf>
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general IV*. Ediar.

# LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO HERRAMIENTA PARA HUMANIZAR EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y PENITENCIARIO PERUANO

*Yvana Lucía Novoa Curich<sup>1</sup>*

## **Introducción**

El sistema de justicia penal peruano se ha enfocado en responder al delito y poner sus luces sobre la sanción que merece quien lo comete. Parece querer atender a lo que la sociedad o comunidades en las que se inserta el delito necesitan, por medio de la proposición de penas “ejemplares” o simbólicas. No obstante, esta “atención” hacia lo que la sociedad o la comunidad dañada necesita, no se extiende en todos los casos hacia las necesidades de las personas que se han visto concretamente afectadas por el delito particular: las víctimas. Si bien nuestro sistema penal aplica el principio de economía procesal y permite que las víctimas soliciten reparación civil dentro del proceso penal, ahorrándoles trámites engorrosos adicionales, se pueden identificar dos falencias: 1) no todos los delitos permiten la participación de individuos directamente afectados por el delito (dependerá de quién sea considera el titular del bien jurídico vulnerado) y, 2) incluso cuando la víctima es una persona y puede pedir reparación civil, el cálculo de esta dista, en muchos casos, de una motivación adecuada y coherente con el daño recibido. A este último punto se le debe agregar un aspecto, a mi considerar, poco tomado en cuenta: la reparación económica no es la única que puede ayudar a enmendar el daño.

Por otro lado, nuestra justicia penal y el sistema penitenciario tampoco parecen responder plenamente a las necesidades de quienes reciben la sanción. La Constitución Política establece como principio de la Administración de Justicia “que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (1993). Las condiciones de vida y hacinamiento en los penales peruanos nos llevan a cuestionarnos ¿cómo puede rehabilitarse y reinsertarse en sociedad alguien que ha sido apartado de la sociedad para formar parte de uno de los grupos poblaciones más invisibilizados del país?

La finalidad de este artículo es brindar información para poner los ojos en un modelo de justicia: la justicia restaurativa que, si bien no va a reemplazar el nuestro, sí puede ser complementario y coadyuvar a que el sistema de justicia penal y penitenciario sean más justos de cara a todas las partes involucradas en la comisión de un delito: víctima, autor y comunidad. En otras palabras, el modelo restaurativo no es entendido en este trabajo como antagónico u opuesto respecto

---

1 Magíster en Derecho (LLM) por McGill University, Canadá. Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente del Departamento de Derecho PUCP, así como de la Maestría en Derechos Humanos de la misma casa de estudios. Consultora externa de organismos internacionales y el sector público en materia de trata de personas y violencia de género. Miembro investigadora del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción de la PUCP (DEPEC).

del modelo tradicional retributivo de justicia penal, sino como complemento a fin de cumplir realmente con el modelo de Estado social y democrático de derecho que nos rige. La premisa de este artículo, entonces, es la convicción de que el sistema penal y penitenciario peruano debe humanizarse, sin desconocer la necesidad de castigo como reacción *ultima ratio* ante las conductas más gravosas para la sociedad. De esta forma, este breve trabajo de investigación busca proponer a la justicia restaurativa como una herramienta que complemente nuestra justicia penal y penitenciaria, y que coadyuve a enmendar el daño, no solo causado a la vigencia de la norma penal, sino a los seres humanos para los cuales todo sistema jurídico existe.

Es así como este trabajo se dividirá en tres partes. La primera parte abordará la definición de justicia restaurativa y su enfoque en la víctima. La segunda parte analizará la función de la pena según nuestro ordenamiento, y desarrollará una breve crítica a las condiciones de ejecución penal que no son adecuadas para lograr la función resocializadora de la pena. La tercera parte estará destinada a exponer cómo los mecanismos de justicia restaurativa podrían servir como herramienta complementaria de nuestro sistema de justicia actual, a fin de humanizarlo y cumplir con los estándares internacionales en materia de reparaciones, según el concepto de reparación integral desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta parte final, recurriré a ejemplos comparados donde se emplea la justicia restaurativa y donde existe una preocupación respecto de la víctima como del ofensor.

## **1. Justicia Restaurativa**

Iniciaremos el presente artículo aproximándonos brevemente a los orígenes de la justicia restaurativa, para luego pasar a su definición como enfoque para enmendar el daño producido por el delito y, por ende, para llegar a decisiones justas para todos los involucrados en aquel: autor (conocido en derecho anglosajón como *offender*), la víctima o personas directamente agraviadas y la comunidad. De igual forma, incidiremos en sus características principales: sus objetivos centrales y su enfoque en la víctima, sin dejar de mirar a las necesidades del autor del delito, como ser humano que es.

### **1.1 Orígenes y Definición**

Resulta complejo determinar el lugar y momento histórico exacto que dio origen a la justicia restaurativa. Diversas civilizaciones antiguas tienen elementos restaurativos en sus órdenes jurídicos que han sido los cimientos de los ordenamientos jurídicos modernos. Por ejemplo, prácticas o elementos restaurativos existían ya en las formas de resolución de conflictos de comunidades indígenas en países como Canadá, Nueva Zelanda y en América Latina (Rodríguez Cely, 2012). No obstante, en Estados Unidos y en Canadá, el movimiento de justicia restaurativa moderno encuentra su nacimiento al inicio de la década de 1970.

Howard Zehr, criminólogo norteamericano y uno de los fundadores del movimiento de justicia restaurativa moderno, la define como un enfoque para alcanzar

justicia que involucra, hasta donde sea posible, a todas aquellas personas que hayan tenido un papel o participación en un delito o daño en particular, a fin de que, de modo colectivo, identifiquen y aborden los daños, necesidades y obligaciones derivados del delito. Todo esto, con la finalidad de sanar y brindar las soluciones más adecuadas posibles (2015, pág. 48). Por su parte, Naciones Unidas la define como un proceso en el que todas las partes involucradas en un delito se reúnen para decidir de modo colectivo cómo lidiar con las consecuencias del crimen y sus implicancias futuras (2002, 7 de enero). En esta misma línea, McCold y Wachtel opinan que la justicia restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a aquellas personas que de manera más directa se han visto impactadas por un delito, y que busca reparar el daño que este ha causado, de la mejor forma posible (2003).

En todo caso, la idea de justicia restaurativa parte de comprender el delito, fundamentalmente, como una conducta que afecta a personas y que trastoca las relaciones interpersonales. En este sentido, los *stakeholders* principales dentro de la comisión de un crimen son: autor/es, víctima y comunidad. El rol que estas partes jueguen dentro de un contexto de justicia restaurativa dependerá, primero, de la naturaleza del delito y, luego, de que tanto las víctimas o agraviados directos así como la comunidad afectada se sientan en capacidad de participar de este nuevo modelo de justicia, así como de sus preferencias sobre las maneras de participar (Zehr & Mika, 1997).

Bolívar y Vanfraechem afirman que la justicia restaurativa nace a fin de dar solución a tres problemas: a) La falta de participación de las víctimas en el proceso penal, siendo relegadas a un rol testimonial, sin preocupación por las necesidades devenidas del delito sufrido; b) el cuestionamiento que vienen recibiendo los roles preventivos y resocializadores del sistema penal y penitenciario en general, y sus mecanismos de control (sanción); y c) las respuestas limitadas que el sistema penal tradicional brinda ante la diversidad de realidades culturales y sociales (2015).

Si bien el enfoque restaurativo desaprueba el delito y reconoce la necesidad de confrontarlo y castigarlo, a su vez, ratifica el valor o dignidad intrínseca de quien delinque (McCold & Wachtel, 2003). Es por ello por lo que la justicia restaurativa da preferencia a procesos inclusivos y colaborativos que lleven a resultados basados en el consenso. Supone un encuentro cara a cara (con una preparación y medidas de seguridad adecuadas de por medio) entre el autor de un delito y su víctima o la persona agraviada. Las formas de encuentro pueden tomar distintas formas como, por ejemplo: a) conferencia entre el autor del delito y la víctima, b) conferencia con el grupo familiar y c) círculos de apoyo a víctimas. (Zehr, 2015, pág. 36). La justicia restaurativa otorga posibilidades tanto a quien delinque, como a la víctima y a la sociedad/comunidad.

En el primer caso, normalmente el encuentro entre autor y víctima (conocido en el mundo anglosajón como *Victim Offender Mediation*) se dará con la mediación de un tercero neutral, sea un particular o un servidor público (Márquez Cárdenas, 2007). Esta reunión busca el intercambio de opiniones entre víctima y autor. En algunos ordenamientos jurídicos se emplea la mediación entre víctima e imputado

o acusado a fin de lograr consensuadamente una solución al daño generado por el delito. En algunos ordenamientos extranjeros, el mediador puede pertenecer a un centro de conciliación o mediación comunitario o ser miembro del vecindario al que pertenecen la víctima y/o el delincuente (McCold, 2008). Asimismo, el mediador puede ser un servidor público del sistema penitenciario. En el segundo caso, conferencia con el grupo familiar, la familia del delincuente forma parte de la reunión a fin de brindarle soporte, pero, a su vez, de comprender cómo puede la familia jugar un papel más activo en la resocialización del ofensor.

## 1.2 Enfoque en Víctima

Como se ha indicado antes, el enfoque restaurativo reconoce la condición humana del autor del delito. Sin embargo, su preocupación fundamental es el abandono que sufren las víctimas dentro del modelo tradicional de justicia en el cual, aquellas quedan relegadas a un rol testimonial y, en algunos casos, ni siquiera pueden convertirse en parte civil dentro del proceso penal<sup>2</sup>. Así, la justicia restaurativa busca desarrollar una manera de proceder que sea distributivamente más justa respecto de las víctimas, pero sin lesionar los derechos de quienes transgreden la ley penal o la seguridad pública (Strang & Sherman, 2003).

Naciones Unidas también considera que los elementos de justicia restaurativa son útiles en la evaluación, a nivel procesal, del papel y condición jurídica de las víctimas ya que, en muchos sistemas de justicia penal, los procesos judiciales suelen promover una dinámica antagónica entre el Estado y el autor del delito, dejando a la víctima en un rol testimonial meramente. O, por otra parte, en un nivel sustantivo, dichos sistemas se enfocan en el castigo al delincuente y dejan de lado la reparación necesaria del daño (2002, 7 de enero, pág. 6). Al respecto, coincido en que un sistema de justicia penal que se enfoca única o principalmente en el castigo al autor del delito y que relega a las víctimas, no es capaz de afrontar las necesidades emocionales y relacionales de todos los individuos que se han visto impactados por la conducta cometida. Entonces, “en un mundo donde las personas se sienten cada vez más alienadas, la justicia restaurativa restablece y desarrolla sentimientos relacionales positivos” (McCold & Wachtel, 2003).

## 2. Función de la Pena: Expectativa vs. Realidad

### 2.1 Función Resocializadora

La función de la pena está referida a qué efectos tiene la imposición de dicha sanción en la sociedad y en el individuo que recibe el castigo. Así, como indica Rodríguez Vásquez, es importante distinguir entre fin y función. El fin corresponde al plano del “deber ser”, mientras que la función está referida al plano del “ser”. Por eso, el fin del Derecho penal se encuentra relacionado con las ra-

2 Como es el caso del procesamiento penal de los delitos contra la administración pública, donde el titular del bien jurídico protegido es el Estado y, por tanto, la reparación del daño va únicamente a aquel y no a las personas concretas que pueden haberse visto afectadas de modo directo por un delito de corrupción. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

zones que justifican o legitiman el ejercicio del poder punitivo del Estado (2012, pág. 7).

Ahora bien, como se indicó anteriormente, el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución contempla como principio y derecho de la función jurisdiccional el que el régimen penitenciario tenga “por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (1993). Por su parte, el Título Preliminar del Código Penal peruano, en su artículo IX, dispone que la pena tiene una función “preventiva, resocializadora y protectora” (1991). En este sentido, la sanción penal tiene, para nuestro ordenamiento, una función resocializadora, la cual guardaría coherencia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución, el cual establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (1993).

Ghang Kcomt considera que la pena tiene una función preventiva (especial y general) y que su imposición debe estar orientada a influir en el comportamiento tanto del autor del delito como de la sociedad en general, de manera que se evite la comisión del injusto penal. Así, para Chang, estaremos ante una sanción penal legítima cuando con esta se logre un efecto social, ya que las penas meramente retributivas (que solo buscan castigar al autor) van en contra de los fundamentos de un ordenamiento constitucional y democrático de derecho como el peruano (2013, pág. 507). No obstante, la legitimidad de la pena debe abarcar tanto la pena abstracta (contemplada en el tipo penal), la pena individualizada mediante la sentencia judicial, así como la ejecución de dicha sanción en los hechos. Es así como, para que cualquier tipo de pena sea legítima, esta debe ser necesaria, idónea y proporcional respecto del delito (Meine, 2013, pág. 144).

Siendo esto así, Rodríguez Vásquez explica que la resocialización supone tres sub-principios: reeducación, reincorporación y rehabilitación. La primera consiste en el proceso por el que el sancionado debe adquirir determinadas actitudes a fin de poder desarrollar su vida en comunidad. La segunda, reincorporación, por su lado, supone la recuperación social de la persona condenada. Finalmente, la rehabilitación implica que quien viene cumpliendo la sanción, renueve su estatus jurídico de ciudadano/a (2012). A continuación, analizaremos brevemente si esta función resocializadora está siendo alcanzada dentro del contexto peruano.

## **2.2 Los Efectos Resocializadores en la Realidad**

El delito cometido atenta contra la vigencia de la norma penal. La sanción penal busca restaurar el equilibrio alterado. No obstante, es válido preguntarse si acaso la ejecución de las sanciones penales existentes coadyuva a restaurar la confianza interpersonal (aquella que los miembros de una comunidad deben tener entre sí) y la confianza respecto de la protección que el Estado brinda a las personas. De hecho, ciertos delitos como los delitos contra la administración pública, no solo vulneran un bien jurídico general y específico, cuya titularidad corresponde al Estado, sino que a su vez la comisión de los delitos de corrupción generan efectos directos y negativos en personas específicas o grupos determinados o determinables (Novoa Curich, 2016). Es así como las instituciones pierden legitimidad y la



ciudadanía pierde confianza en el Estado y en los mismos individuos que la componen. Basta referirnos a las encuestas e índices de percepción de la corrupción (Proetica, 2019) para apreciar cómo la legitimidad de las instituciones públicas decrece junto con la confianza en las autoridades que supuestamente son garantes de nuestra protección.

En un escenario como este, es válido cuestionar si las condiciones en las que se ejecutan las penas impuestas realmente conducen a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad.

La condición de hacinamiento e indignidad de las condiciones de vida dentro de los establecimientos penitenciarios es, sin duda, de los aspectos más visibles y criticables del sistema penitenciario. Sin embargo, es importante poner enfoque en los servicios y programas que el Estado implementa a fin de cumplir con la función resocializadora contenida en la Constitución como principio de la función jurisdiccional y garantía del condenado.

Al respecto, cabe mencionar que el contexto de emergencia sanitaria causado por la pandemia del COVID-19 puso los reflectores en el riesgo particular y más intenso al que se ven expuestos los grupos poblacionales que históricamente han vivido en vulnerabilidad. La población penitenciaria es uno de estos grupos. Según la Defensoría del Pueblo, las personas privadas de libertad cumplen la detención en condiciones que impactan o arriesgan su derecho a la vida, integridad y salud, entre otros. El hacinamiento es la causa principal de esta situación en tanto los establecimientos penitenciarios tienen una capacidad para albergar 40,137 personas, pero en los hechos albergan 97,111 individuos (2020, pág. 5).

Tardíamente el gobierno y la ciudadanía prestaron atención a las condiciones de hacinamiento que, en un contexto de pandemia, constituye uno de los factores más críticos de contagio y muerte. Así pues, cuando se vive sin condiciones básicas dignas, resulta cuestionable guardar esperanzas respecto a la reeducación, rehabilitación y resocialización de alguien. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que vivir en esta situación no solo representa una deficiencia grave y estructural, sino que desnaturaliza la función principal que la Convención Americana de Derechos Humanos atribuye a las penas privativas de libertad, es decir, la reforma y rehabilitación de las personas condenadas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Reparar en todo lo dicho es relevante pues nos obliga a recordar la condición de seres humanos que tienen quienes han cometido delitos y se encuentran cumpliendo algún tipo de sanción. Prestar atención y trabajar en mejorar las deficiencias del sistema penitenciario no pasa solo por enfocarse en los defectos más visibles. Es necesario pensar y diseñar servicios para la población penitenciaria que miren realmente hacia su reeducación como primer paso. Actualmente, existen acciones o programas orientados a promover el desarrollo de actividades productivas en las cárceles, en cooperación con empresas privadas, a fin de coadyuvar a la reinserción laboral de las personas internas (DL No. 1343, 2017). A pesar de que estas iniciativas son valiosas, se requiere, además, otros mecanismos.

Para esperar razonablemente que quien comete un delito se reinserte en una comunidad, el Estado debe mostrar, primero, que no ha olvidado el valor intrínseco de dicha persona y, segundo debe procurar que dicha persona comprenda que la vulneración de la norma penal no es relevante per se, sino que su conducta prohibida generó un impacto específico en determinada persona o grupo.

El sistema penitenciario y los programas que lo compongan, deben entonces estar diseñados de tal modo que coadyuven al sistema penal no solo a desincentivar la nueva comisión de delitos, sino a restaurar los lazos sociales rotos, es decir, aquellas condiciones esenciales que permiten la convivencia en sociedad, es decir, bienes jurídicos (Villavicencio, 2019). Y es que, como bien señala Meini,

La libertad de actuación que la sanción estatal reivindica es la que se deriva de los valores ético-sociales que guían la convivencia pacífica de las personas, o, dicho en otras palabras, los valores que permiten que todas las personas por igual diseñen su proyecto de vida y desarrollen libremente su personalidad. (2013, pág. 143)

Es justamente en este extremo en el que propongo que el Estado implemente servicios de justicia restaurativa que permitan al sancionado escuchar y comprender cuál fue el impacto de su conducta y, a su vez, permita a la víctima expresar lo que no necesariamente pudo contar en un proceso penal.

### **3. Justicia Restaurativa Como Complemento**

En este trabajo de investigación propongo recurrir a elementos de justicia restaurativa en dos momentos dentro del espacio cronológico que supone el ejercicio de la justicia penal. Por un lado, con un enfoque en las necesidades de las víctimas y/o personas agraviadas, al determinar la reparación al daño causado por el delito y, por otro, al ejecutarse la sanción penal. Esto último tanto dentro de los programas para población penitenciaria, como dentro de las acciones que se pongan a disposición de condenados con pena suspendida. Así, se busca complementar las prácticas ya existentes de justicia penal, sobre todo en aquellos ámbitos en los que dichas prácticas no han brindado resultados satisfactorios (Naciones Unidas, 2002, 7 de enero).

Y es que, como he señalado anteriormente, el propósito principal del modelo restaurativo es enmendar y restaurar el daño que el delito causa, sobre todo a la víctima, pero también a quien lo comete y, finalmente, a la sociedad.

#### **3.1 Como Mecanismo de Reparación Integral de la Víctima**

Antes de ahondar en los beneficios que el modelo restaurativo conlleva para las víctimas, es indispensable recordar que todo Estado tiene obligaciones generales en materia de derechos humanos. Estas son la obligación de respeto y la de garantía (Acevedo Buendía vs. Perú, Sentencia, 2009). Dentro de esta última se encuentran contenidas las obligaciones de investigar, sancionar y reparar todo acto que haya generado una vulneración de derechos. Si bien el derecho penal protege bienes jurídicos y no derechos, lo cierto es que, en la realidad, el delito es

una conducta que puede vulnerar un derecho fundamental o humano. Esta realidad no puede ser olvidada ni dejada de lado. Por el contrario, debe ser reparada. En el ordenamiento jurídico peruano se permite que, ante la comisión de un delito, la víctima se constituya como parte civil y reclame la pretensión de la reparación civil dentro del proceso penal. Sin embargo, la obligación general de garantía en materia de derechos humanos requiere que dicha reparación no sea únicamente económica, sino que sea integral, según los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así pues, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte estableció que:

El ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica. Ya en 1948, hace medio siglo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre advertía en su preámbulo que “el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Estas palabras se revisten de gran actualidad en este final de siglo. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la determinación de las reparaciones debe tener presente la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto sobre ésta de la violación de sus derechos humanos: hay que partir de una perspectiva integral y no sólo patrimonial de sus potencialidades y capacidades. (1998)

Para la Corte, las reparaciones no económicas son más importantes de lo que podría pensarse a primera impresión. Se debe tener en cuenta el daño que el delito, en este caso, causó al proyecto de vida de la persona. En buena cuenta, cómo impactó el delito en las posibilidades de que dicha persona o grupo se desarrolle plenamente en libertad. La idea fundamental de otorgar una reparación pensada desde una perspectiva integral es restaurar la dignidad de la víctima, lo cual es plenamente coherente con el propósito del modelo restaurativo de justicia.

El dar la oportunidad a las víctimas de narrar al delincuente su historia y el impacto que el delito tuvo en sus vidas es una manera de sanar. El solo hecho de tener la oportunidad de exponer su sentir y su verdad constituye una forma de reparación, en tanto les devuelve a las víctimas la condición humana que se vio afectada con la vulneración de su derecho por medio del delito.

Si acaso hay duda sobre la utilidad de los mecanismos restaurativos de cara a las necesidades de las víctimas, Strang y Sherman muestran evidencia que prueba que las víctimas que reciben una explicación sobre sus roles y responsabilidades dentro de los procesos de justicia restaurativa se sienten más conformes tanto con el procedimiento como con el resultado. Asimismo, los estudios de estas autoras muestran que dos tercios de las víctimas entrevistadas afirman que la posibilidad de dar su testimonio y expresar lo que sienten directamente al autor de delito que las agravió son razones suficientemente importantes para acudir a las conferencias o reuniones con el infractor (2003). Igualmente, Shapland, Robinson y Sorsby muestran a través de la narración de casos reales, el impacto positivo que los servicios de justicia restaurativa pueden tener tanto en la víctima como en el ofensor (2011).

Por su parte, Van Ness considera que el paradigma actual de justicia es inadecuado justamente porque los intereses de las víctimas no son legalmente relevantes dentro de los procedimientos. La idea, entonces, es reconocerle a la víctima un derecho procesal que le permita atender sus necesidades o intereses (1993).

La justicia restaurativa permite flexibilizar los tipos de encuentros entre los involucrados. Así, si bien una reunión paradigmática restaurativa sería una conferencia entre el delincuente y su víctima directa, habrá casos donde este encuentro no sea posible. No obstante, la justicia restaurativa incluye prácticas asimétricas que permiten que, por ejemplo, el autor de un delito de hurto se reúna con una víctima de hurto, aunque esta última no haya sido su víctima (delincuente y víctima sustitutos). Igualmente, el delincuente podría reunirse con miembros de la comunidad en lugar de hacerlo con una víctima concreta. Esto ocurrirá en aquellos casos donde alguna de las partes involucradas en un delito específico no esté disponible o no desee participar en la reunión (Naciones Unidas, 2002, 7 de enero) ya que, como se ha explicado al inicio, la justicia restaurativa supone consenso. Asimismo, es importante dejar en claro que una mediación entre víctima y delincuente se daría solo en aquellos casos donde se ha comprobado que ambos se encuentran psicológicamente listos para llevar la mediación de forma constructiva, sin que la víctima pueda verse perjudicada o revictimizada por dicha reunión (Márquez Cárdenas, 2007).

### **3.2 Como Mecanismo Resocializador del Condenado**

El incluir prácticas restaurativas como mecanismo de reparación para las víctimas, genera que el condenado se enfrente a las consecuencias de su conducta y reconozca o afronte los perjuicios que causó a la víctima. En este sentido, se puede decir que la práctica restaurativa coadyuva a la función resocializadora del penado en tanto busca enseñarle o educarlo sobre las consecuencias plenas de sus actos y, por otra parte, lo prepara para reincorporarse en la comunidad nuevamente, en tanto su interacción con esta y con la víctima miran hacia una convivencia pacífica, en vez de, únicamente, aislarlo de la sociedad dentro de un recinto penitenciario.

En Colombia, por ejemplo, se aplica la justicia restaurativa a través de la Ley 906, en la cual se define como resultado restaurativo

El acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. (Ley 906, 2004)

De igual manera, en el ordenamiento colombiano se contemplan criterios de justicia restaurativa para la atención de casos de responsabilidad de adolescentes infractores de la ley penal. Un estudio cualitativo en el cual se empleó una muestra compuesta por profesionales de la policía, fiscalía, defensorías de familia y Poder Judicial, arroja que si bien los funcionarios participantes de esta muestra no tenían conocimientos profundos sobre justicia restaurativa, sí asociaban su aplicación con la idea de reparación integral, perdón, protagonismo de las víctimas y

restablecimiento de vínculos sociales para los adolescentes infractores (Rodríguez Cely, 2012, pág. 32).

En el contexto de adolescentes infractores, la aplicación de conferencias en las que participe el grupo familiar del infractor puede generar diversos beneficios como reforzar la idea de que el adolescente está sujeto a responsabilidades por sus actos, pero no deja de ser un sujeto de derechos. Además, los padres o familiares del adolescente pueden adquirir conciencia sobre la necesidad de reforzar el cuidado y disciplina sobre el adolescente (Rodríguez Cely, 2012, pág. 32).

Asimismo, es importante indicar que, en una mediación entre víctima y condenado, este último tendrá la posibilidad de explicar su historia y las razones que lo llevaron a cometer el delito. En muchos casos esta práctica puede ser no solo liberadora, sino, a su vez, tener un impacto positivo en el delincuente en tanto recobraría su dignidad como ser humano al sentirse escuchado y tener un espacio para narrar su historia de vida. La empatía y el diálogo son, así, elementos clave en el proceso restaurativo.

#### 4. Conclusiones

1. El gran valor del modelo restaurativo es dar visibilidad e importancia a los seres humanos afectados por la comisión del delito. Dichos seres humanos son el delincuente, las víctimas o agraviados y la comunidad. Esta comunidad debe ser entendida no solo como la sociedad en la cual convivimos todos, sino también la red cercana al delincuente: su familia o red de soporte que, en muchos casos, sufre también el impacto del delito.

2. El fin supremo de la sociedad y el Estado son la protección de las personas. Sin embargo, la justicia penal peruana y el sistema penitenciario parecen haber olvidado su componente humano fundamental. No solo la víctima es olvidada y desprotegida en muchos casos, sino que el delincuente que recibe sanción efectiva ingresa a un contexto de vida deshumanizado.

3. En Perú, si bien la Constitución y su corpus juris establecen que la función de la sanción penal es la resocialización de quien delinque, lo cierto es que las herramientas brindadas por el Estado para la consecución de esa meta distan de ser suficientes.

4. Herramientas restaurativas como las conferencias grupales, reuniones supervisadas entre autor y víctima(s) o personas agraviadas, pueden ser espacios valiosos de reeducación para el primero y de sanación para las segundas, como parte de la reparación integral que merecen.

5. Humanizar el ejercicio de la justicia penal (desde la delimitación abstracta de la pena, pasando por el proceso penal, hasta su individualización y ejecución en el plano real) tendrá, probablemente, un impacto positivo en las relaciones sociales trastocadas por la delincuencia. Cuando los individuos se sienten reconocidos como personas por el Estado y, sobre todo, sienten que son visibles ante aquel, la razón de ser de las instituciones y del aparato público vuelve a cobrar legitimidad y la ciudadanía puede reestablecer su confianza en aquellas y entre los individuos que la componen.

6. Es necesario reconocer que las razones o factores que explican la existencia de delincuencia son diversos y pasan por el análisis de condiciones sociales, económicas, educativas, entre otras. En otras palabras, el recurrir a mecanismos de justicia restaurativa no debe ser visto como algo parecido a la salvación del sistema de justicia penal y penitenciario. Tampoco planteo que la justicia restaurativa sustituya el aparato actualmente activo. El empleo de la justicia restaurativa debe ser complementario y sometido siempre a evaluación y reajuste teniendo en cuenta su ámbito de aplicación y las circunstancias particulares de los tipos de casos en los que se decida aplicar. Es, en buena cuenta, una alternativa complementaria a la que vale la pena, a mi juicio, dar una oportunidad a fin de tratar de cumplir con los principios constitucionales de nuestro Estado social y de derecho, el cual tiene como fin fundamental, la protección de todas las personas humanas que lo habitan.





## REFERENCIAS

- Acevedo Buendía vs. Perú, Sentencia, Serie C No. 198 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2009).
- Bolivar, D., & Vanfraechem, I. (2015). Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Universitas Psychologica*, 14(4), 1437 - 1457. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/rups.v14n4a22.pdf>
- Código Penal [CP]. (1991).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe Sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. OEA/SER.L/V/II. DOC. 64. Organización de los Estados Americanos. Obtenido de <https://oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Organización de los Estados Americanos.
- Constitución Política del Perú. [Constitución] (1993). Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2020). *Informe Especial No. 003-2020-DP*. Defensoría del Pueblo. Obtenido de <http://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/Serie-de-Informes-Especiales-N%C2%BA-003-2020-DP.pdf>
- DL No. 1343, 2017. *Decreto Legislativo para la Promoción e Implementación de Cárceles Productivas*. (6 de enero, 2017).
- Ghang Kcomt, R. (2013). Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal. *Derecho PUCP*, 505 - 541. Obtenido de <http://revistas-pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8912>
- Ley 906, 2004. (1 de septiembre 2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. D. O. No. 45.658.
- Loayza Tamayo vs. Perú, Serie C. No 42 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 1998). Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf)
- Márquez Cárdenas, A. (2007). La justicia restaurativa versis la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X(20), 201 - 212.
- McCold, P. (2008). The recent history of restorative justice: Mediation, circles, and conferencing". En D. Sullivan, & L. Tiffit, *Handbook of Restorative Justice*. New York: Routledge.
- McCold, P., & Wachtel, T. (2003). En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa. *E Forum*.
- Meine, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*(71), 141 - 167. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8900>
- Naciones Unidas. (2002, 7 de enero). Consejo Económico y Social. Justicia Restaurativa. Informe del Secretario General. Informe de la reunión

- del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa. . En *E/CN.15/2002/5/Add.1*.
- Novoa Curich, Y. L. (2016). La corrupción como mecanismo de discriminación. *Derecho & Sociedad*(47), 215 - 226. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18886>
- Proetica. (2019). *XI Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción de Proética*. Lima: Proetica. Obtenido de <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>
- Rodriguez Cely, L. (2012). Análisis de la Justicia Restaurativa en Materia de Responsabilidad penal para Adolescentes en Colombia. *Anuario de Psicología Jurídica*(22), 25 - 35.
- Rodriguez Vasquez, J. (2012). Principio de resocialización e inhabilitación permanente. Boletín Anticorrupción y Justicia Penal. *IDEHPUCP*. Obtenido de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRERO-IDEHPUCP-6-111.pdf>
- Shapland, J., Robinson, G., & Sorsby, A. (2011). *Restorative Justice in Practice: Evaluating What Works for Victims and Offenders*. London: Routledge.
- Strang, H., & Sherman, L. (2003). *Repairing the Harm: Victims and the Restorative Justice*. Utah: L. Rev.
- Van Ness, D. (1993). A Reply to Andrew Ashworth. *Criminal Law Forum*, 2(4).
- Villavicencio, F. (1 de mayo de 2019). ¿Qué es el Derecho Penal? *Conociendo el Derecho Penal*. (V. Prado Saldarriaga, Entrevistador) Justicia TV. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=1piEVmkQBtQ>
- Zehr, H. (2015). *The Little Book of Restorative Justice*. New York: Good Books.
- Zehr, H., & Mika, H. (1997). Fundamental Concepts of Restorative justice. *Contemporary Justice Review*, 1(1), 47 - 56.

# MÁS ALLÁ DEL *COMPLIANCE*: EMPRESAS, SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y DELINCUENCIA ECONÓMICA

Lucía Nuñovero Cisneros<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Perú alcanzó los 227 miles de millones de dólares en Producto Bruto Interno el 2019 (Banco Mundial, 2020), convirtiéndose en una de las economías latinoamericanas con mejores perspectivas para los años futuros. Las proyecciones de crecimiento se mantienen a pesar de que el contexto de la pandemia haya revelado la debilidad de nuestras políticas, en particular aquellas referidas al ámbito sanitario; así como a la promoción de la competitividad empresarial y la innovación científica.

Un aspecto clave del desarrollo aspirado por el país resulta ser la seguridad jurídica que ofrece el Derecho para el goce de las libertades personales, incluyendo la libertad de empresa y las diversas formas de asociatividad y emprendimientos compatibles con la paz y el bienestar de la colectividad. Al respecto, resultan de particular interés las figuras recientemente legisladas que amplían la responsabilidad de las personas jurídicas ante la comisión de delitos, incluyendo la introducción de Programas de *Compliance* preventivos, a través del marco establecido por la Ley N°30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional del 21 de abril del 2016, y el Decreto Legislativo N°1352 que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, del 6 de enero de 2017, ambos dispositivos relacionados con el ingreso del Perú a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Ahora bien, la discusión sobre el objetivo de dichas normas, desde una perspectiva político criminal, ha sido insuficiente. El presente artículo busca contribuir a dicho debate por medio de la exploración de la pregunta sobre la importancia de los Programas de Cumplimiento a nivel de políticas en materia de delincuencia económica en el Perú. A fin de responder a dicha pregunta, revisaremos algunas perspectivas contemporáneas acerca del rol de las personas jurídicas en la problemática de la delincuencia económica, así como de las diversas respuestas requeridas para frenar su avance considerando las exigencias propias de nuestra realidad criminológica.

---

1 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Criminología por la Universidad Católica de Lovaina, Máster en Salud Pública por la Universidad Libre de Bruselas. Coordinadora de la Unidad de Análisis de Información de la Procuraduría Ad Hoc del caso Odebrecht y otras. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## 2. Retos de la Delincuencia Económica y la Criminalidad Organizada en el Perú

Una de las figuras que expresa la relación estrecha que puede existir entre la delincuencia económica y la criminalidad organizada es el delito de lavado de activos. Sin embargo, si bien existen numerosas definiciones a propósito de este delito, pocas parecen rendir suficientemente cuenta de dicho vínculo. Así, para Blanco Cordero, el lavado de activos consiste en “el proceso a través del cual bienes de origen delictivo, se integran en el sistema económico legal, con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (2002, pág. 93). Por otra parte, Prado Saldarriaga, evidenciando en mayor medida la importancia del lavado, no tanto de cualquier tipo de bienes de origen ilícito, sino de patrimonios obtenidos como producto de la actividad de organizaciones criminales, ha definido el lavado de activos como el “conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con actividades criminales” (2013, pág. 9).

En efecto, los orígenes de figura del Lavado de activos han de encontrarse en casos como *Estados Unidos v. \$4,255,625.39* de 1982, en el que se investigaron operaciones de dinero producto de tráfico de cocaína procedente de Colombia (Shams, 2004, pág. 26). De esta manera, durante la década de los ochentas, dada la expansión alcanzada por las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas, se criminalizó por primera vez en Estados Unidos a través del Money Laundering Control Act de 1986, así mismo se legisló en el Reino Unido a través del Drug Trafficking Offences Act (Ryder, 2008, pág. 635).

La incorporación de este delito en nuestro ordenamiento jurídico deriva de la adscripción del Perú a una política internacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, a través de la suscripción de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, también denominada Convención de Viena de 1988. Dicha primera tipificación, a través del Decreto Legislativo N°736 del 8 de noviembre de 1991, ha sido descrita también por Prado Saldarriaga (2014, pág. 230).

Este autor es uno de los que más han contribuido a la comprensión de la relevancia político criminal de dicha criminalización en un contexto global contemporáneo en el cual aparecen nuevas formas delictivas a cargo de estructuras organizadas empresarialmente. Estas desarrollan un *modus operandi* más sofisticado que cuenta, además, con mecanismos de impunidad que aseguran la acumulación de ingresos y capitales producto de la actividad criminal (Prado Saldarriaga, 2016, pág. 33). Efectivamente, asistimos a la transformación de la sociedad a través de fenómenos migratorios, innovaciones tecnológicas, entre otras transformaciones, que impactan en el transporte, las comunicaciones, así como en la mayor internacionalización de los mercados de bienes y capitales (Blanco, 2002, pág. 38).

En dicho contexto se entiende que el lavado de activos contribuye especialmente a la expansión de la criminalidad organizada y los mercados ilícitos asociados. No se trata de un riesgo o una amenaza menor. Los ingresos de la criminalidad

organizada transnacional a nivel global han sido estimados en más de 2 billones de dólares al año, 30% de estos se encuentran relacionados con el tráfico de drogas (Global Financial Integrity, 2017).

En cuanto al Perú, nuestro país se ha mantenido los últimos años como el segundo productor de coca del mundo, con una producción potencial de hoja de coca destinada a mercados internacionales que alcanzó el 2017 las 95 mil toneladas métricas (equivalentes a 95 mil kilogramos) y cuyo precio en el mercado internacional puede alcanzar entre los mil y 60 mil dólares por kg. (UNODC, 2017, pág. 8).

La doctrina peruana, muchas veces adoptando posturas europeo continentales, ha sido muy crítica frente a una figura tan particular como puede ser el delito de lavado de activos, no obstante interpretaciones menos restrictivas se encuentran en doctrina, por ejemplo, colombiana (Hernandez, 2017, pág. 134), país con el que compartimos una realidad de flujos de dinero ilícito a través de diversos canales y sectores de la economía, así como la presencia de organizaciones criminales de donde parten los primeros eslabones de la oferta mundial de cocaína.

En consecuencia, si bien el lavado de activos en el Perú se vincula también con posibles delitos de corrupción de funcionarios, defraudación tributaria y hasta trata de personas (ver tabla 1), el monto reportado los últimos años a nivel de Informes de Inteligencia Financiera, que alcanza los 15 millones de dólares, se vincula en un 70% a delitos de minería ilegal y tráfico ilícito de drogas.

**Tabla 1**

*Montos involucrados en Informes de Inteligencia Financiera según delito*

POSIBLE DELITO VINCULADO	N° IIF	MILLONES DE US\$
Minería ilegal	54	6773
Tráfico Ilícito de Drogas	178	3284
Defraudación Tributaria	46	1425
Delitos contra la Administración Pública	177	1405
Defraudación de rentas de aduanas y contrabando	50	534
Delitos contra el orden financiero y monetario	14	425
Delitos contra el patrimonio	43	163
Proxenetismo	10	27
Trata de personas	5	3
Financiamiento del terrorismo	10	3
Otros	146	912
Total	733	14980

Nota: Tabla confeccionada con fuentes del boletín estadístico de noviembre de la UIF-SBS 2019.

A propósito de dichos hallazgos cabe resaltar que un estudio de la OCDE desarrollado en Colombia distingue parte de la minería ilegal como minería criminal

por su vínculo con organizaciones criminales (OCDE, 2017, p.7). Recientemente en el Perú, también hemos aproximado el *modus operandi* de la minería ilegal relacionada a la criminalidad organizada y al lavado de activos en el comercio internacional del oro (Ministerio Público de Perú, 2020, p. 70).

### 3. Personas Jurídicas y White Collar Crime

Con respecto al rol de las personas jurídicas en la problemática de lo que se entiende como la delincuencia económica, coincidimos con Pérez del Valle, primeramente, en la necesidad de diferenciar lo que se entendía por *White Collar Crime* de lo que se entiende como la delincuencia económica de nuestros días (2005, pág. 26).

En efecto, tal como la esbozó Sutherland, aquella delincuencia de personas honorables y de alto estatus social (que la Criminología de la Escuela de Chicago abordaba desde una perspectiva más pragmática que ideológica) cometida además en el marco del ejercicio profesional (1999, pág. 9), ha evolucionado para muchos criminólogos hacia lo que se conoce hoy en día como la *delincuencia de poder*, criminalidad también ocupacional pero no de operarios, sino de funcionarios de corporaciones o de Estados con mayor acceso a recursos científicos, tecnológicos, económicos y capacidad de influencia política (Ruggiero, 2000, pág. 2). Esta incluye el fenómeno de lo que algunos criminólogos también denominan la gran corrupción, tan presente en realidades como la latinoamericana. Pérez del Valle, si bien considera que la delincuencia económica deba incluir y dar cuenta del fenómeno de la corrupción, al impactar dichos delitos en el funcionamiento del orden económico, argumenta en contra de la 'delincuencia de poder' para fundamentar la existencia del Derecho Penal Económico (2005, pág. 28).

Para criminólogos como Levi y Lord, y siguiendo lo esbozado por otros, entre ellos Pontell, sí resulta útil dejar de lado el elemento estatus como lo definitorio del delito de cuello blanco, manteniendo la discusión del reto político criminal a la hora de replantear dicha definición a fin de enfocar más bien aquella criminalidad organizacional o empresarial cometida por funcionarios de empresas para y por la organización misma, conductas que se pueden exacerbar en ciertos contextos como se apreció luego de la crisis del 2008 (Pontell, 2016, pág. 51; Levi & Lord, 2017, pág. 725).

En efecto, existe una problemática detrás de posiciones ocupacionales o de cierto estatus que proveen acceso a ciertas formas de delincuencia económica, a través de ciertos conocimientos, técnicas, redes e incluso habilidades que las hacen incluso impermeables a potenciales mecanismos de detección o regulación. Dicha delincuencia empresarial incluye el fenómeno del crimen organizado cuando involucra defraudaciones, contrabando o delitos cometidos por organizaciones criminales sirviéndose del ámbito empresarial, pero también cabe considerar que en muchos casos la delincuencia económica opera a través de organizaciones formales e informales de actividades, como 'pactos', asociaciones de comercio, cárteles, etc., además de involucrar prácticas, redes o incentivos corporativos, y todo un *modus operandi* relacionado a contextos y oportunidades específicas (Levi & Lord, 2017, pág. 727). Autores como Michalowsky y Kramer, y Bernal,

Forero y Rivera, focalizan más la problemática hablando no solamente de delincuencia empresarial sino de delincuencia estado-empresa cuando resulta de la relación entre las organizaciones públicas y las privadas (Michalowsky & Kramer, 2006, pág. 21; Bernal, Forero, & Rivera, 2014, pág. 233). Efectivamente, el Estado juega un rol muy importante en la expansión de la delincuencia económica y en una economía menos regulada las empresas pueden adoptar practicas más alejadas de la legalidad.

Ahora bien, dicho estado de la cuestión nos lleva por lo menos a dos núcleos problemáticos que proponemos distinguir a fin de proseguir la discusión acerca del rol de los programas de *compliance*, aún novedosos en el panorama jurídico peruano:

1. El problema ya algo viejo de la atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas;
2. El problema de perseguir el delito en el ámbito empresarial, de organizaciones, etc.

Con respecto al primero, cabe resaltar que el problema de atribuir responsabilidad al actuar de las personas jurídicas se relaciona con una caracterización del contexto económico contemporáneo como el de una sociedad de riesgos, es decir una sociedad en la cual la actividad económica con sus dinámicas de producción y de circulación de bienes y capitales implica riesgos, por ejemplo, para el medio ambiente, los trabajadores o los consumidores. Consideremos además los riesgos descritos en el primer acápite: la posibilidad de que las organizaciones criminales instrumentalicen y penetren las economías lícitas cada vez más interconectadas y dinámicas, con el fin de perpetuar sus ganancias y alcanzar una expansión también global.

Esta constatación, como hemos dicho, no es reciente y tampoco es exclusiva del Derecho Penal. Cappelletti explica que a partir de finales del siglo XIX surge una revolución también en el Derecho Procesal Civil a la luz de la complejidad de las sociedades contemporáneas, revelándose insuficiente la protección jurídica exclusivamente individual, por lo que surge la protección a clases, grupos y colectividades por actos que portan atentado al interés de varias personas. Esta da origen, por un lado a la creación de organismos reguladores de Derecho Administrativo, así como a las *class action* o la doctrina de los intereses difusos (1975, pág. 573). El Derecho de los Derechos Humanos ha evolucionado también en las últimas décadas hacia la protección de los denominados Derechos de tercera generación, como el Derecho a la Paz, al Medio Ambiente sano, etc. así como del reconocimiento de la protección de víctimas potenciales, en particular desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cruz, 2010, pág. 99).

Así, con todo sentido la doctrina penal ha reconocido que “el delito económico y el Derecho penal económico de nuestros días se caracterizan por que el hecho no se dirige solamente contra intereses individuales sino sociales supraindividuales del acontecer económico” (Tiedemann, 2007, pág. 9). Así, un Derecho Penal



Económico protege el ordenamiento económico estatal en su organización del sistema financiero, del sistema crediticio, la libre competencia, entre otros aspectos, tal como se encuentra en la criminalización de la evasión tributaria, la captación subrepticia de fondos, las estafas a las empresas de seguros, los abusos de títulos valores, los abusos a los derechos del consumidor, la publicidad engañosa, etc.

Para Ligeti y Tosza tanto la adopción de marcos cada vez más abstractos y extensivos de punibilidad para los delitos (como ocurre en la figura del lavado de activos) ha sido muestra del problema de la atribución de responsabilidades en contextos organizacionales o empresariales a la luz de rápidos cambios tecnológicos y socioeconómicos de las últimas décadas. Parte de este problema ha sido la difícil definición de las conductas punibles en materia de delincuencia económica, como se evidencia por el recurso de las últimas décadas a la referencia a normativas extrapenales (leyes penales en blanco) y la creación de regímenes vicariales o de atribución de responsabilidades (2019, pág. 4). Como hemos dicho, las referidas soluciones no han estado exentas de críticas y la transformación del interés, de tutelar la protección de bienes jurídicos tradicionales, hacia la protección frente al peligro o la lesión de bienes jurídicos colectivos, como el orden socioeconómico o el medio ambiente, por parte de agentes de mayor envergadura como empresas, organizaciones y redes criminales, conjuntamente con la emergencia de nuevas formas de criminalidad (delitos informáticos, manipulación genética, distribución de productos defectuosos, etc.) (Abanto, 1997, pág. 24), ha sido entendida como una expansión del Derecho Penal contemporáneo, respuesta político-criminal que puede resultar excesiva (Silva Sánchez, 1999, pág. 13), frente a muchas conductas que son finalmente solo riesgos.

Con todo, se podría convenir, a fin de avanzar en la discusión político criminal, en resaltar que los referidos bienes jurídicos supraindividuales se encuentren especialmente puestos en riesgo en las sociedades contemporáneas, por colectivos de personas estructurados en empresas o por la criminalidad organizada (Silva Sánchez, 1999, pág. 91). Más aún, considerando que, como hemos dicho puede existir un contexto de *laissez-faire* con respecto a la actuación de las personas jurídicas en la economía contemporánea. En referencia a ello Zúñiga ha anotado que el proceso de desregulación económica iniciado en la década de los ochenta ha permitido el desarrollo de un capitalismo financiero que despliega grandes posibilidades para el movimiento de capitales y para la especulación financiera, lo que genera amplios márgenes de ganancias que se mueven entre los límites de lo lícito y lo ilícito (2012, pág. 89).

Como señala Tiedemann, el surgimiento del Derecho Penal Económico en Alemania, comparte con las regulaciones administrativas de comercio exterior, banca o seguros, el dirigirse a los titulares y directivos de las empresas y negocios, constituyéndose en gran medida de delitos especiales, y de esta manera como una criminalidad ocupacional. Así, la delincuencia económica se relaciona estrechamente también con la delincuencia empresarial, si bien no se limita a esta, y toma a la empresa como célula básica de la estructura y el desarrollo económico contemporáneo, no excluyendo la figura del empresario individual y el individuo

en el marco de la empresa (Tiedemann, 2007, pág. 7). Todo un reto sin duda para nuestro Derecho Penal, de raigambre moderna y centrado en la persona del delincuente, el delito y lo penitenciario, tributario de un contexto en el que a Beccaria le preocupaba más establecer garantías al ciudadano que la(s) víctima(s) o, el daño, la acción colectiva, o las medidas alternativas a la prisión. Para tener una perspectiva amplia del paradigma penal se recomienda revisar Robert, Soubiran-Paillet y Van de Kerchove (1997) y Debuyst, Digneffe y Pires (1998).

Finalmente, debido a que el abanico de delitos y problemáticas que conforman la delincuencia económica es amplio, no solo las empresas sino las personas jurídicas de todo tipo, así como su vínculo con el Estado, resultan de interés criminológico y político criminal.

Frente a dogmas como el *societas delinquere non potest*, resulta paradigmático entonces que los cuestionamientos a la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas: (a) el que estas carezcan de capacidad de acción al actuar a través de sus órganos, y (b) el que no puedan ser objeto de reproche en el sentido de una culpabilidad que presupone a la persona individual, han quedado al menos en Europa, en un plano mayormente teórico. Así, en la práctica, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han incorporado penas especiales para personas jurídicas, tanto en la legislación francesa, danesa y española, así como la italiana, más recientemente (Bacigalupo, 2005, pág. 44).

#### **4. Mecanismos de Investigación y Sanción de la Delincuencia económica**

Ahora bien, un segundo núcleo problemático, siguiendo a Ligeti y Tosza, puede ser caracterizado en torno a los más recientes retos de la investigación y persecución de la delincuencia económica de nuestros tiempos. Efectivamente, estos autores apuntan a la necesidad de herramientas más flexibles y proactivas que anticipen la criminalidad económica sistémica que puede seguir a contextos como la crisis del 2008 (o el contexto de la pandemia del coronavirus) habida cuenta de la interconexión que existe entre los mercados globales, así como la necesidad de alguna o una mejor cooperación entre agencias nacionales y supra nacionales, así como administrativas y judiciales para la persecución de dichos delitos (2019, pág. 8).

Este problema también parte de la constatación de la extrema dificultad por parte de la administración de justicia en alcanzar resultados (penales) en materia de delincuencia económica. Por ejemplo, en el Perú, entre el 2015 y 2017 se registraron en el Poder Judicial solo 23 sentencias condenatorias por el delito de lavado de activos, mientras que para el 2017 solo 20 personas se encontraban reclusas en Establecimientos Penitenciarios con condenas por dicho delito (Oficina de análisis estratégico contra la criminalidad, 2018, pág. 88). Ello se debe, en gran medida, a que la investigación del lavado de activos, como de muchos delitos económicos, se centra en descifrar esquemas delictivos sofisticados involucrando muchas veces una serie de empresas, operaciones financieras a veces internacionales, así como diversas lógicas de negocio. Dichos esquemas, por ejemplo en el lavado de activos, se encuentran en constante evolución desde los 80s, en los que podían tomar la forma de pitufo de dinero del tráfico de drogas de origen

sudamericano en bancos estadounidenses, hasta nuestros días con el uso de testaferros y numerosas empresas fachada o fantasmas preferentemente en paraísos fiscales, que permiten canalizar activos a través de ventas subvaluadas, prestamos empresariales, manipulación de acciones y esquemas cada vez más sofisticados (Madinger, 2012).

En efecto, los últimos años las empresas han crecido en tamaño y poder, de manera que las autoridades de la justicia pueden tener desproporcionadamente menos recursos disponibles para investigarlas. Además, pueden contar con equipos de defensa altamente calificados mientras que la sobrecarga puede agobiar a las instituciones de administración de justicia. La información también reside en las empresas y el acceso a la misma es cada vez más costoso en términos de los recursos que demanda a la administración de justicia. Finalmente, las fronteras entre lo administrativo y lo legal dependen a veces de un contexto legal y económico específico, por ejemplo, de debilidades de competencia, de un mercado específico o de regulaciones societarias o procedimientos específicos, lógicas dentro de las cuales se tiene que adentrar la persecución penal. En respuesta a ello, en general numerosos países han introducido regímenes de responsabilidad penal de empresas, así como han implementado sanciones punitivas pecuniarias no solo penales sino administrativas a las personas jurídicas, reforzando además los procedimientos de control administrativo, en desmedro de la aplicación de la pena privativa de libertad (salvo Estados Unidos en el que se aprecia que se han impuesto largas penas de prisión por delitos económicos). Dentro de esta serie de respuestas también se encuentra el uso de programas de *compliance* que contribuyan a identificar la sanción apropiada para la empresa, o a constituir estos mismos una sanción para las empresas como parte de acuerdos negociados de culpabilidad (Ligeti & Tosza, 2019, pág. 19).

### 5. Más Allá de los Programas de Compliance

Tres líneas de reflexión se desprenden del contexto político criminal y las respuestas a los diversos problemas que enfrentan los sistemas de administración de justicia penal actualmente, frente a delitos como el lavado de activos. En estas situamos los alcances de los programas de *compliance* dentro del panorama político criminal que plantea la delincuencia económica en el Perú.

1. La introducción de dispositivos que incentivan la adopción por parte de las empresas de procedimientos o sistemas de prevención de delitos como los programas de *compliance*, son una entre diversas tendencias de desarrollo político criminal de los últimos años frente a la delincuencia económica, tal como lo ha sido el recurso a la persecución del lavado de activos o a la recuperación de activos a través de figuras como la extinción de dominio. Así, en la sección 7 del Bribery Act de Reino Unido de 2010, se establece como delito la deficiente prevención de la corrupción por parte de una empresa, considerando que dicha prevención consiste en un estándar de implementación (es decir, no una prevención que sea letra muerta en un papel), y

requiere de un compromiso de los directivos, de efectivas evaluaciones de riesgos (ver tabla 2), así como de monitoreos y una debida diligencia en las relaciones con terceros, etc. (Chada, Sallon, & Tate, 2014, pág. 107).

**Tabla 2**

*Fases de Evaluación de Riesgos de Corrupción en el marco del UK Bribery Act 2010.*

FASE	OBJETIVOS
Planeamiento, identificación de alcances y movilización.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar el alcance y abordaje.</li> <li>• Obtener aprobación de Directivos y Alta dirección.</li> <li>• Destinar recursos apropiados.</li> <li>• Establecer un plan de trabajo realista.</li> </ul>
Recojo de información y análisis	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obtener suficiente información relevante para lograr la base de una evaluación exhaustiva sobre corrupción.</li> </ul>
Identificación de Riesgos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utilizar la información para identificar un detallado conjunto de riesgos potenciales de corrupción</li> </ul>
Evaluación de Riesgos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utilizar la información recolectada para evaluar y priorizar riesgos.</li> </ul>
Documentación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Registrar el proceso de evaluación de riesgos de manera que se permita la comunicación de riesgos y el diseño de controles efectivos.</li> </ul>

Nota: La tabla ha sido adaptada de Chada, Sallon y Tate (2017).

En consecuencia, su implementación resulta positiva en cuanto se dirige a las prácticas y procesos corporativos que, “si bien no hacen al criminal, pueden favorecer como estructura, cultura o discurso, las probabilidades de que los potenciales autores comentan el delito” (Levi & Lord, 2017, pág. 733). Ahora bien, en Reino Unido es claro que esta figura permite trasladar la carga de la prueba a los directivos que tienen que probar que han adoptado políticas y actuaciones preventivas de su parte, coexistiendo en dicho ordenamiento con figuras penales en las cuales sí se procura demostrar la participación de los directivos en hechos delictivos y conllevan a la aplicación de penas también a empresas (Chada, Sallon, & Tate, 2014, pág. 97). En el Perú, dicho balance y funcionalidad preventiva tendría también que lograrse, pues de otra manera la figura de los programas de *compliance* se desvirtuaría convirtiéndose en una vacuna (o peor aún, un certificado de aplicación de la misma, independientemente de si se aplicó o no), que inmuniza a las empresas frente a investigaciones y sanciones penales por delitos económicos (Villavicencio, 2018).

2. Por otro lado, dado que la efectividad en la persecución y sanción de la delincuencia económica depende de políticas capaces de fomentar la coordinación a nivel interinstitucional e incluso internacional, resulta fundamen-

tal promover la articulación de unidades de Policía y Fiscalía especializadas en Criminalidad Organizada, Lavado de Activos, entre otros, así como de estas con la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) o la Superintendencia de Administración Tributaria y de Aduanas (SUNAT), los reguladores de sectores estratégicos de nuestra economía (incluyendo INDECOPI, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Trabajo, etc.), instituciones con un papel de supervisión de las actividades empresariales en los sectores financiero, productivos, de servicios, de exportación, etc. en contextos cada vez más volátiles y en los cuales la información del negocio es más compleja e inaccesible.

Resulta entonces, extremadamente importante lograr la interoperabilidad de sistemas de información que integren tecnologías y parámetros de análisis e investigación preventiva y forense. No solamente a través del recurso a medios informáticos es posible detectar y brindar alertas ante patrones o incidencias irregulares, sino que estos permiten penetrar más rápidamente en el modus operandi de organizaciones y redes criminales que se benefician de mercados ilegales (cocaína, recursos forestales, minerales, etc.), utilizando también canales y organizaciones propias del ámbito empresarial de la economía peruana, actuando también como administrados a través de una serie de servicios y regulaciones estatales.

3. Finalmente, la capacidad de implementar respuestas pecuniarias ante la delincuencia económica, como hemos dicho, se encuentra plasmada en la tendencia a normar mecanismos punitivos pecuniarios como de recuperación de activos, tanto a través de vías administrativas como judiciales. En ese espectro de instrumentos se encuentra el marco punitivo establecido por la Ley N°30424, así como el mecanismo de congelamiento de fondos establecido en la Ley N°27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, UIF-Perú. A través de este último se han inmovilizado más de 30 millones de dólares entre el 2012 y 2017 vinculados al presunto delito de lavado de activos.

Asimismo, es de resaltar que entre el 2015 y el 2017 las Fiscalías Supraprovinciales Corporativas Especializadas en Lavado de Activos incautaron 194 inmuebles, 540 Kg. de oro y 21 millones de dólares (Oficina de análisis estratégico contra la criminalidad, 2018, pág. 93). En el mismo sentido, recientemente se ha implementado un sistema especializado en extinción de dominio para permitirle al Estado recuperar activos de origen ilícito con independencia a lo que se discuta a nivel de la responsabilidad penal de los autores del delito (DL. 1373 [con fuerza de ley], 03 de agosto del 2018).

En conclusión, el verdadero reto frente a la delincuencia económica en el Perú se mantiene, sea posible o no la prevención de delitos a través de los programas de *compliance* que adopten las empresas. Para ello la doctrina requerirá continuar aportando a una buena demarcación entre lo administrativo y lo judicial, nuevamente sin dejar de lado la coordinación interinstitucional que permita una correcta

administración de Justicia. Pues sin duda, como ha referido recientemente Croall, habida cuenta de las diversas motivaciones detrás de la delincuencia económica, la efectividad de respuestas que se basan principalmente en la persuasión y la cooperación para la autorregulación de las empresas y los privados, dependerá también de que la persecución de la delincuencia económica sea efectivamente disuasiva, así como de que las relaciones estrechas que se plantean entre los organismos reguladores y las empresas reguladas, no socaven lo necesario para una correcta aplicación de la ley (2003, pág. 53).





## REFERENCIAS

- Abanto, M. (1997). *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: IDEMSA.
- Bacigalupo, E. (2005). Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En E. Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico* (págs. 43 - 60). Madrid: Marcial-Pons.
- Banco Mundial. (2020). *PIB (US\$ a precios actuales) - Peru*. Obtenido de Banco Mundial - Datos: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=PE>
- Bernal, C., Forero, A., & Rivera, I. (2014). State-corporate crime and social harm in the Spanish crisis. *State Crime Journal*, 3(2), 220-236.
- Blanco, I. (2002). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- Cappeletti, M. (1975). La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile). *Revue internationale de droit comparé*, 27(3), 571-597.
- Chada, R., Sallon, C., & Tate, S. (2014). *Bribery: A Compliance Handbook*. Sussex: Bloomsbury.
- Croall, H. (2003). Combating financial crime: regulatory versus crime control approaches. *Journal of Financial Crime*, 11(1), 45 - 55.
- Cruz, L. M. (2010). La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 62(1), 89 - 117.
- Debuyst, C., Digneffe, F., & Pires, A. (1998). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Bruselas: Larcier.
- DL. 1352 [con fuerza de ley]. (06 de enero de 2017). *Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*.
- DL. 1373 [con fuerza de ley]. (03 de agosto del 2018). *Extinción de dominion*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Global Financial Integrity. (2017). *Transnational crime and the developing world*. Washington: Global Financial Integrity.
- Hernandez, H. (2017). *El lavado de activos*. Bogotá: Grupo Ibáñez.
- Levi, M., & Lord, N. (2017). White Collar and Corporate Crime. En A. Liebling, S. Maruna, & L. McAra, *The Oxford Handbook of Criminology* (págs. 722 - 7443). Oxford: Oxford University Press.
- Ley 30424. (20 de abril de 2016). *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*.
- Ligeti, K., & Tosza, S. (2019). Challenges and trends in enforcing economic and financial crime: Criminal Law and Alternatives in Europe and US. En K. Ligeti, & S. Tosza, *White Collar Crime: A Comparative Perspective* (págs. 1 - 39). Oxford: Hart Publishing.
- Madinger, J. (2012). *Money Laundering. A Guide for Criminal Investigators*. Nueva York: Taylor & Francis.

- Michalowsky, R. J., & Kramer, R. (2006). *State-corporate crime: Wrongdoing at the intersection of business and government*. New Brunswick: Rutgers University Press.
- OCDE. (2016). *Debida diligencia en la cadena de suministros de oro colombiana: perspectivas generales*. OCDE. Obtenido de <https://mneguidelines.oecd.org/Colombia-gold-supply-chain-overview-ESP.pdf>
- Oficina de análisis estratégico contra la criminalidad. (2009). *Minería aurífera ilegal en el Perú: Territorios, modus operandis y lavado de activos en el comercio internacional*. Lima: Ministerio Público - Fiscalía de la Nación.
- Oficina de análisis estratégico contra la criminalidad. (2018). *Lavado de activos en el Perú: Riesgos en el sector inmobiliario y eficacia de la respuesta penal*. Lima: Ministerio Público - Fiscalía de la Nación.
- Pérez del Valle, C. (2005). Introducción al Derecho Penal Económico. En E. Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico* (págs. 19 - 42). Madrid: Marcial-Pons.
- Pontell, H. N. (2016). Theoretical, empirical and policy implications of alternative definitions of "white-collar crime". En F. Cullen, M. Benson, & S. Van Slyke, *The Oxford Handbook of White-collar Crime*. Oxford: Oxford University Press.
- Prado Saldarriaga, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, V. (2014). El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana. En D. c. Transnacional, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial* (págs. 225 - 330). Washington: OEA.
- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito: giro punitivo y nuevo marco legal*. Lima: IDEMSA.
- Robert, P., Soubiran-Paillet, F., & Van de Kerchove, M. (1997). *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*. Paris: L'Harmattan.
- Ruggiero, V. (2000). *Crime and markets: Essays in anti-criminology*. Oxford: Oxford University Press.
- Ryder, N. (2008). The Financial Services Authority and Money Laundering: A Game of Cat and Mouse. *Cambridge Law Journal*, 67(3), 635 - 653.
- Shams, H. (2004). *Legal Globalization: Money Laundering Law and Other Cases*. Londres: British Institute of International and Comparative Law.
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Madrid: Civitas.
- Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. Madrid: La piqueta.
- Tiedemann, K. (2007). *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Griljei.
- UNODC. (2017). *Perú: Monitoreo de coca 2016*. Lima: UNODC.
- Villavicencio, F. (2018). Aspectos políticos-criminales del delito de lavado de activos. *Comunicación en el II Curso de Derecho Penal UNSMP*. Lima.
- Zuñiga, L. (2012). Culpables, millonarios e impunes: El difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco. *Derecho & Sociedad*(39), 88-97.

# LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Raúl Pariona Arana<sup>1</sup>

La contribución del profesor Felipe Villavicencio Terreros a las Ciencias Penales en el Perú ha sido fundamental. Él, como pocos penalistas, ha sido un estudioso de los diversos ámbitos que componen las Ciencias Penales y ha contribuido a éstas, sobre todo, a través de sus destacados estudios de Criminología y Derecho penal. Debido a la especial predilección que guardo por la Dogmática penal, he podido valorar y aprovechar sus trabajos sobre la autoría y participación, en el cual se enmarca precisamente el tema abordado en el presente trabajo, a saber: la coautoría en los delitos de infracción de deber. Las siguientes reflexiones están dedicadas al profesor Felipe Villavicencio Terreros, por quien siempre profesé admiración intelectual y de quien siempre valoré su don de persona y de genuino maestro.

## 1. Introducción

En los últimos 50 años se ha producido un desarrollo importante en el ámbito de la autoría y participación, impulsado sobre todo por los aportes del profesor Claus Roxin quien, en 1963, en el marco de su trabajo sobre la autoría y dominio del hecho, desarrolló la *infracción de deber* como criterio para determinar y delimitar la autoría, a este ámbito fundamental de la dogmática del Derecho penal (2019). Uno de esos aportes es sin duda la fundación de la teoría de los delitos de infracción de deber en 1963, la cual ha permitido resolver diversos problemas de la intervención en delitos cuya autoría está reservada a sujetos con deberes especiales. La teoría de los delitos de infracción de deber posibilita una solución adecuada para los problemas que se presentan en torno a la participación en estos delitos especiales. Desde su surgimiento la teoría de los delitos de infracción de deber ha experimentado una paulatina consolidación en la dogmática penal y viene siendo asumida por la jurisprudencia de diversos países. A pesar de ello, en la actualidad se discute su fundamentación, premisas, extensión y consecuencias dogmáticas (Pariona Arana, 2010; Pariona Arana, 2011; Roxin, 2019; Sánchez-Vera, 1999).

El posicionamiento de la teoría de los delitos de infracción de deber ha traído como resultado un cambio de criterio para resolver los problemas de autoría y participación en los delitos con sujetos especialmente obligados: del *dominio del hecho* a la *infracción de deber*. En adelante el criterio para la determinación y delimitación de la autoría en los delitos con sujetos especialmente cualificados es

---

1 Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres y Universidad ESAN. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Socio fundador del Estudio Pariona Abogados.

únicamente *la infracción de deber*. Así, en estos delitos, *autor* será quien infringiendo su deber especial realiza la acción típica; será *partícipe* quien sin ser titular del deber especial interviene en el evento criminal instigando o contribuyendo a la realización del delito.

La temática de los delitos de infracción de deber fue precisamente objeto de mi tesis doctoral en el año 2008 (Pariona Arana, 2010). La premisa de la que parte mi concepción sobre la teoría de la autoría y participación es que las estructuras de la autoría previstas en el Código Penal tienen plena validez y vigencia tanto para los delitos de dominio como para los delitos de infracción de deber. Según el art. 23 del Código Penal peruano y el § 25 párrafo 2 StGB alemán, autor es quien “realiza por sí” el hecho punible, autor mediato quien lo realiza “por medio de otro” y coautores quienes lo “cometan conjuntamente” (Código Penal [CP], 1991; Strafgesetzbuch [StGB], 1872). Estos criterios normativos establecidos por la ley son vigentes y vinculantes para los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber; en general, para todas las teorías que presentan una explicación sistemática de la autoría. En consecuencia, en relación a la coautoría, el principio rector definido por el art. 23 del Código Penal peruano mantiene plena validez en los delitos de infracción de deber. Es decir, aquí la coautoría también constituye una ejecución conjunta. En los delitos de infracción de deber la coautoría será infracción conjunta del deber común.

Objeto del presente trabajo es presentar y fundamentar mi concepción sobre la coautoría en los delitos de infracción de deber y, a la luz de ésta, revisar las distintas concepciones coincidentes y críticas que se presentan en la doctrina.

## 2. La Coautoría Desde la Perspectiva del Dominio del Hecho

Según el art. 23 del Código Penal peruano y el § 25 párrafo 2 StGB alemán, autor no es sólo aquél que comete el hecho punible directamente o a través de otro, sino también, aquel que comete el delito conjuntamente con otros (CP, 1991; StGB, 1872). La *comisión conjunta* constituye aquí el núcleo de la coautoría. Por ello, la discusión científica se centra en la pregunta de cuándo alguien realiza el tipo penal conjuntamente con otros, es decir, cuándo se da una comisión conjunta del delito.

En los delitos de dominio se acepta de manera general que cometen conjuntamente el hecho punible, cuando los intervinientes actúan conforme a un plan común, a una distribución funcional de roles y con una intervención en el momento de la ejecución (Villavicencio, 2006; Beulke & Bachmann, 1992; Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Kühn, 2017; Küpper, 1993; Lackner & Kühn, 2018; Maurach, Gössel, & Zipf, 1995; Roxin, 2019; Schünemann, 2012; Stratenwerth & Kuhlén, 2011; Tröndle & Fischer, 1999). Villavicencio señala que “para determinar el co-dominio del hecho, que fundamenta la coautoría, se requieren dos condiciones: la *decisión común* y la *realización común* [énfasis agregado] (división de trabajo)” (Villavicencio, 2006, pág. 482). El acuerdo común tiene aquí una fuerza unificadora para la unión de las distintas contribuciones particulares; junto a esta función también se puede mencionar la función de límite de la medida y extensión de la

responsabilidad por coautoría (Küpper, 1993, pág. 302). En virtud de esta decisión común, plasmada luego en el *plan común*, cada contribución cumple una función para lograr el éxito en la realización del delito. Luego, la obra (delictiva) es conjunta, común. Así, por ejemplo, en el caso de los ladrones de banco, en el cual uno amenaza al cajero y el otro sustrae el botín, el primero no es únicamente autor de coacción (Código Penal, 1991, art. 151), sino también del robo completo (CP, 1991, art. 189); en el mismo sentido, el otro interviniente no es sólo autor de un hurto (CP, 1991, art. 186), sino también del robo completo. Cada interviniente cumple una función en la realización del hecho que es esencial para la realización exitosa del objetivo criminal común (Kühl, 2017).

De aquí se desprende que no solo uno de los participantes domina el evento criminal, sino todos conjuntamente. El coautor no domina el hecho sólo ni a través de terceros, sino conjuntamente con otro(s) (Bloy, 1985, pág. 171; Kindhäuser, 2013; Villavicencio, 2006, pág. 483). Dicho de otro modo: en estos casos el dominio del hecho se encuentra en las manos del „colectivo“ (Stratenwerth & Kuhlen, 2011) como tal; el coautor individual participa en el hecho sólo como miembro del colectivo. Desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, la coautoría es el ejercicio conjunto del dominio de hecho, es decir, es la realización del tipo penal a través de una cooperación que tiene lugar mediante una división del trabajo (Roxin, 2019; Villavicencio, 2006, pág. 483); en palabras de Schünemann, coautoría es “la ejecución conjunta conforme al plan en el estadio de la ejecución” (2012). El dominio del hecho del coautor resulta de su función en la ejecución del hecho punible (Jescheck & Weigeng, 1996, pág. 679; Freund, 2009; Rudolphi, 1979, pág. 369). Schünemann subraya en ese sentido que se trataría de un *dominio del hecho funcional*, pues cada interviniente tiene que cumplir una función en la realización del tipo, que es importante para el logro del plan delictivo (2012). El coautor “asume una tarea que es esencial para la realización del plan criminal y asume el dominio del evento total por su aporte al hecho” (Roxin, 2019).

En consecuencia, la estructura de imputación de la coautoría se presenta de la siguiente manera: Cada interviniente en la ejecución del hecho es autor de todo el hecho punible cometido, independientemente de si él ha cometido todo el hecho (de propia mano) o sólo en parte. Una consecuencia de esta estructura de la autoría es precisamente que las contribuciones al hecho de cada participante que son parte del plan son imputadas a los otros como si estos los hubieran realizado directamente (Kindhäuser, 2013; Kühl, 2017; Schünemann, 2012).

En la doctrina, Kindhäuser ha observado correctamente que la coautoría se basa en el principio de imputación de la responsabilidad equivalente en razón a una actuación basada en la división del trabajo durante la realización del tipo (2013). Las contribuciones individuales al hecho son reunidas en un todo unitario (hecho punible) y son imputadas de manera completa a cada coautor como si se tratara de una acción propia. Cada coautor es tratado,

como si él mismo hubiera ejecutado todos los actos que llevan a la realización del tipo. Esto presupone que cada uno de los intervinientes a través de sus

acciones actúa al mismo tiempo para sí y para los otros. Los intervinientes *se representan mutuamente* [énfasis agregado]: Cada uno de ellos realiza en cierto modo un „negocio“ propio y al mismo tiempo uno ajeno, en la medida que él actúa para sí de propia mano y actúa indirectamente como representante de los otros. En consecuencia, cada comportamiento en el marco de la coautoría desarrolla un efecto doble que funda su competencia. (Kindhäuser, 2013).

Todo esto constituye la imputación recíproca de las contribuciones al hecho. Al respecto, en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que

Los tres requisitos que configuran la coautoría son, a saber: a) decisión común: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el delito, que se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilitan una división de trabajo, o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte puede haber frustrado todo el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría. (9 de octubre 1997)

### 3. La Estructura de Imputación de la Coautoría en los Delitos de Infracción de Deber

El principio rector de la coautoría según el art. 23 del Código Penal peruano y el § 25 párrafo 2 StGB alemán mantiene plena validez en los delitos de infracción de deber, es decir, aquí la coautoría también consiste en una “ejecución conjunta” (la misma estructura normativa) (CP, 1991; StGB, 1872). La nueva estructura de la coautoría radica más bien en la configuración interna de la imputación de la autoría (otra estructura de imputación); nuevamente, se trata de la imputación de la autoría, no de la imputación de la relevancia penal, es decir, no se trata de la imputación objetiva. Aquí la razón de la imputación de las contribuciones individuales es otra: la infracción conjunta del deber común. Por eso, la coautoría en los delitos de infracción de deber es una infracción funcional de deber.

#### 3.1 Infracción Funcional de Deber

La coautoría en los delitos de infracción de deber es una infracción funcional de deber. No obstante, aquí la estructura de imputación de los delitos de infracción de deber no consiste en la imputación recíproca de las contribuciones que cada uno hace al hecho en el sentido de la teoría del dominio de hecho, sino en la imputación de las infracciones de deber individuales en razón a la intervención



conforme al plan común. La funcionalidad de la infracción de deber resulta aquí de la distribución de roles, que al mismo tiempo significa que cada infracción de deber (como contribución a la obra delictiva) es el resultado de la realización de una función conforme al plan criminal general. Así, por ejemplo, los miembros de un tribunal de justicia que, siguiendo el plan común, cometen prevaricato (art. 418 CP, 1991; §339 StGB, 1872) al momento de decidir un caso para perjudicar a una de las partes, son coautores. En este caso, el dominio del hecho no es determinante, debido a que el criterio de la autoría aquí es sólo la infracción de deber. Ellos son coautores, dado que, conforme al plan criminal, han infringido conjuntamente un deber común: emitir sentencias conforme a derecho en los casos en los cuales ellos son competentes. La comunidad del deber resulta de la concreta tarea común (especial). El resultado típico del prevaricato según el § 339 StGB alemán consiste en el favorecimiento o perjuicio de una de las partes (Strafgesetzbuch, 1872), al respecto Spendel (2003) y Wieners (2000, pág. 10).

Por consiguiente, los miembros del colegiado no son autores individuales. Aquí no estamos ante una autoría paralela, pues los intervinientes no realizan el evento delictivo de manera independiente uno del otro, sino conforme a una decisión común, conforme a un plan común, conjuntamente. Más aún, la autoría paralela sólo sería posible allí “dónde sus acciones criminales se encuentran casualmente en el mismo delito, sin que uno supiera de los otros” (Stratenwerth & Kuhlen, 2011). Sin embargo, la „independencia“ y la “casualidad” del encuentro de las acciones como elementos típicos de la autoría paralela no están dadas en estos casos (Jescheck & Weigeng, 1996; Maurach, Gössel, & Zipf, 1995; Murmann, 1993, pág. 140; Roxin, 2019; Samson, 2014; Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Stratenwerth & Kuhlen, 2011). Fincke subraya que autoría paralela se daría solo si intervinientes paralelos lesionan el mismo bien jurídico, sin tener vinculación entre ellos (1975, pág. 161).

### 3.2 Ejecución Conjunta: La Infracción Conjunta de un Deber Común

Conforme a lo expuesto, las estructuras del plan común y la ejecución conjunta son de importancia en los delitos de infracción de deber. Sin embargo, el contenido de estas estructuras se diferencia de los delitos de dominio. El criterio de la decisión criminal conjunta y el consecuente plan común en los delitos de infracción de deber consiste en un “estar de acuerdo” (conformidad) de cada interviniente con la infracción conjunta de deber. Los intervinientes aportan sus infracciones de deber debido a un plan criminal común. El *plan común* como presupuesto fundante de la coautoría es reconocido por la doctrina mayoritaria. En este punto, incluso las distintas corrientes están de acuerdo. Críticamente Jakobs (1991) y Lesch (1993); una refutación de la concepción de Lesch lo ofrece Küpper quien critica que „la idea de una coautoría unilateral ya conceptualmente significa una contradicción en sí“ (1998, pág. 526) además, contra la concepción puramente normativa de Seelmann (1980, pág. 572) tenemos a Roxin (2003).

Según la perspectiva tradicional, la decisión criminal común tiene en los delitos de dominio un carácter unificador, esto posibilita la imputación recíproca de



las contribuciones al hecho. La decisión común tiene también un carácter limitador que posibilita que la acción de un interviniente que va más allá de lo pactado, no sea más parte del delito común. Lo que cada participante realiza en el evento criminal es, por lo general, un hecho distinto, es decir, cada participante realiza un hecho diferente al de los otros. Por ejemplo, en el caso de los ladrones de banco (CP, 1991, art 189), unos realizan la amenaza o ejercen la violencia, otros desarman y someten a los vigilantes, otros fuerzan a los empleados, otros rompen las cajas de seguridad, otros simplemente sustraen el dinero.

Lo que permite aquí una visión integral, es decir, considerar los diferentes hechos como contribuciones a un único delito, es la decisión criminal común<sup>2</sup> (Küpper, 1993; Stratenwerth & Kuhlen, 2011). Este componente, como correctamente observa Küpper, liga los actos individuales (que de lo contrario permanecerían aislados) a un evento colectivo: el „uno al lado del otro“ (*Nebeneinander*) se convierte en un „uno con el otro“ (*Miteinander*) (Küpper, 1993, pág. 301). También en los delitos de infracción de deber se puede hablar de una fuerza unificadora del plan común. Sin embargo, la unidad a conseguir no consiste aquí en un encuentro de contribuciones diferentes, sino en un encuentro de contribuciones iguales: En los delitos de infracción de deber cada contribución de los coautores consiste en una infracción de deber equivalente y homogénea.

En este sentido, el plan criminal común no tiene aquí ninguna fuerza igualadora, como se puede ver en el ejemplo del tribunal de justicia (CP, 1991, art. 418), en el cual cada miembro ocupa una posición de deber similar y las infracciones de deber correspondientes son equivalentes. Aquí no se necesita una imputación recíproca de las contribuciones, puesto que la forma como se materializa la contribución al hecho es la misma. El plan criminal común procura una unidad en el sentido que las contribuciones iguales son necesarias para el logro del resultado típico. Por su parte, la *ejecución conjunta* consiste en la contribución objetiva al resultado típico, cada coautor tiene que prestar una contribución objetiva para la realización del hecho conforme al plan común. De manera distinta que en los delitos de dominio en los que dónde el peso y la forma como se materializa la contribución es de importancia; en los delitos de infracción de deber sólo es importante la infracción de deber. La infracción de deber en los casos de coautoría tiene por lo general un carácter uniforme. La contribución objetiva en estos delitos consiste en la infracción conjunta de un deber común. No depende del tipo de contribución. Al respecto, Roxin señala que,

En lugar de la imbricación (*Ineinandergreifens*) de las contribuciones en la fase de ejecución, se posiciona la determinación del resultado (*Erfolgsbewirkung*) por infracción conjunta de un deber común. De esta manera, el ámbito de acción

2 En lugar de la “decisión común” Lesch, habla de un “objetivo común”: “en la medida en que un delito está compuesto por partes aislables y cada una de las partes son ejecutadas por personas diferentes, éstas responden como coautor por el todo, solo si ellos se unen con la intención de la obtención del todo. Pues recién el objetivo común define las contribuciones particulares como parte del todo” (1993).

de la coautoría se limita considerablemente; pues solo se puede hablar de una comunidad en este sentido si varias personas están en una misma relación de deber. (2019, pág. 357)

La coautoría entra en consideración sólo allí dónde “un determinado círculo de deberes ha sido confiado a varias personas a la vez.” (Roxin, 2019, pág. 358). Este sería el caso de la vigilancia de detenidos realizado por varios guardias (StGB, 1872, §347) y la custodia y provisión de correspondencia o paquetes (StGB, 1872, §354). En estos casos puede concurrir un deber común para varios funcionarios a la vez. Tales deberes están presentes también en algunos grupos de casos de defraudación en la administración de intereses patrimoniales ajenos, como en el fraude en la administración de patrimonio de propósito exclusivo (CP, 1991, art. 213-A) o la apropiación ilícita (CP, 1991, art. 190), fraude en la administración de personas jurídicas (CP, 1991, art. 198 literal 8), el peculado (CP, 1991, art. 387, 388).

En Alemania se presenta en el caso del Untreue (StGB, 1872, § 266). Estos deberes concurren en el caso en el cual dos personas tienen el deber de administrar conjuntamente un patrimonio. Si ambos planean apropiarse de dicho patrimonio, pero la ejecución de la transacción decisiva es realizada sólo por uno de los administradores mientras que el otro participa sólo en la preparación o solo promueve el plan mediante consejos (Roxin, 2019, pág. 355), entonces ambos son coautores de la defraudación, pues también quien solo colabora objetivamente infringe su “deber de salvaguardar los intereses patrimoniales de otros” y afecta “los intereses patrimoniales que él tenía la obligación de cuidar” (Roxin, 2019, págs. 355 - 356).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admite con frecuencia la posibilidad de la coautoría en el delito de peculado. Así se observa el pronunciamiento según el cual,

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 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. (3 de noviembre 2010; 18 de octubre 2010)

#### 4. Las Críticas a la Coautoría

La asunción de la coautoría en los delitos de infracción de deber es criticada por algunas voces en la literatura (Caro John, 2003; Jakobs, 1991; Lesch, 1993; Sánchez-Vera, 1999). En 1983, Jakobs anotaba que “la coautoría decae *debido a lo altamente personal de la infracción* [énfasis agregado]. Si varios comenten el hecho delictivo juntos, éstos son autores paralelos (*Nebentäter*)” (1991). En la misma dirección también ha argumentado Lesch, subrayando que, de manera diferente a los deberes en virtud de competencia por organización, a través de los deberes fundados institucionalmente no se puede constituir ninguna comunidad normativa (1993). Pues,

Quien tiene un rol que le obliga institucionalmente comete siempre un delito de infracción de deber, es decir, responde por cada contribución de manera directa y *únicamente* [énfasis agregado] como autor, es decir por injusto *propio* [énfasis agregado]. Debido a que aquí la responsabilidad del intraneus no está definida por un círculo de organización, sino por un estatus altamente personal y por eso los roles de los actores permanecen separados, en este sentido está totalmente cerrada una responsabilidad accesoria por injusto colectivo en forma de coautoría. (Lesch, 1993, pág. 287)

Esta conclusión parte de la consideración de que la relación del intraneus con la norma (y esto significa también con el tipo) sería siempre directa: dado que cada obligado especial, en su rol como administrador de la institución, está ligado directamente a la norma respectiva, su comportamiento lleva siempre hacia un hecho propio completo (Lesch, 1993).

Según Lesch, el obligado podría ser coautor, pero sólo en los delitos de dominio que están contenidos en la base del delito de infracción de deber. La presencia de un deber en virtud de competencia institucional no excluye la concurrencia de otros deberes (de competencia por organización): también aquél que tiene un rol unido a una institución mantiene frente a los bienes que incumben su asistencia la relación sólo negativa de la prohibición de daño que incumbe a su rol de persona común que le obliga frente a los bienes mantener una organización correcta de su círculo de organización; aunque por regla general es cubierto por sus deberes fundamentados institucionalmente (1993). En consecuencia, un obligado especial puede ser cómplice o coautor de un tercero. Por ejemplo, si un padre infringe sus deberes de organización frente a la propiedad de su hijo, y si conforme al plan criminal apoya al ladrón en la apropiación o conforme a ese mismo plan deja de cuidarlos, se configura una intervención accesoria en hurto (Lesch, 1993, págs. 289 - 290).

Sánchez-Vera, siguiendo la concepción de Jakobs y Lesch, también critica la posibilidad de la coautoría en los delitos de infracción de deber (1999). Él rechaza la posibilidad de "deberes comunes" afirmando que los deberes son siempre individuales (altamente personales) y nunca comunes. La coautoría decae debido a la relación directa del interviniente con el bien (Sánchez-Vera, 1999, pág. 159). Problemático sería "no sólo si los obligados cometen 'conjuntamente' la infracción de deber, sino ante todo, más bien, si en lo absoluto concurre un deber común que los obligados positivamente pueden infringir conjuntamente" (Sánchez-Vera, 1999, pág. 160). Sobre el caso de los vigilantes de detenidos, él considera que el deber que está en cuestión obliga a cada uno de modo personal y no conjuntamente; cada uno omite el cumplimiento de su deber como hecho propio e independiente. Por consiguiente, aquel funcionario que no cierra la puerta que debe controlar debería ser sancionado por tentativa de liberación de detenidos (Sánchez-Vera, 1999). Si los obligados actúan dividiéndose el trabajo, es decir, si ellos cometen conjuntamente las acciones de ejecución, no se trata de ninguna infracción de deber conjunta. Es posible que los obligados pudiesen ser vistos como coautores, pero no en virtud de la infracción de la institución positiva, sino en virtud de la

organización conjunta en el sentido de un dominio de hecho funcional con división del trabajo. Si el padre y la madre organizan conjuntamente con un tercero el asesinato de su niño, no se estaría ante un delito de infracción de deber en coautoría, sino que se trataría de dos delitos de infracción de deber y responsabilidad en coautoría por un delito de dominio. El deber obliga a cada uno para sí solo, por lo tanto, cada uno ha infringido el deber frente al niño (Sánchez-Vera, 1999).

Las voces críticas contra la coautoría en delitos de infracción de deber no convencen, pues no logran fundamentar por qué en este grupo de delitos debería dejar de aplicarse el principio rector definido por el art. 23 del Código Penal y el § 25 párrafo 2 StGB alemán, que señala que siempre que dos o más personas cometen el delito conjuntamente son coautores (Código Penal, 1991; Strafgesetzbuch, 1872). La simple afirmación de que los deberes son siempre individuales y nunca comunes, no es suficiente.

Los deberes en sí (in abstracto) no son individuales o colectivos. El carácter de los deberes depende siempre de su contenido y de la dirección y las relaciones que los deberes constituyen. Si el contenido de un deber pone en relación a una persona con un bien y le asigna a ésta la competencia para el cuidado o gestión del bien, se trata de un deber individual. Aquí el contenido de este deber es individual (la persona es el único competente para el bien), pues el deber se dirige a una persona. Sin embargo, los tipos de deberes no se agotan en estos deberes individuales. Por el contrario, también hay deberes con otros contenidos, como los deberes que vinculan a varias personas con el bien y, consecuentemente, asignan una competencia colectiva o común para el cuidado o gestión del bien. Por consiguiente, los participantes tienen una relación jurídica directa con los bienes. Aunque el deber incumbe a cada uno directamente, el contenido de la obligación concierne a todos en conjunto; es decir, todos juntos (acumulativamente y no alternativamente) son competentes por el bien. Como ejemplo, podría mencionarse nuevamente el deber de un tribunal de justicia colegiado. El colegiado tiene aquí el deber de emitir una sentencia ajustada a derecho, esto no está en contradicción con el deber (y al mismo tiempo el derecho) a una opinión independiente y su convicción legal independiente. Este deber especial de emitir una decisión le corresponde conjuntamente a los miembros del colegiado. Esto también es imaginable en el caso de la defraudación de la administración de patrimonio ajeno. Así, por ejemplo, si la administración ha sido confiada a un grupo de personas en conjunto y no de modo individual, entonces, los administradores tienen el deber de administrar conjuntamente el patrimonio.

Otra crítica contra la coautoría es que, si los obligados cometen juntos las acciones de ejecución dividiéndose el trabajo, no se trataría de una infracción de deber conjunta, sino, 'sólo' de una autoría paralela. Si el padre y madre organizan conjuntamente con otro el asesinato de su niño, no concurriría ningún delito de infracción de deber en coautoría, sino dos delitos de infracción de deber y responsabilidad por coautoría por un delito de dominio; por consiguiente, una autoría paralela (Sánchez-Vera, 1999, págs. 160 - 161). Y si dos vigilantes, conforme a su plan, dejan huir a un prisionero, se asume igualmente una autoría paralela.

Que en estos casos concorra autoría paralela, es decir, delitos (de infracción de deber) individuales, no convence. Pues la concurrencia de una autoría paralela sólo debe ser afirmada en caso de una cooperación casual de varios autores individuales al resultado típico. La autoría paralela presupone „independencia“ y „casualidad“ de las cooperaciones (Fincke, 1975; Schild, 2005). Sin embargo, un encuentro independiente y casual de autorías individuales no se presenta en los casos mencionados. Aquí no se da un “uno al lado de otro” de las contribuciones al hecho, sino un “uno conjuntamente con otro”. Si a dos personas se les confía el patrimonio (privado o público) en el sentido de los artículos 198° y 387° y 388° del Código Penal o del § 266 StGB, y éstas se apropian del patrimonio conforme a su plan común, entonces son coautores de defraudación en la administración del patrimonio ajeno y con ello coautores de un delito de infracción de deber, pues aquí ellos han infringido conjuntamente su deber común. En este punto no es relevante si ambos se han apropiado del patrimonio o si sólo uno de ellos ha hecho eso mientras que el otro ayudaba con indicaciones o consejos o incluso si sólo miraba pasivamente mientras el otro actuaba. En estos casos, no es sostenible la tesis que plantea que concurriría una autoría paralela, pues aquí no se trata precisamente de una cooperación independiente y casual, sino más bien de una acción conjunta planeada.

Por consiguiente, la estructura de la coautoría también está presente en los delitos de infracción de deber (Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Tröndle & Fischer, 1999). En la doctrina, también desde otros puntos de vista, distintos a la de los delitos de infracción de deber, se ha defendido la figura de la coautoría en casos de intervinientes con deberes que le incumben conjuntamente. Aunque desde estos otros puntos de vista no se coincide en la fundamentación de la autoría, en cambio, sí en los resultados y en las propuestas de solución a los casos. Beulke y Bachmann van en esta dirección: „Si varios garantes igualmente competentes infringen un deber de acción que les incumbe conjuntamente a causa de una decisión criminal común, concurre entonces coautoría“ (1992, pág. 743). También Schild ha afirmado recientemente la coautoría para estos tipos de casos (2005). Lo “altamente personal” de la infracción de deber no excluye un programa de ejecución conjunta. La infracción del deber puede ser ejecutado conjuntamente. Así,

Si el programa de acción conjunta se dirige a esta colaboración, se debe ver en esta una estrategia útil de la realización del resultado. El intraneus, que en la realización de este trato realiza su contribución al hecho, a través de esta acción también infringe su deber. No perjudica que aquí no se acepte ninguna infracción de deber conjunta. Pues también el coautor comete el hecho como propio. (Schild, 2005)

La coautoría en los delitos de infracción de deber, también puede ser extraída desde la dogmática de la omisión. Así, señala Schünemann: si dos administradores desfalcan el patrimonio confiado a ellos,

Ellos son coautores, así sólo uno haya ejercido la acción fáctica y sólo él tenga el dominio del hecho, mientras que el otro se limite a una contribución exterior insignificante; dado que la infracción del deber de garante sólo fundamenta la autoría, por ello no es necesario otra cosa también para la coautoría (junto al plan común). (2012).

De otro lado, la posibilidad de la coautoría en los delitos de infracción de deber deja libre el camino para el tratamiento de la coautoría en los casos de decisiones colegiadas<sup>3</sup>. La teoría de los delitos de infracción de deber ofrece una fundamentación de la posibilidad de la coautoría en casos de decisiones colegiadas donde los miembros, conforme a un plan común, toman una decisión ilegal. Esta problemática se torna relevante en el tratamiento de delitos de funcionarios públicos y defraudación en la administración de patrimonio ajeno; críticamente (Kohlhaas, 1934; Häupler), afirmándolo (Beulke & Bachmann, 1992; Weißer, 1997; Seebode, 1969). Aquí entran en consideración los casos en los cuales los miembros de colegiados de justicia, conforme a un plan común, cometen prevaricato de acuerdo a lo establecido en el art. 418° del Código Penal peruano y el §339 StGB<sup>4</sup>; o los casos donde el patrimonio de una empresa es confiado a otra empresa para su administración y esta última en una sesión de su consejo directivo decide apropiarse el patrimonio confiado en el sentido del art. 198° del Código Penal peruano (fraude en la administración de personas jurídicas) (1991) y el § 266 StGB (1872); también, si varios miembros de un órgano de supervisión, inobservando sus deberes legales de control, no accionan en contra de la celebración de contratos altamente riesgosos por parte de los gerentes. En los casos mencionados, los obligados especiales responden por su decisión colegiada como defraudación cometida en coautoría (Schramm, 2005)<sup>5</sup>.

### 5. La Coautoría Entre Autores por Dominio y Autores por Infracción de Deber

En la doctrina más reciente, Schünemann ha sostenido que una coautoría entre autores de delito de dominio y autores de delito de infracción de deber sí sería posible “debido al punto en común del dominio de hecho y dominio de garante en *genus proximum* del *dominio sobre la causa del resultado* [énfasis agregado].” (2012). Si “el salvavidas, conforme al plan común, mira impasible como alguien empuja a otra persona que no sabe nadar al agua profunda y deja ahogarse a la víctima, ambos son coautores de un delito de homicidio.”

3 El ámbito de aplicación de la solución propuesta se limita al problema de la coautoría. Aquí no puede ser tratada la compleja problemática de la causalidad de los votos particulares en las decisiones colegiadas. También la problemática de la imputación objetiva y la cooperación negligente en el acuerdo quedan fuera de tratamiento. Sobre esta discusión ver (Weißer, 1997; Knauer C. , 2001; Röckrath, 2003; Lassmann; Ransiek, 1999).

4 Sobre la autoría mediata en prevaricato (Spendel, 2003; Uebele; Werder, 2006). De esto también se extrae que el prevaricato no es ningún delito de propia mano (Burian, 2000; Seelmann, 1980; Tröndle & Fischer, 1999; Uebele; Wagner, 1975; Knauer C. , 2001)

5 Sobre afectaciones que hacen peligrar el patrimonio de las sociedades anónima como administración desleal de patrimonio ajeno ver (Kasiske, 2005)



(Schünemann, 2012). Sin embargo, aclara que se trataría más de un problema teórico que práctico.

Pero esta posibilidad parece bastante discutible. La coautoría exige criterios de imputación uniformes, sea esto en los delitos de dominio o en los delitos de infracción de deber. Además, los autores de delitos de dominio y autores de delitos de infracción de deber corresponden a conceptos de autor diferentes (Roxin, 2019, pág. 470). En el caso del salvavidas, planteado por Schünemann, la determinación de la autoría del salvavidas responde a criterios normativos de la posición de garante que él tiene. En cambio, la autoría del particular que ahoga de propia mano al bañista, responde a criterios de dominio. Aquí no hay dominio conjunto, ni infracción conjunta de un deber común.

Roxin, en el caso mencionado anteriormente, considera que tiene lugar una autoría no sólo del salvavidas (delito de omisión) sino también de aquel que empujó al bañista que no sabía nadar (delito de acción) (2019), pero no como coautores, sino como autores individuales. Esta solución surge de la naturaleza de la coautoría: ella se funda (alternativamente) o en un dominio conjunto basado en división de trabajo o en la infracción de un deber común (Roxin, 2019). Ninguna de ambas situaciones se presenta aquí.

Según Sánchez-Vera, estos serían casos de autoría paralela. Así, en el caso donde una persona inflige lesiones a la víctima en presencia de policías competentes que están a cargo de su cuidado, y dejan que ocurra la agresión sin hacer nada. Aquí el policía sería autor de lesiones cometido por funcionario (StGB, 1872, § 340), debido a su posición de garante en virtud de su competencia por su función pública; mientras que la persona que causó las lesiones sería igualmente autor de lesiones (StGB, 1872, § 223), pero en virtud de su dominio del hecho (Sánchez-Vera, 1999, pág. 158).

Además, aquí se debe mencionar que, debido a la estructura de la coautoría misma, tal posibilidad está excluida. Según la teoría del dominio del hecho, cada coautoría significa una contribución al hecho conjunto y con dominio. Según la teoría de los delitos de infracción de deber coautoría significa una infracción conjunta del deber común. En consecuencia, una coautoría está, ya conceptualmente, excluida en aquellos casos en donde no existe ningún deber común, como, por ejemplo, en el caso de los salvavidas o en el caso de las lesiones causadas a un detenido por el policía conjuntamente con un particular. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho tampoco se puede aceptar una coautoría, si sólo uno de los participantes estuvo activo con dominio, mientras que el otro sólo promovió el hecho o sólo ayuda síquicamente.

Un caso completamente distinto es aquel donde conforme a un plan común convergen un actuante y un omitente con deberes especiales que los vinculan conjuntamente. Desde el punto de vista de la teoría de los delitos de infracción de deber se puede afirmar sin grandes dificultades una coautoría entre el actuante y el omitente (Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006), pues en delitos de infracción del deber sólo es relevante la infracción del deber. No depende del tipo de contribución al hecho. Como ejemplo de esto puede servir el caso en el



cual funcionarios penitenciarios planean la fuga de un preso. Conforme al plan uno de los funcionarios permite huir al prisionero entregándole la llave para la apertura de la puerta de la celda (hacer activo), mientras que el otro, infringiendo su deber, deja abierta la puerta exterior (omisión). De los principios afirmados en el presente trabajo queda claro que estamos ante una coautoría, pues ambos infringen conjuntamente el deber común que los vincula. En estos casos, también Roxin considera que estamos ante una coautoría, “pues ellos realizan el mismo tipo e infringen un deber de supervisión común, cuya infracción les convierte en autores, sin tener en cuenta el tipo del comportamiento externo” (2019).

La posibilidad de una coautoría entre autores por acción y autores por omisión ha sido aceptada ampliamente en la ciencia (Jakobs, 1991; Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Schünemann, 2012; Hoffmann & Holland, 2006). Esto lo acepta también Schünemann (2012). Él coincide con Roxin en el caso de los inspectores, pues ellos realizarían el mismo tipo e infringirían un deber de supervisión común, cuya infracción les convertiría entonces en autores sin tener en cuenta el tipo del comportamiento exterior. Sin embargo, Schünemann aclara que este deber común surgiría de una posición de dominio. Si bien con otra fundamentación, también Jakobs es de la opinión de que los delitos de infracción de deber no se diferencia, por lo general, entre acción y omisión (1991).

## **6. Conclusión**

El principio rector de la coautoría establecido en el art. 23° del Código Penal peruano mantiene plena validez en los delitos de infracción de deber (Código Penal, 1991), es decir, aquí la coautoría también consiste en la “ejecución conjunta”. En los delitos de infracción de deber, la estructura de la coautoría, definida normativamente como una realización conjunta, consiste en la infracción conjunta del deber común.



## REFERENCIAS

- Beulke, W., & Bachmann, G. (1992). *Entscheidungsbesprechung, Aufsatz - Die „Lederspray-Entscheidung“ - BGHSt 37, 106. JuS.*
- Bloy, R. (1985). *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Burian. (2000). „Richterliches Unrecht“ im totalitären Staat | ZStW 112. Juris.
- Caro John, J. A. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*, 49 - 71.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. (18 de octubre 2010). *Recurso de Nulidad N° 3181-2009/ Lima.*
- Corte Suprema de Justicia. (3 de noviembre 2010). *Recurso de Nulidad N° 1320-2009/Huánuco.*
- Corte Suprema de Justicia. (9 de octubre 1997). *Recurso de Nulidad N° 4484-97-Cañete.*
- Fincke, M. (1975). *Der Täter neben dem Täter.*
- Freund, G. (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil.* Springer.
- Häupler. (s.f.). *Die Rechtsbeugung.*
- Hoffmann, & Holland. (2006). *ZStW.*
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* Berlin.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* Berlin.
- Kasiske, P. (2005). *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Wistra.*
- Kindhäuser. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Nomos.*
- Knauer. (2001). *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht.* Verlag C. H. Beck.
- Knauer, C. (2001). *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht.* Verlag C. H. Beck.
- Kohlhaas, M. (1934). *Die Rechtsbeugung nach geltendem Recht (§ 336 St.G.B.) und den neueren Entwürfen.*
- Kühl, K. (2017). *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Berlin: Vahlen.
- Küpper, G. (1993). *Der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft.* Potsdam.
- Küpper, G. (1998). *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen.*
- Lackner, K., & Kühl, K. (2018). *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar.* C. H. Beck.
- Lassmann. (s.f.). *Stiftungsuntreue.*
- Lesch, H. (1993). Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung. *ZStW.*
- Maurach, R., Gössel, K., & Zipf, H. (1995). *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Astrea .
- Murmann, U. (1993). *Die Nebentäterschaft im Strafrecht.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Pariona Arana, R. (2010). *Täterschaft und Pflichtverletzung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten.* Baden-Baden.

- Pariona Arana, R. (2011). Täterschaft und Pflichtverletzung. En Roxin. Berlin.
- Ransiek. (1999). ZGR.
- Röckrath. (2003). *NStZ*.
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2019). *Täterschaft un Tatherrschaft*. Berlin.
- Rudolphi, H. J. (1979). *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft*.
- Samson, E. (2014). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Köln: Verlag.
- Sánchez-Vera. (1999). *Pflichtdelikt und Beteiligung – Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin.
- Schild, W. (2005). Kommentar der §§ 25 ff. En *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*.
- Schönke, A., Schröder, H., Cramer, P., & Heine, G. (2006). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. München: Verlag C. H.
- Schramm, E. (2005). *Untreue Und Konsens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schünemann, B. (2012). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*. De Gruyter.
- Seebode, M. (1969). *Rechtsbeugung*.
- Seelmann, K. (1980). *Aufsatz, Mittäterschaft im Strafrecht*. Juris.
- Spendel, G. (2003). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. De Gruyter.
- Strafgesetzbuch. (1872). [*StGB*]. (Alemania).
- Stratenwerth, G., & Kuhlen, L. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Vahlen.
- Tröndle, & Fischer. (1999). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H.Beck.
- Uebele. (s.f.). MK.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Wagner, H. (1975). *Amtsverbrechen*. Duncker & Humblot.
- Weißer. (1997). *Kausalitäts- Und Taterschaftsprobleme Bei Der Strafrechtlichen Würdigung Pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*. Duncker & Humblot.
- Werder, B. (2006). *Leipziger Kommentar*. De Gruyter.
- Wieners, M. (2000). *Rechtsbeugung im Zeitgeistwandel*.

# POLÍTICA CRIMINAL Y CRIMINOLOGÍA EN EL PERÚ: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

*Bertha Verónica Prado Manrique<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

La crisis del sistema penitenciario nacional, agravada por la pandemia provocada por el Covid-19, ha evidenciado la distancia que existe en el Perú entre el conocimiento criminológico y la respuesta político-criminal. En febrero de 2020 la tasa de encarcelamiento en el país ascendía a 292 por 100 mil habitantes y el porcentaje de hacinamiento llegaba a 141% (World Prison Brief, 2020). Dicho panorama respondía, principalmente, a la tendencia rigorista de la política criminal peruana cuyas principales decisiones han sido continuamente de carácter sobrecriminalizador, orientadas a la creación de nuevos delitos, incremento de marcos penales y supresión de beneficios penitenciarios (Prado Saldarriaga, 2019b). Esta situación se ha potenciado por otros factores como (a) la falta de recursos materiales y personales que aqueja a la institución penitenciaria peruana, (b) el uso extensivo de la prisión preventiva, o (c) la falta de celeridad en la resolución de los procesos penales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011; Defensoría del Pueblo, 2018).

La problemática descrita exigía por parte del Estado peruano una respuesta célere y eficaz. Sin embargo, la discusión y aprobación de normas dirigidas a atender la crítica situación penitenciaria fueron relegadas en la lista de prioridades de la respuesta institucional estatal frente a la criminalidad. Ninguna de las iniciativas presentadas por el Poder ejecutivo o el Poder judicial prosperaron en el parlamento<sup>2</sup>. En mayo de 2020, tras dos meses de la declaración del estado de emergencia, se archivaron las propuestas para el deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios (LP Derecho, 2020). Posteriormente, el Tribunal constitucional volvió a llamar la atención sobre la situación de emergencia de las cárceles peruanas con la declaración del estado de cosas inconstitucional respecto del hacinamiento y de las graves condiciones de la infraestructura penitenciaria

---

1 Personal investigador en formación (PIF) del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Málaga). Máster en Derecho Penal y Política Criminal (Universidad de Málaga) y Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú). Investigadora del Grupo de investigación y estudios de Derecho Penal y Criminología de la PUCP.

2 En mayo de 2020 se presentaron proyectos de ley por parte del Poder ejecutivo y del Poder judicial con la intención de ser discutidos por el Pleno del Congreso de la República. El primero, proyecto de ley N° 5110/2020-PE, preveía medidas excepcionales de conversión de la pena privativa de libertad, así como el reemplazo de la prisión preventiva por medidas de comparecencia restringida. Además, incluía disposiciones sobre las medidas socioeducativas aplicables a menores infractores. Por su parte, los proyectos presentados por el Poder judicial, N° 5149/2020-PJ y 5150/2020-PJ, proponían de manera excepcional y temporal condiciones para la aplicación de la remisión condicional de la pena y para la revisión de la prisión preventiva de las personas en prisión, respectivamente.

(fundamento jurídico 107, STC N° 5436-2014-PHC/TC). A raíz de ello, y tras la delegación de facultades del poder legislativo al ejecutivo, se promulgaron los decretos legislativos N° 1513 y N° 1514 con disposiciones tanto para la población penitenciaria procesada y condenada, como para la población de los centros juveniles. Este compromiso de atención prioritaria a la situación crítica del sistema penitenciario y la seguridad nacional fue renovado tanto en el mensaje a la nación del presidente por el aniversario de la independencia nacional, como por el discurso del primer ministro ante su investidura en el Congreso (Vizcarra M. , 2020, 28 de julio; Martos Ruiz, 2020).

Desde la aprobación del código penal de 1991, las ciencias penales en el Perú han tenido un desarrollo desigual. La profundización de la dogmática penal ha concentrado gran parte de la producción académica tanto a nivel de teoría general del delito, como de las particularidades de los diferentes delitos regulados en la parte especial del código penal peruano (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011; Meini, 2014; Villavicencio, Derecho Penal básico, 2017). Más recientemente, los estudios criminológicos en el país se han incrementado, generando mayores insumos empíricos sobre la situación de la cuestión criminal en nuestra realidad (Bonilla & Vizcarra, 2016; Hernández, 2017; Huaytalla, 2017; Zevallos, 2017). Por su parte, en el campo de la política criminal destacan, sobre todo, las investigaciones sobre la importancia y las funciones que debe cumplir la política criminal en la sociedad peruana, la evaluación de su estado actual y alguna relacionada con el análisis del proceso legislativo vinculado a la discusión y aprobación de decisiones político-criminales (Guimaray & Prado, 2020; Prado Saldarriaga, 2019a; Urquiza, 2008).

Desafortunadamente, estos avances científicos no se han visto necesariamente reflejados en la respuesta institucional del estado peruano frente a la criminalidad. Por el contrario, e incluso en contextos de crisis que exigen medidas eficaces y urgentes, es posible identificar una tendencia rigorista, populista y con una desconexión entre el conocimiento criminológico y la política criminal (Prado Manrique, 2020). Precisamente, el presente artículo busca reflexionar sobre los avances y desafíos en la relación entre política criminal y criminología desde la perspectiva de la dimensión institucional del estado peruano frente a la criminalidad.

## **2. La Relación Entre Política Criminal y Criminología**

La Criminología, la Política Criminal y la Dogmática penal forman parte de las ciencias penales. Estas disciplinas tienen como objetivo conjunto abordar e incidir en el control de la criminalidad, con el propósito de prevenirla, controlarla y reducirla (Villavicencio, 2017). Cada una de ellas tiene un objetivo específico.

En primer lugar, la Criminología, en tanto disciplina empírica e interdisciplinaria, se encarga de estudiar la etiología del crimen (infractor, víctima, hecho criminal y control social) para brindar información válida sobre el fenómeno criminal. De ahí que se encargue de describir las características, dinámicas y tendencias del hecho criminal, así como de los mecanismos que utiliza el Estado para prevenirlo y controlarlo (García-Pablos, 2008, págs. 1 - 2). En segundo lugar, la Política

criminal es un saber científico aplicado, tiene como objetivo promover estrategias sistemáticas y eficaces para el control del delito a través de la intervención estatal. En ese sentido, se ocupa de valorar la información criminológica y formular las estrategias y acciones orientadas a prevenir, controlar y reducir la criminalidad; así como de asesorar al legislador penal para evaluar críticamente el Derecho Penal vigente e identificar la necesidad de reformarlo (Díez Ripollés, 2018). En tercer lugar, la Dogmática penal se dedica a estudiar las normas vigentes. En ese sentido, ella interpreta las normas penales y procesales penales con el propósito de desarrollar una elaboración conceptual abstracta que permita una aplicación segura y previsible del derecho penal (Villavicencio, 2006).

Ahora bien, es necesario apuntar que estas tres ciencias penales mantienen una relación de interdependencia y complementariedad entre ellas, con la finalidad de que las iniciativas previstas para el control del delito resulten eficaces y respondan a las necesidades de cada contexto concreto (Terradillos Basoco, 2014). De ahí la importancia de comprender la relación descrita. En tal sentido, la criminología brindará información de la realidad en la que se presenta el fenómeno delictivo e identificará, por ejemplo, aquellas conductas que resulten lesivas y que causen malestar en la sociedad; por su parte, la política criminal a partir de la información brindada, emitirá una valoración, es decir, una propuesta de solución o directriz de acción sobre cómo proceder ante el comportamiento delictivo que representa un problema para la sociedad, la cual sin embargo puede ser o no de carácter penal; finalmente, la dogmática será la encargada de analizar la interpretación de las normas elaboradas por la política criminal para su aplicación en el caso concreto (Terradillos Basoco, 2014, pág. 15).

Con la intención de profundizar en la relación entre Política Criminal y Criminología es necesario recordar que la política criminal es una política de carácter social del Estado que tiene como objetivo prevenir, controlar y reducir la delincuencia a límites socialmente tolerables y en concordancia con los valores y principios integrados en la Constitución (Díez Ripollés, 2015a). De ahí que se encuentre en permanente interacción con las demás intervenciones estatales en las distintas dimensiones de la vida en sociedad. En ese sentido, la política criminal funge como condicionante de las demás políticas públicas y, a su vez, se ve condicionada por estas (Tonry, 2007).

Es relevante destacar que la política criminal debe cumplir tres funciones específicas. La primera es el estudio de la realidad y de los mecanismos de prevención del delito. En ese sentido, resulta indispensable que la política criminal se formule y diseñe a partir de un sólido conocimiento empírico sobre la etiología, las características, manifestaciones y dinámicas de desarrollo de la problemática social de la forma específica de criminalidad que se pretende prevenir o controlar. De ahí que sea necesario que los procesos de formulación de la política criminal desarrollen un diálogo constante con la Criminología, pues esta será la encargada de brindar los insumos empíricos y teóricos para comprender, estratégicamente, la configuración del fenómeno criminal en un entorno social determinado. Asimismo, esta vinculación permitirá visualizar las oportunidades y alternativas de



acción que posibilita el problema criminal concreto, lo cual, favorecerá, posteriormente, la evaluación y retroalimentación del impacto y eficacia correspondientes a las estrategias y medidas implementadas (Medina, 2003).

La segunda función que debe cumplir la política criminal es la crítica de la legislación penal. Se concretiza a través de un análisis político-criminal riguroso de las normas penales que permita identificar y cuestionar aquellos aspectos que no resulten funcionales a los objetivos de protección de intereses indispensables para la convivencia social, ni a los principios configuradores del Derecho penal. Así como aquellos que lo hagan de una forma desfasada a las necesidades sociales. Solo en la medida en que se observen y discutan las disfunciones legales, se podrán advertir los vacíos y las incoherencias fácticas o normativas que evidencian muchas de las leyes penales vigentes, posibilitando con ello que estas puedan ser modificadas o derogadas (Díez Ripollés, 2013).

La tercera función es el diseño, la implementación y evaluación de un programa político-criminal que responda a las necesidades de la sociedad en la que se pretende aplicar. Esta última función debe proyectarse hacia el diseño razonado de un programa que comprenda un sistema de acciones idóneas, oportunas y factibles para la prevención, control y sanción del delito. Esto sólo será posible a partir de un diagnóstico sólido que defina y priorice objetivos y estrategias compatibles con la concreta naturaleza y estructura del fenómeno criminal (Medina, 2003; Díez Ripollés, 2018). Además, la política criminal también debe dedicarse a evaluar la ejecución de todo plan o programa diseñado o implementado contra la criminalidad. En ese sentido, debe verificar si las estrategias aplicadas fueron eficaces y eficientes para alcanzar los objetivos político-criminales trazados. Este rol evaluativo resulta trascendente para iniciar un proceso de retroalimentación y reformulación de las propias políticas de control de la criminalidad (Díez Ripollés, 2018).

### **3. La Institucionalización de la Política Criminal en el Perú**

La evolución histórica y social de la política criminal ha girado siempre en torno a la preeminencia o cuestionamiento de modelos. Es decir, de tipologías que representan paradigmas teórico-metodológicos que integran los objetivos, estrategias y medidas constitutivas de un programa de hacer y aplicar la política criminal. Los modelos político-criminal aplicados históricamente o cuyos presupuestos teóricos han encontrado resonancia en las sociedades occidentales son: el modelo penal abolicionista, resocializador, garantista y el modelo penal de seguridad ciudadana (Brandariz, 2014; Díez Ripollés, 2015b).

Destaca sobre todo el modelo penal de seguridad ciudadana por su vigencia en la política criminal occidental. Las características de este modelo han influido de manera notable en la configuración del sistema penal contemporáneo. Tales características son las siguientes: (a) protagonismo de la delincuencia clásica; (b) prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana; (c) sustantividad de los intereses de la víctima; (d) populismo y politización de la política criminal; (e) revalorización del componente afflictivo de la pena;

(f) redescubrimiento de la prisión; (g) ausencia de recelo frente al poder sancionador estatal; (h) la implicación de la sociedad en el control y prevención de la delincuencia; e (i) la transformación del pensamiento criminológico, en el que se concibe al delincuente como un ser racional y cuyas estrategias de prevención y control del delito están influenciados por lógicas actuariales (Díez Ripollés, 2015b; Garland, 2005).

Ahora bien, América Latina, y Sudamérica en específico, no han sido ajenas a estos modelos político-criminales. No obstante, es necesario enfatizar que las estrategias y acciones para combatir la criminalidad en la región se han visto influenciadas por las propias circunstancias y dinámicas históricas, políticas y sociales que le tocó atravesar. Así, por ejemplo, durante la época de los años 60 a 80 se identifica la vigencia de la doctrina de seguridad nacional, implementadas en contextos de dictaduras, que destacaba por sus decisiones especialmente rigoristas (Zaffaroni, 1982).

Si hacemos un esbozo de las características político-criminales que han predominado en la región podemos identificar por lo menos tres características recurrentes: La primera es la prevalencia de decisiones rigoristas, ya sea mediante la creación de nuevas figuras delictivas, el aumento de las penas, como de la aprobación de nuevas circunstancias agravantes específicas para determinados delitos. La segunda es la desconexión entre la Criminología y la política criminal, que se evidencia, por ejemplo, en la pobre calidad legislativa de los proyectos de ley presentados. Y, la tercera es la vigencia del paradigma de la seguridad ciudadana (Díez Ripollés, 2008; Muggah & Aguirre, 2018; Sozzo, 2017).

Desde la discusión y aprobación del Código Penal peruano de 1991, cada uno de los componentes de la dimensión institucional de la política criminal (legislativo, preventivo, de persecución e investigación del delito, sancionador y de ejecución penal) han tenido un peso distinto en la configuración de la respuesta del Estado peruano frente a la criminalidad. De ahí que se hayan detectado diferentes rasgos en el proceso de institucionalización de la política criminal peruana, en los que se mantiene un menor o mayor contacto con el conocimiento criminológico.

El primer rasgo es el gran protagonismo del control represivo a través de constantes reformas penales. El Código Penal de 1991 surgió con una orientación garantista. De ahí que incorporó un amplio catálogo de penas y medidas alternativas a la pena privativa de libertad, integró todas las disposiciones penales en el mismo texto normativo, reduciendo así la dispersión de las leyes penales, derogó la pena privativa de libertad indeterminada, así como los supuestos de reincidencia y habitualidad (Prado Saldarriaga, 1996). Desafortunadamente, la entrada en vigor del Código Penal coincidió con un periodo dictatorial, de inflación económica y de rezagos del terrorismo. Todo este cúmulo de factores originó que el poder legislativo adquiriera un rol protagónico a nivel institucional e impulsara una serie de decisiones político-criminales de carácter rigorista, que configuraron la denominada legislación penal de emergencia y que no contaban con un respaldo de evidencia empírica (Prado Saldarriaga, 2019b; Urquizo, 2008).

El segundo rasgo que evidencia la necesidad del conocimiento criminológico en la elaboración de la política criminal peruana fue el interés por el fortalecimiento de la eficacia del sistema penal peruano. De manera especial, se destaca la preocupación por fortalecer el componente preventivo, resaltando la creación del Sistema nacional de seguridad ciudadana (SINASEC) creado mediante la Ley 27933 aprobada el 12 de febrero de 2003. A partir de este momento, se empezaron a articular diferentes órganos institucionales a nivel regional, provincial y distrital orientado a mejorar la respuesta frente a la criminalidad (De Belaúnde, 2015). Precisamente, una de las primeras acciones del SINASEC fue la elaboración de un Plan nacional de seguridad ciudadana 2013-2018. Este instrumento de gestión impulsó el diseño y la elaboración de acciones estratégicas alrededor de tres ejes prioritarios: (a) prevención de la delincuencia, (b) disuasión y combate de la delincuencia y (c) sanciones apropiadas y resocialización (Consejo nacional de seguridad ciudadana CONASEC, 2013). Por otro lado, esta etapa coincidió con el interés regional de modernizar la justicia procesal penal, motivo por el cual en este periodo se inició la reforma procesal penal en Perú con la aprobación del Código Penal Procesal de 2004. Cabe mencionar que ambos hitos coinciden con una tendencia generalizada a nivel latinoamericano y que caracterizó por la constante preocupación por la seguridad ciudadana y por el desarrollo de reformas procesales en varios países del continente (Obando, 2009).

El tercer rasgo es la progresiva especialización y profesionalización de la respuesta de los agentes del sistema penal nacional. Se identifica que el Estado peruano concibe con mayor claridad la importancia del conocimiento criminológico para la elaboración de la política criminal. Precisamente, fruto de este interés es la creación del Consejo nacional de política criminal (Conapoc), órgano técnico encargado de “planificar, supervisar y dar seguimiento a la política criminal del Estado” (Ley 29807, 30 de noviembre 2011). Además, se destaca la creación del Sistema integrado de estadísticas de la criminalidad (Datakrim), impulsado por el Instituto nacional de estadística (INEI).

La creación del Conapoc representó un punto de quiebre en el modo de diseñar la política criminal en el Perú y en su relación con el conocimiento criminológico. Por primera vez el Perú contaba con un órgano encargado de formular las políticas y estrategias pertinentes para contrarrestar el incremento de la criminalidad a través de la prevención, represión y el control del delito a corto, mediano y largo plazo. Además de ser la institución encargada de informar técnicamente sobre la calidad y utilidad de los proyectos de ley relacionados con las materias de su competencia y de elaborar recomendaciones sobre la estructura de las agencias de la justicia penal en el país (DS N° 008-2012-JUS, 21 de marzo de 2012).

Desde su creación hasta la fecha resultan destacables dos de las siguientes actividades realizadas por el Conapoc. La primera fue la selección de un grupo de delitos que, por su gravedad, grado de violencia y frecuencia en la realidad peruana exigían un estudio y atención prioritaria, tales como delitos contra el patrimonio, trata de personas, violación sexual, minería ilegal y sicariato (Consejo nacional de Política criminal, 2013). A partir de dicha priorización se pusieron en marcha

diferentes acciones para el estudio de la epidemiología de tales ilícitos con el objetivo de diseñar estrategias eficaces para su control y reducción. Los primeros resultados fueron la aprobación de la Política nacional de prevención y tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal (2013-2018) – Política PUEDO, con el objetivo de reducir la participación de adolescentes en hechos delictivos y priorizar las actividades socioeducativas y de resocialización (DS N° 014-2013-JUS, 01 de diciembre de 2013); la Política nacional frente a delitos patrimoniales (DS N° 006-2014-JUS, 12 de julio de 2014), que contiene los lineamientos criminológicos para afrontar el fenómeno de la criminalidad patrimonial mediante la prevención, control, sanción y reducción de estos delitos; y la Política nacional contra la trata de personas (DS N° 001-2015-JUS, 24 de enero de 2015), que constituye el marco principal para la elaboración de las estrategias multisectoriales para prevenir y controlar este grave delito.

El segundo aporte del Conapoc y uno de los más significativos para la dimensión organizacional de la política criminal peruana fue la creación del Observatorio nacional de política criminal – INDAGA. Este observatorio ofrece información criminológica sobre los factores que explican el origen, la expansión y el impacto de la violencia y la criminalidad, con la finalidad de que el Conapoc pueda formular las políticas y directrices basadas en evidencia empírica. Adicionalmente, desarrolla investigaciones y diagnósticos sobre fenómenos criminales específicos. Actualmente la labor de investigación criminológica de INDAGA gira en torno a tres ejes temáticos: el adolescente infractor, la trata de personas y el entorno penitenciario. Al respecto, destacan sus boletines informativos sobre feminicidios, sistema penitenciario, homicidios, adolescente infractor de la ley penal o trata de personas (INDAGA - Observatorio nacional de la criminalidad, 2019a; INDAGA - Observatorio nacional de la criminalidad, 2019b; INDAGA - Observatorio nacional de la criminalidad, 2017).

#### **4. Avances y Desafíos**

La creación del Consejo nacional de política criminal, así como del Observatorio nacional de política criminal han representado un avance importante en el desarrollo de la criminología y la política criminal en el Perú. La aprobación de las diferentes políticas nacionales, así como las investigaciones empíricas permiten evidenciar desarrollos y desafíos en el diálogo que debe existir entre ambas ciencias penales.

En relación con los primeros, se observa una mejora en cuanto a la estructura de las políticas frente a la criminalidad. En ese sentido, se advierte una mayor especificidad en los objetivos, lineamientos e indicadores. En segundo lugar, se identifica un asesoramiento técnico especializado. Si bien los órganos encargados de ello han sido distintos, la publicación de la Guía de políticas nacionales elaborada por el Centro nacional de planeamiento estratégico sienta las bases para una elaboración uniforme y rigurosa de las estrategias y acciones contra la criminalidad. En tercer lugar, cada vez se cuenta con más investigaciones criminológicas que aportan datos empíricos obtenidos a través de trabajo de campo realizado con

la finalidad de recopilar las características del fenómeno criminal a abordar. En la misma línea destacan el diseño y la aplicación de distintos instrumentos de investigación como la Encuesta nacional de victimización o la elaboración de mapas del delito. La información producida por estos instrumentos, así como los datos obtenidos de las investigaciones realizadas deben ser utilizados en los diagnósticos que justifiquen la elaboración tanto de políticas nacionales como de proyectos de ley.

En cuanto a los desafíos que debe afrontar la respuesta estatal a la criminalidad se encuentra, en primer lugar, el mejorar la coordinación entre los actores del sistema penal peruano, especialmente, entre el legislativo y el Conapoc (Prado Saldarriaga, 2019c). Se destaca la falta de coordinación y el uso de información criminológica por parte del órgano encargado de aprobar las normas penales. Un ejemplo reciente de esta falta de diálogo se observa en la gestión del hacinamiento carcelario agravada por la expansión del Covid-19 en nuestro país (Prado Manrique, 2020).

En segundo lugar, es necesario reflexionar acerca de las capacidades reales del Estado peruano y sus implicaciones para que la efectiva implementación de la política criminal se formule y decida. En efecto, pues, una inadecuada planificación, la falta de un diagnóstico contextual específico o la disparidad en cuanto al conocimiento técnico impiden conseguir los objetivos propuestos y atender de modo idóneo el problema público de criminalidad para el cual se diseñó la política. Estos desafíos, por ejemplo, se pueden advertir en la respuesta del Estado peruano frente al crimen organizado (Vizcarra, Bonilla, & Prado Manrique, 2020). Finalmente, se requiere fortalecer una cultura de evaluación de la política criminal que permita conocer oportunamente sus niveles de eficacia, eficiencia y efectividad en relación con el fenómeno criminal abordado y los objetivos originalmente planteados.

## **5. Consideraciones Finales**

En los últimos años hemos sido testigos de la institucionalización de la política criminal peruana a través de la elaboración de diferentes estudios empíricos y de la aprobación de políticas y estrategias nacionales orientados a fenómenos delictivos concretos. No obstante, aún es necesario reflexionar sobre el proceso de diseño, planificación e implementación de la política criminal, especialmente en lo que se refiere al fortalecimiento de los mecanismos institucionales para la implementación efectiva de los distintos lineamientos contemplados en dichas políticas.

Asimismo, se requiere mejorar el análisis prospectivo de la política criminal, de manera especial en cuanto a los indicadores previstos para evaluar la eficacia de las políticas. Para ello, es necesario fortalecer la relación que debe existir entre los estudios criminológicos nacionales y la formulación de las iniciativas legislativas presentadas, con la finalidad de enriquecer el debate parlamentario y la calidad de la legislación penal peruana.

## REFERENCIAS

- Bonilla, D., & Vizcarra, S. (2016). Inseguridad y mecanismos barriales de protección en el Perú. *Urvio. Revista latinoamericana de estudios de seguridad*(19), 37 - 52. doi:<http://doi.org/10.17141/urvio.19.2016.2401>
- Brandariz, J. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe Sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. OEA/SER.L/V/II. DOC. 64. Organización de los Estados Americanos. Obtenido de <https://oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- Consejo nacional de Política criminal. (2013). *La delincuencia en el Perú: Propuesta de intervención articulada*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/07/Documento-de-Trabajo-No.-01.pdf>
- Consejo nacional de seguridad ciudadana CONASEC. (2013). *Plan nacional de seguridad ciudadana 2013-2018*. Lima: Ministerio del Interior.
- De Belaúnde, A. (2015). Seguridad ciudadana y gobiernos locales: El caso de la municipalidad de Miraflores. *Revista de gobierno y gestión pública*(2), 1 -18.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe de Adjuntía N° 006-2018-Dp/ADHPD: Retos del sistema penitenciario peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Díez Ripollés, J. L. (2008). La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. *Política Criminal*(5), 1 - 37.
- Díez Ripollés, J. L. (2013). *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*. Madrid: Trotta.
- Díez Ripollés, J. L. (2015a). *Delitos y penas en España*. Madrid: Catarata.
- Díez Ripollés, J. L. (2015b). *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: B de F.
- Díez Ripollés, J. L. (2018). El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: La contribución de V. Liszt. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20(12), 1 - 31.
- DS N° 008-2012-JUS. (21 de marzo de 2012). *Aprueban Reglamento del Consejo Nacional de Política Criminal*. 462850.
- DS N° 001-2015-JUS. (24 de enero de 2015). *Política Nacional Frente a la Trata de Personas y sus Formas de Explotación*. 545338.
- DS N° 006-2014-JUS. (12 de julio de 2014). *Aprueban Política Nacional Frente a los Delitos Patrimoniales*. 527601.
- DS N° 014-2013-JUS. (01 de diciembre de 2013). *Aprueban Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal*. 508095.
- García-Pablos, A. (2008). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Guimaray, E., & Prado, B. (2020). La gran corrupción política en el Perú: Aspectos



- criminológicos y propuesta político criminal. En A. Valencia Sáiz, *Desafíos actuales del Derecho. Aportaciones presentadas al II Congreso nacional de jóvenes investigadores en ciencias jurídicas* (págs. 303 - 319). Biblioteca virtua de Derecho, Economía, Ciencia sociales y tesis doctorales. Obtenido de <http://www.eumed.net/libros/1884/index.html>
- Hernández, W. (2017). Crimen en Lima: Una aproximación con dato distritales. *IECOS(18)*, 197 - 237.
- Huaytalla, A. (2017). *Cuando los cerros bajan. Estudio de la violencia delictual en dos barrios limeños: Los cerros San Cosme y El Pino*. Lima: Instituto de defensa legal.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (Vols. I - II). Lima: Idemsa.
- INDAGA - Observatorio nacional de la criminalidad. (2017). *Crímenes Patrimoniales, Tráfico ilícito de Drogas y Agresiones Sexuales. Un análisis desde el sistema penitenciario*. Lima: Consejo nacional de política criminal.
- INDAGA - Observatorio nacional de la criminalidad. (2019a). *El fenómeno del sicariato en el Perú. Estado situacional y experiencias del adolescente en conflicto con la ley penal sancionado por sicariato*. Lima: Consejo nacional de política criminal.
- INDAGA - Observatorio nacional de la criminalidad. (2019b). *Víctimas y victimarios de feminicidios. Un estudio sobre los perpetradores del delito*. Lima: Consejo nacional de política criminal.
- Ley 29807. (30 de noviembre 2011). *Ley que crea el Consejo Nacional de Política Criminal*. 454059.
- LP Derecho. (17 de Mayo de 2020). Congreso rechazó proyectos para liberar a presos preventivos y deshacinar cárceles. Lima, Perú. Obtenido de <https://lpderecho.pe/congreso-rechazo-proyectos-liberar-presos-preventivos-deshacinar-carceles/>
- Martos Ruiz, W. (2020). *Momento de unión y consenso. Discurso del Presidente del Consejo de Ministros*.
- Medina, J. J. (2003). Criminología y política criminal, la necesidad de un foro de discusión. *Revista española de investigación criminológica*(1), 1 - 10.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo editorial de la Pontifical Universidad Católica del Perú.
- Muggah, R., & Aguirre, K. (2018). *Citizen security in Latin America: Facts and Figures* (Vol. 33). Rio de Janeiro: Igarapé Institute.
- N.º 05436-2014-PHC/TC, EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 2020).
- Obando, J. (2009). *Reformas del proceso penal y seguridad ciudadana en Iberoamérica*. Valencia: COMJIB - Tirant lo Blanch.
- Prado Manrique, B. (10 de julio de 2020). *Covid-19 en el Perú. Reflexiones en torno a la política criminal peruana*. Obtenido de INDAGA - Observatorio de Política Criminal : <https://indagaweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Expertos-Bertha.pdf>



- Prado Saldarriaga, V. R. (1996). *Todo sobre el Código penal*. Lima: Idemsa.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2019a). *Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2019b). Los 25 años del Código penal de 1991. En V. R. Prado Saldarriaga, *Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos* (págs. 55 - 67). Lima: Gaceta Jurídica.
- Prado Saldarriaga, V. R. (13 de mayo de 2019c). *Prado Saldarriaga: El Consejo Nacional de Política Criminal debe consolidarse*. Obtenido de INDAGA - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú: <https://indagaweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/07/19-05-13-El-Consejo-Nacional-de-Pol%C3%ADtica-Criminal-debe-consolidarse.pdf>
- Sozzo, M. (2017). La inflación punitiva. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990 - 2015). *FLACSO*.
- Terradillos Basoco, J. (2014). *La investigación en el Derecho penal*. Lima: CICAJ - Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tonry, M. (2007). Determinants of Penal Policies. *Crime and Justice: Review of Research*, 36(1), 1 - 48.
- Urquiza, J. (2008). La reciente política legislativa penal en Perú. En J. L. Díez Ripollés, & O. García Pérez, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: Una perspectiva comparada (2000 - 2006)* (págs. 325 - 381). Montevideo: Edisofer - Editorial B d F.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vizcarra, M. (2020, 28 de julio). *Mensaje a la Nación*. Presidencia de la República. Obtenido de [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/348220/Mensaje\\_a\\_la\\_Naci%C3%B3n.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/348220/Mensaje_a_la_Naci%C3%B3n.pdf)
- Vizcarra, S., Bonilla, D., & Prado Manrique, B. (2020). Respuestas del Estado peruano frente al crimen organizado en el siglo XXI. *Revista CS* (31), 109 - 138. doi:<http://doi.org/10.18046/recs.i31.3710>
- World Prison Brief. (2020). *Perú*. Obtenido de World Prison Brief: <https://www.prisonstudies.org/country/peru>
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zevallos, N. (2017). Dinámicas locales en torno al cultivo de hoja de coca: Elementos para el estudio desde el mercado ilegal de la cocaína. *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, 4(7), 9 - 29.



# UNA LECTURA CONTEMPORÁNEA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y MÍNIMA INTERVENCIÓN<sup>1</sup>

*Víctor Roberto Prado Saldarriaga<sup>2</sup>*

En homenaje a Felipe A. Villavicencio Terreros, un hombre sabio y bueno.

## **1. Política Penal y Principios Reguladores del Control Penal**

La necesidad de estructurar mecanismos de supervisión e interdicción de las decisiones de política penal, que excediendo sus fines de control social encubrieran prácticas estatales de abuso y arbitrariedad, fue promoviendo la regulación formal de un variado conjunto de principios y garantías a favor de los sectores vulnerables. La dogmática penal y la política criminal les otorgaron históricamente la condición de límites infranqueables del *ius puniendi*. Por ejemplo, en una monografía reciente sobre esta temática se señaló que “La Política criminal en un Estado de Derecho aspira a regirse por principios que constituyen a su vez límites del ejercicio del poder y garantía de derechos y libertades” (Sánchez Ostiz, 2012, pág. 34).

Sobre la naturaleza, función, morfología y efectos de tales principios, desarrollaremos a continuación algunas reflexiones y comentarios, pero desde un enfoque de política aplicada a fin de describir la utilidad real que ellos aportan actualmente en el diseño de estrategias de prevención y control de la criminalidad.

Comencemos señalando que una de las características del Estado Liberal fue la formulación de principios dirigidos a limitar los canales de intervención del control penal en el desarrollo de las relaciones sociales. Lo cual era coherente con el rol tutelar que por aquel periodo debía cumplir el Estado, asegurando un libre mercado de trabajo y un proceso continuo de reproducción de capitales. Además, se procuraba, de esa manera, contrarrestar la omnipotencia precedente del Estado Absolutista que habría impedido el desarrollo del naciente capitalismo burgués. Igualmente, en aquel periodo histórico la influencia de las ideas de igualdad y de libertad le dieron al Derecho Penal un carácter formal menos cruel y agresivo que el que tuvo durante el feudalismo y la consolidación del régimen absolutista. Asimismo, la legitimación del control penal como un recurso necesario para el mantenimiento del contrato social, quebró definitivamente todo posible rezago de “divinidad” o de confusión entre Derecho Penal y Moral (Bustos, 1982, págs. 118 - 124).

---

1 Algunas ideas de este texto fueron desarrolladas en Prado Saldarriaga (1991).

2 Catedrático de Derecho Penal. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia.

Con el transcurso de los siglos esos principios se han reforzado formalmente mediante su inclusión en las Constituciones y en los Códigos Penales contemporáneos. Es más, varios de ellos fueron reconocidos y proclamados como derechos y garantías por los principales convenios internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos (Terradillos Basoco, 2012; Urquizo, 2012).

Ahora bien, la nomenclatura, conceptos y eficacia asignados por la literatura especializada a tales principios tuvieron también distintas variantes, evolución y significados. Así, por ejemplo, en el ámbito anglosajón se alude a la existencia de los *mediating principles*, identificándolos como “buenas razones” para que el Estado opte por no criminalizar determinadas conductas pese a ser socialmente lesivas o peligrosas, o para que éste renuncie a la utilización o aplicación de determinadas sanciones penales frente a concretas conductas delictivas (Von Hirsh, 2012). En cambio, en el contexto eurocontinental se han insertado, destacado y difundido un conjunto de *principios rectores* o *principios limitadores del poder punitivo* los que han sido caracterizados como,

Pautas generales en las cuales descansan las diversas instituciones del Derecho Penal positivo y que la doctrina propone como guía para la interpretación de las mismas; de ellos ha de auxiliarse el intérprete que quiera abordar sistemáticamente la legislación penal. (Velásquez Velásquez, 1988, pág. 14)

Para algunos autores, además, como Zúñiga Rodríguez, resulta pertinente y necesario diferenciar entre los “principios rectores de la Política Criminal” y los “principios rectores del *ius puniendi*”. Al respecto, se precisa lo siguiente:

Los penalistas suelen tratar este tema como *los Principios de Política Criminal como límites a la potestad punitiva del Estado*, los cuales constituyen en realidad baremos de legitimidad del *ius puniendi* del Estado y orientan al legislador y al juez en sus tareas de decidir qué puede ser delito, a quiénes se sanciona penalmente y cómo se impone una pena. Este es un tema fundamental dentro del proceso de criminalización primaria y secundaria, porque este poder de decisión en un Estado social y democrático de Derecho está sometido a unos límites, no puede ser un poder absoluto. (2001, pág. 181)

Esta misma autora, en una publicación posterior, sostiene también, desde una postura que ella misma admite como idealista, que estos principios deben ser irrenunciables e infranqueables para la validez y legitimidad de las decisiones de política criminal. En coherencia con ello, sostiene que “infranqueable significa que no admiten excepciones, indiscutibles, no sujetas a las encuestas de las mayorías, ni a los votos de los políticos, ni al rating de los *mass media*” (Zúñiga Rodríguez, 2019, pág. 226).

Para otros autores, en cambio, resulta indispensable objetivizar la racionalidad y eficacia práctica de estos principios en el proceder concreto de los operadores del sistema penal mediante un cotejo o asignación de estándares cuantitativos de prelación. En ese sentido, por ejemplo, Delmas-Marty ha llegado a sugerir la

necesidad de redefinir sus alcances y darles una funcionalidad que responda a la complejidad del mundo actual. Al respecto propone revivificar

los principios de justicia y utilidad, haciéndolos funcionar de acuerdo con dos series de indicadores: indicadores de la proporcionalidad, que se inscriben en el corazón de la idea de justicia, e indicadores de la efectividad que fundamentan la utilidad del derecho. (1990, págs. 946 - 966).

Sin embargo, también se han formulado severas críticas a los intentos de colocar a tales principios en una condición de políticamente neutros o pre-políticos, como se interpreta que viene ocurriendo recientemente con un sector de la dogmática penal. El cual, además, los postula de modo fundamentalista demandando que sean asimilados como axiomas determinantes e insoslayables para la configuración y validación de las decisiones de política criminal. En ese sentido Mañalich ha cuestionado el resurgimiento de un principialismo, precisando que este se corresponde con un fetiche o postulado idealista,

según el cual sería posible identificar, en la forma de una operación cognoscitiva, un conjunto de parámetros que podríamos llamar “principios de la política criminal”, de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de comportamientos tenidos por socialmente intolerables pueden reclamar legitimidad política. (Mañalich, 2018, pág. 60)

Por nuestro lado preferimos asignarles la denominación de principios reguladores del control penal, en razón de que ellos solo constituyen, desde nuestra perspectiva, reglas de orientación y gestión de las decisiones o acciones de política penal que competen al Estado. En realidad, se trata de políticas en sentido estricto. Esto es, de enunciados programáticos que enmarcan y limitan teleológicamente las decisiones del Estado vinculadas con la criminalización y sanción penal de conductas sociales negativas. Son, por tanto, mecanismos ideológicos y prácticos que permiten controlar al control penal.

Tampoco la clasificación, morfología y enunciación esencial de las reglas y consecuencias atribuidas a estos principios ha sido históricamente uniforme. No obstante, tradicionalmente se ha calificado a los siguientes principios como los más reconocidos e importantes:

- Principio de Legalidad.
- Principio del Bien Jurídico Real.
- Principio de Mínima Intervención.
- Principio de Humanidad.
- Principio de Culpabilidad.
- Principio de Jurisdiccionalidad.
- Principio de Proporcionalidad de las Sanciones.

A lo largo de su proceso de evolución, a todos estos principios reguladores se les ha asignado una misma función de política penal, la cual es orientar las decisiones del legislador o de los órganos competentes del sistema de justicia penal hacia la construcción o afirmación de un modelo de control penal que sea respetuoso de los derechos humanos y que procure la prevención o el tratamiento de los conflictos sociales de criminalidad recurriendo a medios menos dañosos o excluyentes que los castigos penales.

Los más importantes impactos teóricos y prácticos de aquellos principios tuvieron su apogeo legislativo durante el predominio del denominado modelo de intervención mínimo-garantista. Ferrajoli señalaba en torno a ellos lo siguiente:

Un sistema penal está justificado si y únicamente si minimaliza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías, por tanto, pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes. Esto quiere decir, obviamente, que por semejantes fines no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al derecho penal mismo y a sus garantías. Pero también refleja, ciertamente, que el derecho penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. (Ferrajoli, 1986, pág. 45)

No obstante, desde inicios del presente siglo ha sobrevenido una grave crisis funcional y de relativización práctica sobre la utilidad y eficacia de los principios reguladores del control penal. Esta se ha hecho más sensible a partir de la adopción formal y material de los controvertidos modelos securitarios, los que se han consolidado rápidamente como ejes fundamentales de la formulación de las políticas públicas contra la delincuencia (Díez Ripollés, 2005; García-Pablos, 2008).

Al respecto, resulta ilustrativa la reciente experiencia legislativa penal española, la cual viene siendo monitoreada y examinada exhaustivamente por Díez Ripollés. Este autor destaca como rasgo común de las sucesivas transformaciones normativas ocurridas en la última década en el Código Penal español, una escalada represiva y de afectación constante de derechos y garantías fundamentales. Pero, también, la reiterada carencia de una justificación político criminal razonable que explique tales decisiones gubernamentales y su incierta o potencial utilidad. En ese contexto, pues, se pone en evidencia,

que el código penal se ha convertido, en manos de nuestros agentes políticos, en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de las emociones colectivas. Nada que ver con la olvidada consideración de este cuerpo legal como una constitución en negativo, que declara mostrar una estabilidad equivalente a ella a la hora de fijar sus principios y contenidos. (Díez Ripollés, 2015, pág. 10)

Pero también la realidad internacional y nacional ratifican que, en el presente, se ha producido un fortalecimiento político y una exitosa asimilación psicosocial en torno a que “lo penal” debe ser considerado como el remedio necesario e insoslayable que pueden y deben aplicar los Estados frente a la criminalidad y otros conflictos sociales asociados a ella. De allí que, para muchos, resulte de algún modo justificado el que se exaspere el uso de medidas punitivas o se pierda toda racionalidad y control sobre su potencial eficacia, así como sobre sus consecuencias negativas o colaterales. Asimismo, en este tipo de coyuntura y discurso securitarios se hace frecuente el soslayar o desconocer el sentido y significado de los principios limitadores del poder punitivo. Es más, no solo se les desplaza o restringe, sino que se les sustituye sin mayores escrúpulos por otros criterios y prácticas opuestas como aquellas que caracterizan el modelo del giro punitivo (*punitive turn*).

Lamentablemente, todas estas actitudes y excesos suelen obtener una rápida y entusiasta validación entre los colectivos sociales, al apoyarse en una distorsionada y cotidiana cobertura mediática que informa sobre el constante ascenso de la inseguridad ciudadana y de la delincuencia violenta u organizada. Estos mensajes de alarma producen, como explica acertadamente Pozuelo Pérez, una “demanda social de soluciones por parte de las instituciones. Y las soluciones que los poderes públicos proponen se concretan en propuestas de reformas que endurezcan la ley penal” (Pozuelo Pérez, 2013, pág. 86). Según esta autora se gesta y aplica en realidad una política criminal mediática que adopta el siguiente modelo de reproducción:

1. Los operadores políticos introducen en el discurso político la alerta de que existe un aumento preocupante de la delincuencia (sin adjuntar datos que necesariamente lo corroboren o, incluso si los aportan, sean éstos o no fiables).
2. Los medios de comunicación se hacen eco de ese aumento de la delincuencia, incrementando de forma relevante el número de noticias sobre el tema y presentándolas de forma destacada.
3. Los ciudadanos reciben ese mensaje y se aprecia un aumento en su preocupación y miedo hacia el delito; se sienten, asimismo, inseguros, pudiendo generarse también sentimientos de indignación.
4. Los operadores políticos, ante esa preocupación ciudadana, responden a través de reformas legales del Derecho penal de corte más represivo. (Pozuelo Pérez, 2013)

De esa manera se difunde e impone una práctica político penal oportunista de características esencialmente represivas y que lamentablemente se va extendiendo desmesuradamente, bajo el amparo demagógico de una elocuente y atenta, aunque siempre aparente y simbólica, reacción contra la victimización ciudadana. Se logra además internalizar entre la población la falsa imagen de un “diligente”



estilo de gobierno que, en realidad, solamente intenta encubrir otras contingencias propias de las desigualdades sociales y económicas de nuestro tiempo, como el paro globalizado o la protesta colectiva ante la supresión y reducción sistemática de los subsidios previsionales, así como la necesidad estatal de priorizar ajustes financieros. En definitiva, como lo denunció atinadamente Wacquant, concurrimos al desborde y prevalencia de “un innovador modelo neoliberal que busca mantener el empoderamiento del Estado, magnificando lo criminal y ensayando continuas reformas penales como dique de contención frente a las carencias y demandas sociales” (2012, pág. 11).

Es más, para el modelo descrito, el problema criminal y el control penal son reinterpretados como conflictos de gobernanza a los cuales el Estado debe de responder rápida y radicalmente para no ser desbordado o colapsar. En coherencia con ello la ideología que sustenta este tipo de enfoque destaca sin escrúpulos la necesidad estratégica de aplicar “violencia contra violencia”. Lo que justifica el empleo político de todos los medios que sean idóneos y eficaces para “neutralizar al enemigo, disidente o indignado”, alejándose expresamente de todo límite mínimo de racionalidad o proporcionalidad. Esta tendencia ideológica y práctica, según Van Swaaningen, se manifiesta de modo elocuente en el hecho de que

la mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que “el ciudadano siempre tiene la razón”, presupone que el público quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura. Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos” (2012, pág. 270).

Por tanto, se podría concluir sosteniendo que la política penal del tercer milenio se caracteriza por ser una política anti principios.

Ahora bien, en lo que concierne a la eficacia y consecuencias formales de los principios reguladores del control penal, la doctrina especializada los ha integrado en dos grupos y que operan en dos contextos políticos diferentes. Por un lado, están aquellos principios reguladores que inciden fundamentalmente en la toma de decisiones de criminalización primaria. Esto es, en el momento de la selección y priorización de las conductas sociales negativas que deben ser consideradas delictivas. En este bloque se integran los principios de legalidad, bien jurídico real y mínima intervención. Y, por otro lado, se ubican a los principios reguladores que están vinculados con las decisiones referentes a la regulación y aplicación de sanciones. Se trata de aquellos que deben producir impactos sobre el proceso de criminalización secundaria. A este grupo corresponden los principios de humanidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad.

Sobre la potencialidad funcional de todos estos principios, es importante recordar la advertencia pertinente que al respecto formuló Bustos Ramírez, destacando que constituyen siempre el marco axiológico de un *deber ser*. Es decir,

un programa de acción que requiere por ello de sustentación en una realidad concreta, la nuestra, latinoamericana, con el objeto de establecer, sino algo diferente del derecho penal, como dijera Radbruch, por lo menos un *derecho penal*

*más humano, de los hombres únicamente y para los hombres [énfasis agregado].* (Bustos, 1992, págs. 164 - 166)

Se trata, por tanto, sólo de exigencias mínimas que deben ser observadas y cumplidas por el Estado y sus diferentes agencias penales cada vez que adopten decisiones de criminalización primaria o secundaria. Su eficacia funcional directa es consecuentemente limitada, aunque ello no impide que también pueden operar políticamente como eficientes indicadores e instrumentos de fiscalización, denuncia y deslegitimación de todas aquellas decisiones arbitrarias que abusen del poder punitivo estatal. El activar esta capacidad contestaria constituye hoy en día un desafío principal y una tarea prioritaria frente al avasallador avance del modelo neoliberal de tolerancia cero y de seguridad ciudadana a cualquier costo. Lo cual ha merecido severos cuestionamientos de Zaffaroni, quien exige que los principios reguladores “sirvan para algo” más que llenar páginas entusiastas en los libros sobre un derecho penal que tiende a ser cada vez más inhumano:

El discurso jurídico-penal liberal y la misma ideología de los Derechos Humanos vienen albergando la contradicción de justificar un hecho de poder y pretender limitarlo desde su legitimación (racionalización legiferante) justificante. Por ello siempre han enunciado las *garantías penales* como *principios* [énfasis agregado] que supuestamente cumple el sistema penal como su operatividad (o que debe cumplir, con lo cual no se preocupan si las cumple o no), cuando la realidad operativa del mismo, en cualquier lugar del planeta, pero especialmente en nuestro margen, los viola a todos... Ha llegado el momento de depurar el discurso de esta contradicción que, al mismo tiempo que lo hace hipócrita - pese a la buena voluntad y a la buena fe de sus sostenedores - tiene por efecto más grave el de impedirle su dinamización y el cumplimiento de una función de tutela efectiva de la dignidad de la persona humana: el discurso jurídico-penal debe planificar las decisiones de las agencias judiciales en forma que éstas traten de extender esos principios hasta las máximas posibilidades de realización que el poder decisorio de esas agencias lo permita y los “standard” de realización así obtenidos y en permanente ampliación inacabada se conviertan en límites máximos a la irracionalidad tolerada (por falta de poder que pueda reducirla aún más) en el ejercicio del poder selectivo (criminalizante) y reactivo (deteriorante y condicionante) de los sistemas penales. (Zaffaroni, 1998, pág. 262)

Efectivamente, el problema y la disfunción política que actualmente experimentan los principios reguladores del control penal no radican en su reconocimiento o formulación normativa, sino, sobre todo, en el valor que a ellos les asigna realmente el Estado y sus agencias, especialmente la judicial. A este nivel, por ejemplo, una evaluación sobre los procesos de producción y aplicación de recientes decisiones de política penal en el Perú demostrarían, al igual que en otros países de la región, la trasgresión sistemática de tales principios (Prado Saldarriaga, 2018, págs. 39 - 51). La realidad impone, pues, la obligación de reconocer que el Sistema Penal y sus principales actores no alcanzan a sentirse controlados o regulados por ellos. Igualmente, que la judicatura suele ser desbordada por el

autoritarismo, la inestabilidad funcional y la dependencia económica, cuando no es neutralizada o distorsionada por la práctica de la corrupción y la infiltración del crimen organizado (Zaffaroni, 2020, págs. 17 - 20).

Así las cosas, surge de modo ineludible una pregunta esencial sobre la utilidad real y factible de los principios reguladores del control penal. La respuesta puede ser múltiple y dependerá del objetivo político, filosófico, jurídico, sociológico, económico o cultural que guíe el análisis y la argumentación sobre tan compleja situación problemática. En lo que a nosotros concierne y como lo habíamos anunciado, nos motiva un interés de política aplicada. Esto es, identificar el uso posible y positivo de tales principios en la decisión e implementación de acciones de gobierno (Franco Corzo, 2014). Lo cual implica interpretar la utilidad y rendimiento de aquellos principios en la construcción e implementación de políticas públicas sobre la criminalidad o en la definición de la agenda política de los gobiernos. Tratar de entenderlos como herramientas de eficacia práctica y dinámica, lo que exige ir más allá de esa comprensión estática e idealista que suele difundir la dogmática penal tradicional bajo la consigna recurrente de “barreras infranqueables”.

Ahora bien, no examinaremos todo el catálogo morfológico de los principios reguladores del control penal. Solo analizaremos aquellos que tienen una relación más directa con los procesos de toma de decisiones que ejercita el Estado y sus órganos competentes. Nos referimos a los Principios de Legalidad y de Mínima Intervención. Y para concretar mejor los alcances de nuestra exposición y evaluación partiremos del marco formal que aquellos tienen en el sistema legal peruano.

De inicio cabe señalar que la Constitución peruana de 1993 incorporó un nutrido bloque de principios reguladores del control penal en sus artículos 1º, 2º, y 139º. Desde este espacio normativo fundamental se marcaron importantes reglas sobre el modelo de producción y difusión social de las decisiones de naturaleza penal. Asimismo, se regularon un conjunto de garantías a favor del ciudadano que debía de enfrentar la aplicación concreta de procesos de criminalización secundaria. También se incluyeron algunos procedimientos y organismos públicos con importantes competencias funcionales para la fiscalización e interdicción de las decisiones penales que trasgredieran tales reglas o garantías. Adicionalmente, como refuerzo y complemento de este bloque de constitucionalidad penal, a través de su artículo 3º y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, la Ley Fundamental peruana declaró la eficacia interna de otros principios y reglas contenidos en instrumentos internacionales y regionales (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993 ). Por esa vía se asimilaron aquellos principios regulados por los artículos 6º, 7º, 9º, 10º, 14º y 15º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y los contenidos en los artículos 4º, 5º, 7º, 8º y 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los principios reguladores del control penal también fueron considerados en los títulos preliminares de los Códigos Penal (Decreto Legislativo 635) y de Ejecución Penal de 1991 (Decreto Legislativo 654). Posteriormente también fueron reproducidos en el Código Procesal Penal de 2004 (Decreto Legislativo 957) y en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes de 2017 (Decreto Legislativo

1348). Una característica común a todas estas disposiciones legales fue que ellas se elaboraron y aprobaron sin un debate parlamentario previo. En efecto, todos los textos normativos mencionados fueron redactados y aprobados por el Poder Ejecutivo mediante facultades delegadas por el Poder Legislativo. Su origen normativo fue una excepción a las reglas ordinarias sobre elaboración de leyes establecidas en los artículos 107 a 109 de la Constitución (1993).

## **2. Principio de Legalidad y la Producción de Leyes Penales**

Guardan relación con el principio de legalidad los literales a), b) y d) del inciso 24º del artículo 2º de la Constitución de 1993. Asimismo, el inciso 9º del artículo 139º y el párrafo segundo del artículo 103º (Constitución, 1993). En el Código Penal los artículos II, III y VI del Título Preliminar también se refieren a este principio y a sus efectos (Código Penal, 1991).

El enunciado formal e histórico del principio de legalidad destaca que la única metodología y herramienta que tiene el Estado para criminalizar conductas es la ley o aquellas normas excepcionalmente equivalentes como los decretos legislativos y los decretos de urgencia. De igual forma se declara que la publicidad de la ley constituye la única vía legítima de comunicación social de toda decisión criminalizadora.

Los penalistas tradicionalmente han definido y sintetizado la eficacia del principio de legalidad declarando que no hay delitos y no hay penas sin una ley previa que los identifique como tales. Por consiguiente, que él constituye un límite jurídico importante y una regla de validez para todo acto de poder estatal que tenga conexión con el ámbito de lo punitivo. Asimismo, que dicho principio es una garantía para la libertad personal y política de los ciudadanos, por lo que toda ley de naturaleza penal debe ser lo suficientemente clara y precisa al momento de identificar la conducta criminalizada y su correspondiente consecuencia punitiva. Que lograr esa certeza legal acerca de lo delictivo y punible impedirá toda arbitrariedad o abuso en el ejercicio estatal del control penal (Salazar, 2012, págs. 231 - 264).

Sin embargo, desde una óptica de política aplicada, el principio de legalidad adquiere una utilidad diferente que se relaciona con la modalidad y calidad del proceso legislativo a través del cual se formaliza y socializa una decisión criminalizadora. Sus efectos en este dominio son esencialmente dos. Primero, el radicar en el Poder Legislativo como representación de la voluntad popular la competencia de seleccionar y decidir sobre lo criminalizable. Segundo, asegurar que el procedimiento de elaboración de leyes penales sea técnicamente consistente, políticamente justificado y socialmente transparente. Por consiguiente, se trata de un principio regulador que debe interferir en todo el proceso de producción de leyes orientando su oportunidad, racionalidad y eficacia. De allí lo pertinente del interés actual por indagar y cuestionar todo lo concerniente a las características de las prácticas y modelos de producir leyes penales. Esto es, por poner en evidencia cómo surge la necesidad de criminalizar una conducta y por dar a conocer como se procesa políticamente esa necesidad. Asimismo, por examinar la consistencia

de los criterios técnicos y del análisis de costo beneficio que sustentan la decisión legislativa adoptada. Pero también por medir y evaluar la eficacia y eficiencia de la ley penal promulgada a través del monitoreo de sus impactos sociales.

En este dominio son un importante referente los aportes brindados por Díez Ripollés a través de sus estudios sobre “un modelo de legislación que, entendiendo a ésta como un proceso de decisión, la aproxime a la teoría de la decisión racional” (2013, pág. 194). Así como por Rodríguez Fernández, quien además denuncia que

En lo que se refiere al ámbito de las normas penales se puede hablar igualmente de una tradición legislativa alejada de la cultura evaluativa, pero también, más actualmente, de una escasa voluntad política de aplicar los incipientes instrumentos evaluativos con los que cuenta actualmente nuestro ordenamiento jurídico. (2016, pág. 139)

A ellos hay que agregar el enfoque económico de costo beneficio propuesto por Ortiz de Urbina, quien, por lo demás, esclarece con convicción que la aplicación de esta metodología,

No pretende sustituir o disminuir el papel de la axiología en el discurso político-criminal, sino mostrar las verdaderas consecuencias de la aprobación de normas y de su aplicación, así como las oportunidades perdidas por dejar de aprobar y aplicar otras alternativas. Una contribución secundaria en comparación con otro tipo de consideraciones y, sin embargo, imprescindible para conseguir una política criminal racional. (2016, pág. 105)

Cabe agregar también dentro de esta misma tendencia otros estudios pioneros, como aquellos que demostraron las disfunciones negativas de los frecuentes procesos de recepción acrítica y mecánica del derecho extranjero realizados por Hurtado Pozo. Este autor nacional criticó que el

no adaptar a nuestra realidad las disposiciones que recepciona el legislador establece un obstáculo insuperable para su asimilación. No basta un conocimiento cabal de los alcances y fines de la norma importada, ya que ella resulta inoperante en el medio en que se va a aplicar. Dicho conocimiento permitirá, en el mejor de los casos, tener conciencia de por qué no se puede aplicar. De esta manera, las disposiciones recepcionadas asumen el rol de discurso enmascarador de una realidad muchas veces de contradicción a la normativamente estatuida. (Hurtado Pozo, 1979, págs. 126 - 127)

En un contexto más general son también de considerar los trabajos desarrollados por Arias-Schreiber Barba, Peña Jumpa y Valdivieso Serrano sobre la utilidad de las técnicas de evaluación legislativa:

Para mejorar sistemáticamente la calidad de la legislación en el Perú no basta conocer y aplicar en forma institucionalizada los métodos de efectividad legal y en

particular de evaluación de impactos regulatorios internacionalmente en vigor. Sino emprender esfuerzos propios y sostenidos de investigación y desarrollo de sus instrumentos adecuándolos a la realidad de la cultura legal y del ciclo legislativo en nuestro país. (Arias-Schreiber, Valdivieso, & Peña, 2019, pág. 313)

En consecuencia, pues, como se había mencionado anteriormente, el espacio renovado de utilidad que actualmente ofrece el principio de legalidad para la construcción y consolidación de lo que con acierto se ha denominado una “nueva política criminal” o una “política criminal aplicada”, se relaciona, sobre todo, con la optimización técnica y con la supervisión democrática del ciclo de producción de leyes penales. Esto es, con la necesidad de repasar y evaluar la coherencia, consistencia o racionalidad del proceso político que conduce funcionalmente a la elaboración y aprobación de leyes penales, sea que estas últimas estén vinculadas con la creación de nuevos delitos o con reformas y modificaciones puntuales en las instituciones generales del Derecho Penal positivo.

### 3. Principio de Mínima Intervención y Estrategias de Autorregulación

Muy ligado al clásico principio de legalidad, la literatura especializada ha colocado siempre al *principio de mínima intervención*. El que también ha recibido otras denominaciones similares como las de *principio de subsidiaridad* o *principio de la última ratio*. Cabe precisar que este principio no cuenta con una regulación expresa en el Código Penal peruano de 1991. No obstante, este si fue incluido, conjuntamente con el principio de lesividad, en el artículo VII del Título Preliminar del Proyecto oficial de 2016, con la siguiente redacción:

La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por la ley. *La Ley penal sólo se aplica frente a conductas lesivas contra bienes jurídicos merecedores de protección penal y en defecto de otros medios de control extrapenales más idóneos y eficaces* [énfasis agregado]. (Código Penal, 1991)

En lo esencial, la dogmática penal tradicional ha precisado que el efecto fundamental de este principio está asociado a la obligación del Estado de relegar los procesos de criminalización, para, en cambio, privilegiar y priorizar el empleo de otros medios o medidas no penales en la protección de los bienes jurídicos. En ese sentido Roxin, por ejemplo, destacó que “el Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema” (1997, pág. 65). Sin embargo, en las dos últimas décadas se ha puesto de manifiesto una tendencia distinta que cuestiona la consistencia histórica de la formulación del principio de ultima ratio, pues, como advierte Schünemann “lo que sigue concretamente de esta, en apariencia convincente, fórmula apenas ha sido investigado hasta hoy en su mayor parte; y en la medida en que se han intentado derivar de aquélla consecuencias concretas, estas han sido sumamente controversiales” (2012, págs. 66 - 67). Este tipo de observaciones se han multiplicado en el presente precisando que el principio de mínima intervención o de última



ratio, estaría partiendo de la falsa premisa de que siempre el Derecho Penal es innecesario o que, por el contrario, sólo en ciertos supuestos es siempre necesario e infalible. Asimismo, se ha puesto en evidencia que la prevención y el control del mayor número de las conductas actualmente criminalizadas requieren ineludiblemente de un efecto psicosocial disuasivo que sólo posee el Derecho Penal. Por último, también se ha sostenido que los pretendidos medios alternativos o de *prima ratio* son mayormente ineficaces, sumamente costosos o generan diversos daños colaterales (medidas de autoprotección o de prevención técnica) (Woblers, 2012, págs. 109 - 112).

Todas estas revisiones del principio de mínima intervención han debilitado su utilidad político criminal o han validado indirectamente la necesidad de recurrir a los instrumentos punitivos. Es por ello que algunos autores como Díez Ripollés han sostenido que

El principio de mínima intervención *precisa de una renovación y profundización conceptuales* [énfasis agregado], en la medida en que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control" (2013, pág. 20)

Otros, en cambio, se han mostrado más pesimistas como Woblers, quien se pregunta si a fin de cuentas la subsidiaridad del Derecho Penal sólo es una ilusión o un principio rector fracasado, pues es esta

la impresión que se impone especialmente cuando se tiene presente que el mismo legislador parece contemplar al Derecho penal menos como *ultima ratio* que como una *prima ratio* mediante cuyo uso se han de dirigir los desarrollos sociales y corregir los desarrollos equivocados. (Woblers, 2012, págs. 112 - 113)

Pero al margen de los debates y dilemas actuales sobre la utilidad y trascendencia contemporánea del principio de mínima intervención, no cabe duda de que sus enunciados esenciales resultan desubicados y en muchos aspectos inviables para las características y modelos de control penal que predominan en el siglo XXI. Esto es, para un contexto político-criminal cargado de procesos continuos de criminalización, sobrecriminalización y neocriminalización. Los cuales, además, por sus notables capacidades comunicativas y expresivas se constituyen en "fortalezas" que posibilitan a los Estados "gobernar a través del delito" y consolidar con escasos contrapesos un "gobierno de la penalidad", según las atinadas tipologías aportadas por Simon (2011) y Brandariz (2014).

En efecto, frente al impacto psicosocial que producen manifestaciones delictivas que suscitan sensible conmoción social o victimización, como las vinculadas con la alta corrupción y la violencia de género, los discursos o la praxis de la



subsidiaridad penal son desplazados por abiertas actitudes vindicativas y retribucionistas. Como señala Prieto del Pino “cuanto mayor sea el daño social que irroge una conducta, mayores costes estará dispuesta a asumir la sociedad para combatirla” (2016, pág. 305). Lo cual favorece que el Estado decida dar prioridad a lo que Hörnle identifica como la “relevancia simbólica” de “una norma de prohibición penal” (2012, págs. 87 - 88).

En atención a lo antes expuesto, resulta evidente que el espacio operativo del principio de mínima intervención es en la actualidad muy reducido y residual. Tal vez su principal relevancia práctica se manifieste y conserve para aquellos casos donde el actor u operador del control penal debe de evaluar o decidir sobre el rendimiento potencial y el uso de nuevas estrategias e instrumentos de prevención delictiva, como, por ejemplo, aquellos que se diseñan a partir de experiencias o prácticas corporativas de autorregulación y gestión de riesgos. Efectivamente, esta utilidad renovada del principio de subsidiaridad o de ultima ratio es la que ha servido para dar prioridad a la incorporación e implementación de programas de cumplimiento (*Compliance*) o de Protocolos de integridad antisoborno como la primera línea de contención e interdicción de modalidades de criminalidad empresarial, organizada o de corrupción administrativa. Efectivamente, en los últimos diez años, este tipo de programas preventivos y de naturaleza extra penal o parapenal han demostrado poseer notable eficacia y eficiencia frente a la incurción de nuevos y sofisticados delitos como el lavado de activos, la financiación del terrorismo o el financiamiento prohibido de organizaciones políticas. Además, como destaca Sieber, ellos han sido fortalecidos con la imposición estatal y periódica de estándares de supervisión y acreditación que les han otorgado un status de mecanismos de “autorregulación regulada” mucho más confiables (2011, págs. 235 - 237).

#### 4. A Modo de Conclusión

Es indudable que el poder punitivo del Estado en la actualidad se caracteriza por promover el diseño y la implementación de abiertas políticas y prácticas de sensible rigorismo. En ese contexto, los procesos de criminalización y sobrecriminalización se hacen cada vez más frecuentes e intensos, relegando u obstruyendo cualquier cuota de clemencia para con los “otros” delincuentes. Como advierte Zaffaroni, en el presente concurrimos a un proceso más sofisticado y menos maquillado donde “el derecho penal inhumano opera mediante la constante fabricación de *otros enemigos*” (2017, pág. 93). Las otrora “barreras infranqueables” de los principios limitadores de *ius puniendi*, como el principio de legalidad o el principio de mínima intervención, tienden a debilitarse, perder credibilidad y soslayarse continuamente.

Lamentablemente, esa descontrolada actitud y predisposición represiva que exhibe el sistema penal de nuestro tiempo, también ha repercutido sobre las reformas ocurridas recientemente en el derecho positivo nacional. Efectivamente, se han sucedido continuas modificaciones dirigidas a la creación de nuevos delitos y a la agravación de las penas para muchos de los ya existentes. Paralelamente,

la utilización extensiva y desmedida de penas privativas de libertad de larga duración o de cadena perpetua sin posibilidades de excarcelación anticipada han potenciado las tradicionales cuotas de sobrepoblación y hacinamiento que caracterizan a los centros penitenciarios del país. Es más, en los última décadas se ha hecho evidente que el Estado peruano tiende a “gobernar a través del delito”, según el modelo explicado por Simon (2011).

Por consiguiente, pues, urge recuperar y renovar la utilidad de los principios reguladores del control penal, colocando sus premisas y enunciados como instrumentos activos de supervisión y validación no sólo de los resultados legislativos sino de los procesos mismos de producción legislativa. Esto es, que ellos acompañen y se entrecrucen por todos los espacios del proceso de la toma de decisiones de política penal. Sobre todo, que orienten y exijan que las mismas cuenten con argumentos racionales, a la vez que con un solvente respaldo empírico que justifiquen y transparenten su necesidad y utilidad. En definitiva, pues, hay que volver a releer o reescribir los contenidos de los principios de legalidad y mínima intervención, para rescatar de ellos lo que realmente pueden aportar para una nueva humanización del sistema penal. Algo que siempre promovió Felipe Villavicencio Terreros a través de su fecunda actividad académica y docente.

## REFERENCIAS

- Arias-Schreiber, F., Valdivieso, L., & Peña, A. (2019). *La evaluación de las leyes en el Perú. El análisis costo-beneficio en el Congreso de la república*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Brandariz, J. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson.
- Bustos, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Bustos, J. (1992). Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica. *Nuevo Foro Penal*(55).
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993 ). [Constitución]. (Perú).
- Delmas-Marty, M. (1990). A favor de unos principios orientadores de legislación penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*(3).
- Díez Ripollés, J. L. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 - 01. Obtenido de <https://goo.gl/T75Q9d>
- Díez Ripollés, J. L. (2013). La contextualización del bien jurídico. En *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2013). La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control. En *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2015). *Delitos y penas en España*. Madrid: Catarata.
- Ferrajoli, L. (1986). El derecho penal mínimo. *Poder y Control*(0).
- Franco Corzo, J. (22 de septiembre de 2014). *¿Qué son las políticas públicas?* Obtenido de IEXE. Escuela de Políticas Públicas: [http://www.iexe.edu.mx/iexe\\_login](http://www.iexe.edu.mx/iexe_login)
- García-Pablos, A. (2008). *Criminología*. Lima: Fondo Editorial del Instituto peruano de criminología y ciencias penales.
- Hörnle, T. (2012). Subsidiaridad como principio limitador. Autoprotección. En R. Robles, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Hurtado Pozo, J. (1979). *Hurtado Pozo, J, La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: Centro de estudios Derecho y Sociedad.
- Mañalich, J. P. (2018). El principialismo político-criminal como fetiche. *Revista de Estudios de la Justicia*(29). Obtenido de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/52223>
- Ortiz de Urbina, G. (2016). La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio. En M. Adán, M. Muñoz, & J. Becerra, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Pozuelo Pérez, L. (2013). *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costos*. Madrid: Marcial Pons.

- Prado Saldarriaga, V. R. (1991). Constitución, Derecho y principios penales. *Derecho PUCP* (43-44), 265-281.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2018). *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Prieto del Pino, A. (2016). Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. En M. Adán, M. Muñoz, & J. Becerra, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Fernández, S. (2016). Evaluación legislativa en España: Su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reformas penales. En M. Adán, M. Muñoz, & J. Becerra, *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- Salazar, N. (2012). Bases constitucionales del principio de legalidad penal. En J. Urquino, & N. Salazar, *Derecho constitucional penal*. Lima: Idemsa.
- Sánchez Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2012). Protección de bienes jurídicos, última ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho. En R. Robles, *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Sieber, U. (2011). Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. En M. Abanto, N. Salazar, & J. Urquiza, *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal del Derecho penal económico y política criminal* (Vol. I). Lima: Fondo editorial de la Universidad San Martín de Porres.
- Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.
- Terradillos Basoco, J. (2012). Garantías Penales. Algunas observaciones desde el modelo español. En J. Urquiza, & N. Salazar, *Derecho constitucional penal* (págs. 273 - 289). Lima: Idemsa.
- Urquiza, J. (2012). Estado constitucional de derecho y derecho penal. En J. Urquiza, & N. Salazar, *Derecho constitucional penal* (págs. 291 - 313). Lima: Idemsa.
- Van Swaaningen, R. (2012). Revirtiendo el giro punitivo. *Revista Derecho Penal*, 1(1).
- Velásquez Velásquez, F. (1988). Normas rectoras del proyecto de código penal peruano de 1986. *Anuario de Derecho Penal*.
- Von Hirsh, A. (2012). Introducción ¿Qué son los mediating principles? En R. Robles, *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (págs. 55 - 61). Barcelona: Atelier.
- Wacquant, L. (2012). Forjando o Estado neoliberal: Trabalho social, regime prisional y insegurança social. En L. Wacquant, *E a questao penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Editora Revan.
- Woblers, W. (2012). Derecho penal como ultima ratio. Principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido

- expresivo propio. En R. Robles, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática Jurídico-Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2017). *Derecho, derecho penal humano y poder financiero. Conferencias de Guatemala*. Rosario-Santa Fe: Remanso Editor.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Penas ilícitas: Undesafío a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2001). *Política criminal*. Madrid: Cóllex.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2019). Dogmática funcionalista y política criminal: Una propuesta fundada en los derechos humanos. *Revista Penal*.



# EL DEBER DE CONTROL EN LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO ESTRATEGIA POLÍTICO CRIMINAL CONTRA LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

Carolina Rodríguez Castro<sup>1</sup>

## Introducción

Desde el inicio de su producción académica, el profesor Villavicencio exploró el estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal. En las primeras ediciones de su libro de Derecho Penal Parte General se incluía esta problemática de forma un tanto tímida y referencial, anotada como una problemática lejana a la realidad peruana y propia de contextos extranjeros. Esta situación cambió con el paso de los años, tal es así que en su última versión de este texto básico de la literatura jurídica peruana publicado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el profesor Villavicencio sostuvo que a pesar de la denominación “administrativa” que expresamente la ley 30424 le otorga a la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de un delito, él considera que, en realidad, se trata de una responsabilidad penal. Justifica esta postura en el hecho que esta responsabilidad y las sanciones que resultan de la misma son impuestas por un juez penal, como consecuencia de un proceso penal y en atención a las garantías que se siguen en este ámbito. De esta forma, concluye el profesor Villavicencio, se verifica el avance del principio *societas delinquere potest* en la legislación penal peruana (Villavicencio, 2017, pág. 62).

Personalmente, la conclusión a la que llega el profesor Villavicencio me hace regresar en el tiempo a dos momentos importantes de mi vida profesional, pues tuve la suerte de tenerlo como presidente del jurado de mis tesis de pregrado y maestría en la PUCP. Ambas tesis analizaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú, la primera a efectos de sustentar el esbozo de un sistema de imputación y la segunda dirigida a analizar los retos prácticos de su aplicación en el delito de informalidad financiera. En estas dos oportunidades, el profesor Villavicencio dio muestra de su capacidad para realizar profundas reflexiones y cuestionamientos a los planteamientos expuestos por mí en esta materia, poniéndome en más de un aprieto con las preguntas formuladas. No obstante, lo que más recuerdo de ambos momentos fue haber tenido delante de mí a un profesor que en todo momento se mostró humilde y cordial a lo planteado en mis investigaciones, siendo esta la primera vez que comprendí que solo una persona que ha llegado a un nivel tan alto de reflexión académica es capaz de desarrollar dichas cualidades personales.

---

1 Profesora de derecho penal en la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal y Criminología (GRIPEC) de la misma Casa de Estudios.



El presente artículo busca honrar la memoria del profesor Villavicencio, regresando al momento de mis sustentaciones y dando respuesta a algunas de las interrogantes por él planteadas con la postulación de un deber asentado en el análisis sistemático de las tres ciencias penales: dogmática, criminología y política criminal. Para ello, el trabajo se divide en cuatro apartados: i) La necesidad de aplicar una visión sistémica en el análisis y la formulación normativa de aproximaciones a la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal; ii) Los cambios sufridos por un discurso dogmático asentado inicialmente en la dogmática penal y que posteriormente incluyó contenidos político criminales; iii) Los aportes de la criminología en la formulación de un deber para las personas jurídicas; y, iv) La postulación de un deber de control para la normativa peruana sobre la base de los últimos desarrollos criminológicos y revisión a las estrategias normativas pensadas para combatir la criminalidad empresarial. En el apartado de las conclusiones señalo a la vez algunos retos particulares que trae consigo la aplicación de estas estrategias en el contexto peruano. A lo largo del trabajo se destacan referencias a normativas peruana, española y chilena.

### **1. La Importancia del Enfoque Sistémico en el Análisis y la Formulación Normativa de la Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Ámbito Penal**

En los últimos años se han incrementado las posturas que abogan por un necesario estudio y postulación del derecho penal continental desde una perspectiva sistémica, esto es, a través de la confluencia de las tres ciencias penales: la dogmática, la criminología y la política criminal. Ello debido a que solo esta visión interdisciplinaria permite la comprensión eficiente del fenómeno criminal y sustenta la necesaria intervención de la reacción penal a ámbitos estrictamente necesarios. Sin embargo, este planteamiento no ha estado exento de críticas que abogan por la necesidad de contar con un método científico, destinado a establecer un orden y límites a la interacción de estas tres disciplinas. Ello se evidencia con mayor incidencia en ámbitos de reciente atención para el legislador como es la criminalidad empresarial, donde las categorías dogmáticas tradicionales impiden legitimar una responsabilidad penal directa sobre las personas jurídicas y denominar “penas” a las consecuencias jurídicas impuestas por el ilícito cometido. En su lugar, se brindan justificaciones criminológicas y político-criminales para atender a su regulación penal. La primera, al comprender a las entidades como un contexto favorable para la comisión de delitos por parte de los individuos que las conforman (Tiedemann, 2000, pág. 15); y, la segunda, por comprender al Derecho penal como la mejor herramienta disuasiva de la comisión de delitos y siempre bajo una lógica de reforzamiento de otros ámbitos normativos sancionadores (administrativo y disciplinario) (Shover & Scroggins, *Organizational crime*, 2009, págs. 287 - 295; Terradillos Basoco, 1995, pág. 26).

Esta constatación obliga a contar con parámetros destinados a ordenar y limitar la interrelación de las tres disciplinas. Pues, a pesar de que cada una de ellas tiene una fundamentación distinta, la decisión de regular o aplicar al menos un extremo de su contenido bajo el amparo del sistema penal, requiere del respeto

de determinadas garantías y principios intrínsecos a la imposición de un castigo, como son la verificación de proporcionalidad, culpabilidad y lesividad. Es así como, a pesar de existir una regulación que ampare la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal y que tenga como base de su fundamentación a la criminología y la política criminal, esta requiere de un necesario retorno a la dogmática a efectos de desplegar sus efectos de conformidad con los principios que la informan.

En los últimos años, los discursos elaborados desde la dogmática penal han seguido este camino de retorno al otorgar diferente preponderancia a una disciplina respecto de las otras dos. Así, por ejemplo, si se coloca como disciplina prevalente a la dogmática decae toda posibilidad de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues contradice el principio de culpabilidad. En su lugar, a efectos de cubrir las exigencias políticas de reprimir y prevenir la criminalidad empresarial, se opta por reforzar los mecanismos de responsabilidad penal individual a través del incremento de deberes de garante de los directivos y personal de cumplimiento, encontrando especialización en la técnica de delegación. En contraposición, si se utiliza como punto de partida a la política criminal, los denominados principios tradicionales del Derecho penal se flexibilizan con el propósito de incrementar la eficacia del Derecho penal para contrarrestar la peligrosidad objetiva del ente colectivo (Abanto Vásquez, 2011b, págs. 34 - 40). Es así que se gestan discursos dirigidos a dotar de nuevo contenido a las categorías tradicionales del delito o, en su defecto, a construir una nueva teoría del delito para las personas jurídicas, ambos postulados con la finalidad de atribuir responsabilidad penal directa a las entidades por la comisión de un delito (Feijoo, 2014, pág. 69). Finalmente, si se toma a la criminología como la disciplina prevalente, resulta necesario emprender la tarea de recolección de datos empíricos y, tras los resultados obtenidos, formular la necesidad y extensión de la regulación penal en el sentido de los deberes y sanciones proyectados para este ámbito (Tamarit Sumalla, 2007).

En esta línea, la falta de estudios empíricos de una realidad donde se haya postulado la sanción de las personas jurídicas desde el ámbito penal debería impedir su regulación o derogar la normativa vigente, conforme corresponda, pues no habría un respaldo que legitime esta práctica. No obstante, resulta oportuno indicar que este último discurso no goza de especial atracción para la dogmática penal ni la política criminal, pues la necesidad de contar con data científica contrastable ha quedado superada con la presentación de estadísticas ajenas a las realidades donde se optó por su regulación. Así, por ejemplo, muchas veces se utilizan estudios de distintas realidades para asumir sin más la necesidad de represión de la criminalidad empresarial desde el Derecho penal, lo cual no termina de calzar en un país como el nuestro, dónde la informalidad es en sí misma un problema que requiere atención a efectos de decidir el alcance de la intervención sancionadora.

Como se puede apreciar, el decantarse por una u otra disciplina como factor prevalente para la formulación de posturas que permitan sustentar la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal, lleva a resultados aparen-

temente contradictorios. Este problema se acrecienta aún más si es trasladado a la práctica jurisprudencial, pues la diversidad doctrinaria se refleja a su vez en el contenido de las distintas decisiones judiciales. Aunado a ello, resulta imposible desconocer la proliferación de publicaciones que en los últimos diez años se han formulado sobre esta materia, lo cual dificulta decantarse por una sola teoría y, consecuentemente, analizar la idoneidad de uno u otro discurso.

Ante las diversas formas en que puede producirse la interrelación entre estas tres ciencias penales, debemos detenernos a analizar la importancia y el aporte que trae un enfoque sistémico en la comprensión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal. Así, a manera de ejemplo, en la doctrina se han formulado dos discursos que postulan la interacción entre la dogmática y la política criminal. Por un lado, se encuentran las posturas que tienen como punto de partida a la dogmática penal, la cual actuará racionalizando el discurso político que da origen a las normas (Robles Planas, 2012, págs. 28 - 29; Silva Sánchez, 2018b, págs. 57 - 61). Por otro lado, aquellas posturas que tienen como punto de partida a la política criminal, cuyo límite de creación normativa se encuentran en el texto constitucional y los derechos humanos (Berdugo Gómez de la Torre, 2012, págs. 103 - 115; Terradillos Basoco, 1995; Zuñiga Rodriguez, 2018b, págs. 57 - 77).

En el campo de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal, la primera postura se traduce como la posibilidad de ampliar los horizontes de imputación a la cadena de autores a cargo de realizar alguno de los deberes ensayados por la legislación penal y que resulten (dependiendo de la elección del legislador) en la verificación de deberes de cuidado específicos (prevención, supervisión, control, vigilancia). La segunda postura afirma una flexibilización en la interpretación de los principios que informan a la dogmática penal, al punto de permitir la regulación de la denominada responsabilidad penal directa o propia de la persona jurídica y, en algunos casos, construir una teoría del delito únicamente aplicable a este nuevo sujeto delictivo. Sin embargo, en ambos casos causa extrañeza la falta de necesidad de contar con un respaldo científico que avale cualquiera de las propuestas así diseñadas y con ello la legitimidad de las soluciones normativas hasta ahora ensayadas. Pues, desde el solo estudio de ambas disciplinas no se termina de explicar coherentemente por qué una persona jurídica debería responder penalmente por la comisión de un delito, de forma distinta a una razón que involucre aspectos problemáticos en la persecución penal de las personas físicas pertenecientes al colectivo (Díez Ripollés, 2020, págs. 727 - 730).

En efecto, el optar por una u otra regulación y los alcances por ella propuestos pueden adquirir un sentido diferente si se incluye, además, dentro de este análisis, los aportes de la criminología y los resultados conseguidos a nivel organizacional. El presente trabajo busca postular algunas reformulaciones de contenido a estos deberes de cuidado diseñados desde la legislación penal para ser aplicados y verificados en las personas jurídicas como parte de la estrategia para eliminar la criminalidad empresarial. Para ello, antes de detenernos sobre este punto, se hará un breve recuento de los errores de contenido que necesariamente presentan las propuestas que no incorporan esta perspectiva sistémica a sus formulaciones

y permanecen aún en el campo de lo deseable a nivel social y lo posible desde el uso del Derecho penal como única herramienta de intervención.

## **2. Los Discursos de la Dogmática Penal y su Utilidad en la Estrategia de Persecución y Represión Penal de la Criminalidad Empresarial**

En este apartado realizamos un recuento de los discursos más representativos que se han formulado en la dogmática penal iberoamericana para legitimar la intervención penal sobre los entes colectivos. Para esta tarea tomamos como referencia principal a las normativas peruana y española. Ello, con la finalidad de analizar pragmáticamente la primera y de verificar su idoneidad respecto a los alcances de la segunda. Al respecto, resulta oportuno indicar que la normativa española ha sido considerada como pionera en el tratamiento penal de la responsabilidad de las personas jurídicas y que, si bien los contextos en los que surgen ambas normativas son manifiestamente diferentes, sus aproximaciones han seguido un curso similar en el tiempo. En efecto, en esta materia es posible trazar tres fases comparativas entre los textos penales peruano y español, las cuales comparten una progresión normativa que es posible trazar desde el siglo XIX a la fecha. Ello inició con el paso de una regulación dispersa a lo largo del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, continuó hacia un sistema generalizado de consecuencias accesorias y, finalmente, culminó con la redacción de una responsabilidad autónoma para las personas jurídicas. En España esta responsabilidad ha sido denominada penal y en Perú, administrativa. Aunado a la similitud del cambio normativo también resulta importante destacar la coincidencia histórica que mantienen ambas legislaciones en lo concerniente a la regulación de las consecuencias accesorias, cuya regulación inicial en el artículo 105 del Código penal peruano tuvo como inspiración al proyecto de modificación del Código penal español de 1944 (Abanto Vásquez, 2011b, pág. 34; Hurtado Pozo, 2015, pág. 180; Prado Saldarriaga, 2009, pág. 87; Silva Sánchez, 1995, pág. 361; Zúñiga Rodríguez, 2003, pág. 484; Zúñiga Rodríguez, 2009, pág. 474). Resulta importante revisar brevemente las tres fases antes comentadas, para conocer mejor los cambios normativos que han traído consigo sus modificaciones en el transcurso de los años.

Previamente a la promulgación del Código penal de 1995, en España existieron nueve Cuerpos de Leyes con medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas. El distinto alcance de estas medidas dependió de la existencia o no de una definición de delito para la regulación española. Así, por ejemplo, debido a que en el Código penal español de 1822 se previó una definición de delito en el sentido que: “[c]omete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace ú omite lo que ley prohíbe ó manda bajo alguna pena.” (1822), la medida de disolución pasible de imponerse a las personas jurídicas involucradas en la comisión de un delito contra la seguridad exterior únicamente requería verificar la actuación ilícita de sus integrantes, conforme al siguiente tenor: “los individuos que sin licencia del Gobierno formaren alguna junta ó sociedad en clase de corporacion... serán también obligados á disolverlas inmediatamente.” (1822). Una vez eliminada esta definición, se promulgaron disposiciones que incidieron en

una represión diferenciada para las personas jurídicas de aquella establecida para sus integrantes, siempre que además se haya verificado alguno de los siguientes tres elementos: medios otorgados o facilitados por la persona jurídica, actuación en nombre y bajo el amparo de la entidad, y un beneficio alcanzado por esta que resulte diferente al de sus integrantes.

Al respecto, el artículo 44 del Código penal de 1928 estableció la posibilidad de decretar la suspensión, disolución o supresión de la persona jurídica, cuando se verifique que los individuos que conforman la entidad “cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma entidad” (1928). Esta técnica legislativa cambió en años posteriores, con la incorporación en la Parte General del Código penal español de un catálogo de medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas por la comisión de un delito. Este catálogo de medidas se denominó: “consecuencias accesorias”. En razón a la intensidad de la restricción de derechos que importaba la imposición de dichas medidas para las entidades, Silva Sánchez calificó a su símil contenido en el Código penal de 1963 como “consecuencias jurídicas aflictivas” (2006, pág. 3). No obstante, a pesar de la carga “aflictiva” de estas medidas, Mir Puig afirma que antes de la promulgación del Código penal de 1995 y, con ello, de la introducción de las consecuencias accesorias en la normativa española, en este período era pacífica la postura respecto a que “sólo las personas físicas podían delinquir y sólo ellas podían ser castigadas con penas criminales” (2004, pág. 1).

El cambio normativo experimentado por la legislación española se repitió en Perú. En efecto, la primera regulación que hizo referencia a las medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas por la comisión de un ilícito penal se encontró en el Código penal de Santa Cruz de 1836. Tal como ocurrió en la normativa española de 1822, el texto peruano también incluyó una definición de delito con los términos “libertad” y “malicia” (artículos 1 y 2); sin embargo, el delito de quiebra previsto en los artículos 631, 632 y 633 de la referida norma tiene un contenido que lleva a la confusión, pues si bien concentra la mayor parte del texto en el individuo como único sujeto susceptible de imputación, un pequeño extremo parece estar dirigido directamente contra las empresas: “Las empresas arriesgadas, no siendo temerarias, no deben reputarse culpables” (Código penal de Santa Cruz, 1836). Tras la pronta derogación del Código penal de Santa Cruz, se promulgó la Ley de Represión del Contrabando (Ley 16185, 1966). A diferencia de la normativa de 1836, el artículo 9 de esta segunda ley estableció que las personas jurídicas podían cometer delitos de contrabando de mercancías y defraudación de rentas de aduanas con ocasión del ejercicio de sus actividades, y ser sancionadas con la cancelación del registro público de la personería jurídica y de las licencias administrativas que esta poseyera. Al respecto, coincidimos con Hurtado Pozo y Meini Méndez cuando sostienen que la acotada disposición desafió el paradigma instaurado por los Códigos penales de 1863 y 1924, donde el individuo era el sujeto central de la reacción penal (Hurtado Pozo, 2005, págs. 690 - 691; Hurtado Pozo & Meini Méndez, 2001, pág. 82). De forma similar, aunque denominando

expresamente “administrativas” a las medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas por los delitos de adulteración, acaparamiento y especulación de artículos alimenticios encontramos lo señalado por la ley “Sancionarán violación de normas para comercializar artículos alimenticios” (Ley 17681, 1969). Esta normativa resulta interesante de destacar pues inicialmente preveía sanciones administrativas por la comisión de los ilícitos señalados, pero estas pasaban a configurar un delito como consecuencia de su reiteración y, por ende, a ser impuestas por el juez penal. Entre las sanciones administrativas reguladas para estos ilícitos, se tienen a la multa y la clausura del establecimiento o negocio.

Posteriormente se promulgó el Código penal peruano en 1991, el cual siguió la estructura advertida por los proyectos de modificación al Código penal español de 1944 e introdujo en su artículo 105 a un catálogo de medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas bajo la denominación de “consecuencias accesorias”. Entre ellas se mantuvo la disolución y clausura de las personas jurídicas, y se añadieron medidas como la intervención y la suspensión de actividades de la entidad.

Entrado el siglo XXI, las legislaciones peruana y española volvieron a sufrir un cambio normativo relevante en esta materia, introduciendo una responsabilidad autónoma para las personas jurídicas por la comisión de un delito. En lo concerniente al plano formal se puede afirmar que ambas normativas siguieron caminos distintos, pues la legislación española reguló expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la peruana, una de tipo administrativo. En efecto, en el año 2010 se introdujo expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31bis del Código penal español (Ley Orgánica 5/2010, 22 de junio 2010) para un grupo específico de delitos, quedando vigente el artículo 129 por el cual se prevenían consecuencias accesorias para los entes colectivos carentes de personalidad jurídica. Las posteriores modificaciones producidas en los años 2012 (Ley Orgánica 7/2012) y 2015 (Ley Orgánica 1/2015), siguen el mismo sistema de *numerus clausus*. En el caso peruano, este esquema se inició con la promulgación de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional en el año 2016 (Ley 30424), sin que ello haya llevado a una modificación del artículo 105 del Código penal peruano referido a las consecuencias accesorias. Tal como ocurre con la legislación española, la acotada ley peruana solo puede ser aplicada para determinados delitos, los mismos que se han ido ampliando en las modificaciones normativas de los años 2017 (DL. 1352) y 2018 (Ley 30835). Ambas normativas son formalmente similares, pero cuando se hace una revisión de los deberes materiales de prevención y control adjudicados a la persona jurídica en la legislación peruana, estos quedan como instrumentos lejanos a la responsabilidad penal establecida en la norma española (Feijoo, 2019).

En atención al breve recuento normativo, el presente apartado se divide en dos subcapítulos. En el primero describimos aquellas posturas que siguen un enfoque parcial del sistema de atribución de responsabilidad a los entes colectivos por la comisión de un delito. Mientras que, en el segundo subcapítulo, hacemos



un recuento de los postulados que buscan responder a un enfoque sistémico de la ciencia penal para la concepción de esta responsabilidad.

## **2.1. Primer Discurso Dogmático-normativo: El Carácter Selectivo del Análisis al Sistema de Responsabilidad de la Persona Jurídica en el Ámbito Penal**

Los primeros discursos dogmático-normativos se caracterizaron por analizar aspectos específicos de las consecuencias accesorias y de los primeros intentos de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas. En el primer caso, la doctrina se cuestionó la naturaleza jurídica de estas medidas, preguntándose si se trataban de medidas preventivas o sanciones administrativas o penales. En el segundo caso, la doctrina se centró en encontrar criterios de conexión que permitiesen conectar la ilicitud de la persona natural integrante de la organización con la atribuida a las personas jurídicas, a estos criterios se les denominó sistemas o modelos de imputación. En las siguientes líneas hago referencia brevemente a ambos extremos.

### *2.1.1 La Naturaleza Jurídica de las Medidas Susceptibles de Imponerse a las Personas Jurídicas por la Comisión de un Delito*

El título de este subcapítulo evidencia lo que probablemente es la discusión más antigua en esta materia: la naturaleza jurídica de las medidas susceptibles de imponerse a una persona jurídica por la comisión de un delito. Es así que, con la regulación de las consecuencias jurídicas en el Código Penal peruano de 1991, esta fue la primera interrogante que saltó a la luz y que buscaba responder, en realidad, a dos preguntas consecutivas: ¿son penas? y si la respuesta es afirmativa: ¿pueden ser penalmente responsables estos entes colectivos por la comisión de un delito? La doctrina nacional e internacional ha seguido este orden de cuestionamientos, cuando en realidad lo ideal hubiese sido dar una respuesta concisa a la segunda pregunta identificada. No obstante, resulta importante destacar que esta interrogante sigue teniendo plena vigencia en la actual regulación peruana, lo cual evidencia que las recientes modificaciones normativas no han clarificado en nada el sentido de la acotada intervención penal.

Se entiende por consecuencias accesorias al catálogo de medidas restrictivas de los derechos de quienes conforman u operan a través de una persona jurídica. Principalmente, se trataría de una afectación al derecho de los individuos de continuar desplegando plenamente y sin reparos cualquier actividad lícita bajo el esquema de una organización o agrupación de personas, esto es, del derecho de asociación previsto en el numeral 13 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (1993) y el artículo 22 de la Constitución Española (1978). Para su imposición se requiere de la comisión de un hecho ilícito por parte de una persona natural que integre la persona jurídica, que aquel se haya producido en el ejercicio de la actividad o utilizando la estructura organizacional de la entidad y que la entidad haya resultado beneficiada como consecuencia de esta actuación. En Perú, este conjunto de medidas fue introducido en la Parte General del entonces recientemente promulgado Código Penal peruano de 1991, concretamente, en el artículo



105 del texto normativo. Salvo una modificación no sustancial del año 2007 (DL. 982), la regulación se mantiene vigente hasta la actualidad. Entre las medidas pasibles de imponerse contra las entidades se tienen: la clausura de locales; la disolución y liquidación; la suspensión de actividades; la prohibición de realizar actividades futuras similares a aquellas en las que se cometió, favoreció o encubrió el delito; y, la multa (DL. 1351, 2017). Al estar regulado en la Parte General del Código penal, es posible extender su aplicación a todas las disposiciones de la referida normativa y a las leyes penales especiales. En cuanto a este extremo, se pueden encontrar regulaciones particulares de las consecuencias accesorias en la siguiente normativa penal especial: Ley Penal Tributaria (artículo 17) (DL. 813, 1996), Ley de los Delitos Aduaneros (artículo 11) (Ley 28008, 2003) y Ley contra el crimen organizado (artículo 23) (Ley 30077, 2013).

En España, el texto original de las consecuencias accesorias se promulgó con ocasión del Código Penal de 1995. A diferencia de la normativa peruana, el artículo 129 del Código penal español presentó desde su redacción original algunas restricciones en su aplicación y únicamente puede verificarse en determinados delitos. Otra diferencia entre ambas legislaciones se encuentra en el hecho de que la normativa española no contempla elementos de conexión entre el supuesto que permite la sanción de la persona jurídica y el comportamiento individual, tales como: ejercicio y favorecimiento o encubrimiento del delito, elementos que sí existen en el texto peruano. Asimismo, a diferencia de la legislación peruana, la redacción española sí señala expresamente que las consecuencias accesorias están orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma. Aunado a lo anteriormente acotado, una tercera diferencia normativa la podemos encontrar es el hecho de que la redacción inicial del artículo 129 del Código Penal español sí contempló a la intervención de la empresa como una consecuencia accesoria (Código Penal Español [CPE], 1995); en cambio, el artículo 105 del Código Penal peruano la sigue concibiendo como una medida complementaria a las otras ya enunciadas (Código Penal [CP], 1991).

En el 2010, con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31bis del Código Penal español, el referido artículo 129 cambió de sentido y quedó destinado para los supuestos en los que la entidad carece de personalidad jurídica, debiendo aplicarse aquella disposición a las entidades que sí cuentan con dicha personalidad. Resulta curioso señalar en este extremo que, el catálogo de medidas susceptible de imponerse a las personas jurídicas pasó a estar regulado en el artículo 33.7 del Código Penal español bajo la denominación de “penas”. En la actualidad, estas medidas se utilizan para imponer consecuencias accesorias y penas a las entidades, dependiendo si el supuesto verificado corresponde al artículo 129 o al 31bis, respectivamente. Este cambio de sentido no se siguió en Perú, donde la promulgación de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas trae consigo su propio catálogo de “medidas administrativas” que, en definitiva, resulta ser materialmente idéntico a las medidas previstas como consecuencias accesorias en el artículo 105 del Código penal. A pesar de las diferencias, el contenido de las medidas dispuestas para

las entidades por las legislaciones peruana y española resultan semejantes en lo concerniente a su tipología.

La introducción de las consecuencias accesorias en las legislaciones penal peruana y española ocasionó la siguiente interrogante en la doctrina: cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. Para contestar a esta pregunta se ensayaron tres alternativas, estaríamos ante medidas preventivas con fines asegurativos similares a las medidas de seguridad, medidas sancionadoras con contenido punitivo pero distintas a las penas, o ante medidas sancionadoras con contenido idéntico al de las penas. Puede pensarse que volver sobre esta discusión carece de sentido, toda vez que en ambos sistemas normativos actualmente se prevén medidas más específicas: penas en España y medidas administrativas en Perú. Sin embargo, la aún vigente regulación de consecuencias accesorias en la legislación peruana permite cuestionar la necesidad de mantener un doble sistema de medidas aplicables a las personas jurídicas por la comisión de un delito: consecuencias accesorias (artículo 105 del Código penal, 1991) y medidas administrativas (artículo 5 de la Ley 30424, 2016), máxime si este se distancia de la diferenciación establecida por la normativa española respecto a la existencia/inexistencia de personalidad jurídica. En efecto, la falta de delimitación de ambas medidas en la legislación peruana podría conducir al extremo de su imposición conjunta por la comisión de un único delito, lo cual carecería de sentido y podría incluso llevar a cuestionarnos un exceso de sanción por la atribución de un mismo supuesto. En el caso de España, esta discusión podría incluso tomar otro sentido si es que se toma en consideración la actual regulación, pues se podría hacer el símil con las medidas de seguridad al señalar que las consecuencias accesorias son medidas para personas jurídicas “inimputables”, asimilando su falta de personalidad jurídica a la falta de capacidad jurídica. No obstante, esta propuesta definitivamente requiere mayor profundización, lo cual se aleja del propósito de este trabajo.

La primera postura destinada a estudiar la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias niega todo contenido sancionador y afirma que estas solo tienen una finalidad asegurativa, similar a la de las medidas de seguridad previstas para los individuos. Los autores de esta postura conciben la idea de pena desde una aproximación absolutista (Silva Sánchez, 1995, pág. 359; Zugaldía Espinar, 1980, págs. 79 - 86) y antropocéntrica (Bacigalupo, 2012, pág. 103), la cual presupone las capacidades de culpabilidad y reproche del destinatario de la amenaza penal. En esta línea, al ser la persona jurídica una entidad ficticia, cualquier consecuencia jurídica susceptible de imponérsele por la comisión de un delito no puede tener finalidad sancionadora sino preventiva, en razón a la peligrosidad objetiva que reporta para la comisión o reiteración de delitos (Bramont-Arias Torres, 2001, pág. 319; García Caverro, 2008, págs. 82 - 83; García Caverro, 2012, págs. 931 - 932; García Caverro, 2018, pág. 175; Gracia Martín, 2016, págs. 7 - 8; Gracia Martín, 2017; Gracia Martín, 2018; Gracia Martín et al., 2016, págs. 208 - 213; Meini Méndez, 1999, págs. 194 - 195; Molina Fernández, 2016, págs. 404 - 413). Partiendo de esta fundamentación es posible apreciar algunas divergencias en la valoración de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica. Para Gracia Martín, la peligrosidad

objetiva de la persona jurídica radica en su potencialidad para poner en peligro o lesionar bienes jurídicos de la comunidad (Boldova Pasamar, Gracia Martín, & Alastuey Dobón, 2004, págs. 489 - 490). Mientras que, Echarri Casi la entiende como el escenario que permite la continuidad delictiva de los directivos y/o empleados de la entidad (2003, págs. 113 - 114). De forma específica, Mir Puig se centra en la peligrosidad de su estructura organizativa (2004, págs. 13 - 14).

A diferencia de la primera postura, la segunda no tiene como punto de partida al presupuesto ético de la norma penal sino a las repercusiones pragmáticas de su eventual imposición, esto es, las consecuencias negativas que reporta la imposición de medidas en las personas jurídicas (Tiedemann, 1987, pág. 154). Piénsese, por ejemplo, en las pérdidas económicas que sufriría una empresa ante la clausura de sus locales por el lapso de una semana o, peor aún, por el periodo máximo de duración que estipulan las normativas peruana y española vigentes: 05 años. En razón al carácter manifiestamente lesivo de los efectos que irrogarían estas medidas al momento de su imposición, esta segunda postura considera que las consecuencias accesorias son auténticas sanciones para las personas jurídicas. Sin embargo, dicha calificación no conllevó necesariamente a que los autores adscritos a esta corriente identifiquen a las referidas medidas como penas, ni que reconozcan que con su regulación se había reconocido (automáticamente) la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, dentro de esta postura es posible identificar tres aproximaciones para el contenido sancionador de estas medidas: sanciones administrativas, “cuasi-penas” y “sanciones materialmente penales”. La primera opción equipara la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias con la entidad punitiva de las sanciones administrativas, buscando preservar así el respeto a los principios de personalidad de las penas y culpabilidad (Bajo Fernández, 1978, págs. 116 - 119). En lo concerniente a la normativa española, la modificación del año 2010 llevó a que Mir Puig diferenciara la naturaleza de las medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas en función a su ubicación en el Código penal. Así, el acotado autor señala que las multas contra las personas jurídicas tendrían una carga punitiva equiparable a las de tipo administrativo, por encontrarse previstas bajo los alcances del artículo 31bis del referido Cuerpo de Leyes, manteniendo las demás medidas una naturaleza preventiva al ser pasibles de seguir el supuesto del artículo 129 (Mir Puig, 2004, pág. 12). En cuanto a la regulación peruana, en una normativa diferenciada a lo previsto en el artículo 105 del Código penal, se promulgó en el año 2016 la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la cual denomina expresamente “medidas administrativas” al catálogo previsto en el artículo 5 de la referida normativa y que, como señalamos previamente, resultan idénticas a las tradicionalmente concebidas como consecuencias accesorias. Al respecto, resulta interesante destacar el fundamento de esta elección en el Acta de la décima sesión ordinaria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos celebrada con ocasión del Proyecto de Ley 4054/2014-PE, previo a la promulgación de la Ley 30424, en la cual se indica que se opta por esta denominación pues la responsabilidad penal es personalísima (Congreso de la República, 2016, pág. 2). La opinión recogida en

los debates normativos es compartida por parte de la doctrina nacional, incluso antes de la formulación de los proyectos de introducción de la Ley 30424 (Castillo Alva, 2001, pág. 274).

La segunda aproximación sancionadora sostiene que las consecuencias accesorias son medidas de naturaleza intermedia, es decir, sanciones *cuasi-penales*. Toda vez que, a pesar de incumplir los presupuestos de las penas, poseen características reconducibles a la finalidad preventivo-especial inocuizadora de las medidas de seguridad y, a su vez, a la finalidad preventivo-general (positiva y negativa) de las penas tradicionales (Silva Sánchez, 1995, págs. 367 - 368; Silva Sánchez, 2013, pág. 37; Silva Sánchez, Montaner Fernández, & Varela, 2016, págs. 315 - 317). Así las cosas, el fundamento de la naturaleza criminal pasible de sanción radica en el estado de cosas objetivamente antijurídico de la persona jurídica (Cigüela Sola, 2015, págs. 299 - 300; Silva Sánchez, Montaner Fernández, & Varela, 2016, pág. 364). Desde la normativa española, Silva Sánchez afirma que la multa sigue una finalidad preventivo-general dirigida a incentivar el cumplimiento de medidas de control en la organización, teniendo las otras medidas una naturaleza jurídica equivalente a las medidas de seguridad (Cigüela Sola, 2015, págs. 325 - 326; Silva Sánchez, 2013, pág. 37). La tercera aproximación sancionadora que califica a estas medidas como “sanciones penales materiales” fue postulada por Zúñiga Rodríguez previamente a la modificación del Código penal español del 2010, cambiando su denominación a “sanciones punitivas” con la modificación del 2015 (2000, págs. 213 - 214; 2018a, pág. 95). Las denominaciones correspondientes a esta tercera aproximación también se encuentran en la doctrina peruana con anterioridad y posterioridad a la introducción de la responsabilidad administrativa antes comentada (Abanto Vásquez, 2011a, págs. 90 - 91; Caro Coria, 2001, pág. 455; Prado Saldarriaga, 2009, págs. 83 - 84; Ugaz Sánchez, 2018, pág. 727). Para el caso específico de las consecuencias accesorias, la Corte Suprema de Justicia del Perú calificó a estas medidas en el Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 como “sanciones penales especiales”. Dada la equivalencia de contenido entre las medidas administrativas y las consecuencias accesorias, no resulta extraño que los adscritos a esta postura afirmen que el legislador peruano incurrió en un fraude de etiquetas al otorgar diferente nomenclatura a sanciones manifiestamente penales (Carrión Zenteno, 2018; García Cavero, 2018, págs. 176 - 177).

La tercera postura aquí identificada también se fundamenta en una postura pragmática de los efectos susceptibles de verificarse en las personas jurídicas por la imposición de alguna de estas medidas y, al igual que la segunda postura, las califica como sanciones. No obstante, a diferencia de la anterior postura, los autores adscritos a esta línea doctrinal consideran que nos encontramos ante auténticas penas. Para ello, se utilizan dos criterios de análisis: a) El ámbito de su regulación, esto es, el ordenamiento penal, señalando que el legislador buscó valerse de su carácter estigmatizador para otorgarle a estas medidas una mayor carga punitiva que la prevista para las sanciones administrativas (Zugaldía Espinar, 2008, págs. 64 - 65); y, b) La búsqueda de un fundamento a su responsabilidad en el componente realista de su actuación, entendiendo que los entes colectivos son

una realidad social distinta a los miembros que la conforman, al punto de tener una voluntad propia (Dan-Cohen, 2013, pág. 302; Nino, 1991, pág. 233; Tiedemann, 1985, pág. 155; Zugaldía Espinar, 1980, pág. 78) o de ofrecer un estatus de actuación propia y diferenciada de la de sus miembros (Lampe, 2003, págs. 111 - 113). Esta forma de actuación se manifiesta en la configuración estructurada de la organización, la cual se gesta bajo un criterio de permanencia en el tiempo y con independencia de la concreta acción (lícita o ilícita) de uno de sus miembros (Heine G. , 2001, págs. 43 - 44). Un sector de la doctrina se ha valido del desarrollo de esta teoría para postular un concepto de acción aplicable a las personas jurídicas y, con ello, la formulación de una teoría del delito verificable únicamente en las entidades (Gómez-Jara Díez, 2016, págs. 116 - 118; Gómez Tomillo, 2015, págs. 35 - 40; Zugaldía Espinar, 2012, págs. 54 - 55, 2016, págs. 304 - 305). Los desarrollos de esta tercera postura encuentran mayor respaldo en la legislación española y otras normativas donde se ha reconocido expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no siendo este el caso de Perú.

Como se puede apreciar, las posturas centradas en analizar la naturaleza jurídica de las medidas susceptibles de imponerse contra las personas jurídicas no visualizan un aspecto de vital importancia para el análisis del sistema de responsabilidad: la necesaria conexión que debe existir entre el alcance normativo de estas medidas y los argumentos de política criminal que las orientan. Por ejemplo, se aprecian dos orientaciones político-criminales distintas desde el análisis de ambas regulaciones. Las consecuencias accesorias originalmente previstas en el artículo 129 del Código Penal español detallaban la finalidad preventiva de delitos que debía observarse con su imposición. La predilección por esta finalidad continúa presente en las posteriores modificaciones de los años 2010 y 2015 del referido Cuerpo de Leyes, a la cual se suma la finalidad de corrección de las entidades a partir de la verificación de una eximente de responsabilidad penal para las personas jurídicas planteada como consecuencia de un adecuado desarrollo e implementación de programas de cumplimiento en la entidad. De forma contraria a la orientación española, en la normativa peruana se observa que las consecuencias jurídicas y los supuestos que deben comprobarse para su imposición tienen una orientación absolutista, destinada a castigar a las entidades por la comisión de un delito y teniendo únicamente en consideración a los hechos ocurridos al momento de la comisión del ilícito. En efecto, un análisis de los criterios de determinación previstos en el artículo 105-A del Código Penal, nos permite concluir que solo uno de ellos recoge una actuación posterior a la comisión del delito referida al pago espontáneo de las consecuencias dañosas del hecho punible. Aspecto que, si es analizado al detalle, podría perder sus efectos si se desconoce la totalidad del daño y el pago no termina siendo espontáneo. La nueva regulación prevista en la Ley 30424 y sus modificaciones parece seguir una orientación de corte preventivo similar a la española. Sin embargo, desde esta primera aproximación focalizada en la interpretación de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas y, aisladamente, de la implementación de modelos de prevención, los efectos político-criminales buscados a partir de estas medidas pierden todo sentido si no

van seguidos de una regulación que refuerce el contenido de los deberes a concretarse en las personas jurídicas. Esta carencia unida a la falta de regulación de los alcances de su implementación en la estructura organizacional, de los efectos exigentes de responsabilidad que finalmente se pueden alcanzar y de las carencias de delimitación entre las medidas administrativas y consecuencias accesorias prevista por la comisión de determinados delitos, hacen que (como se ahondará más adelante) se pierda el sentido levemente preventivo hacia la criminalidad empresarial.

### *2.1.2 Los Modelos de Atribución de Responsabilidad Para las Personas Jurídicas*

A pesar de los aportes que trajo la primera temática de discusión, rápidamente se evidenció que el orden en que fue abordada no resultó correcto pues el estudio inició por el final, esto es, con el análisis de las consecuencias jurídicas pasibles de imponerse a las entidades. En razón a ello, la doctrina giró hacia la búsqueda de un supuesto de hecho correspondiente con la imposición de estas sanciones y empezó a cuestionar los criterios de imputación que deberían verificarse en la acción ilícita individual, para que esta sea atribuida a las personas jurídicas y así declarar su responsabilidad en el ámbito penal. Las diferentes opciones de este discurso se conocen como modelos de imputación, siendo dos los principales modelos postulados por la doctrina: el modelo de autorresponsabilidad y el modelo de la heterorresponsabilidad.

El modelo de heterorresponsabilidad, también denominado *vicarial* o *de transferencia*, postula que a la persona jurídica se le impone una de las medidas establecidas en la normativa penal como consecuencia de la atribución de una responsabilidad que, en definitiva, es trasladada de aquella en la que incurren los individuos que la conforman (Fernández Díaz & Chanjan, 2016, pág. 353; Nieto Martín, 2008, pág. 85; Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016, pág. 297). En lo atinente a la teoría del delito, la acción penalmente relevante y demás categorías dogmáticas se verifican en el comportamiento individual y, tras comprobar su ilicitud, es trasladada a la persona jurídica (Gómez-Jara Diez, 2005, págs. 141 - 142). Sin embargo, este traslado no es automático, siendo necesario comprobar la presencia de algunos elementos adicionales en la actuación de los individuos. Los criterios de imputación a verificar son: a) El cargo que ocupa el individuo al interior de la organización (superior jerárquico o subordinado); b) La forma cómo se produjo el delito (por ejemplo, la evasión fraudulenta del modelo de cumplimiento instaurado por la entidad); y, c) El beneficio obtenido por la persona jurídica como consecuencia de la comisión del delito por parte del individuo. Pertenecen a este discurso, aquellos postulados teóricos que equiparan las doctrinas anglosajonas de *identification theory*, *vicarious corporate liability* y *attributed liability* a los diferentes grados de responsabilidad que puede atribuirse a las personas jurídicas en función al cargo que ocupa el individuo culpable al interior de la entidad (Busato, 2019; García Cavero, 2018; Goena Vives, 2017; Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016). La principal crítica a este primer modelo de responsabilidad se encuentra en su falta de concordancia con la tradición jurídica continental. En efecto, el



traslado de la responsabilidad individual a la persona jurídica es valorado como una responsabilidad objetiva, en tanto la entidad resultaría responsable por las actuaciones de otros sujetos (individuos).

En atención a esta crítica, algunos autores postularon un modelo de responsabilidad por el hecho propio o de autorregulación para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de un delito (Caro Coria, 2001; Fernández Díaz & Chanjan, 2016; Nieto Martín, 2008; Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016). A diferencia de la heterorresponsabilidad, este modelo propone responsabilizar directamente a la entidad por la comisión de un delito, en atención a la verificación de una acción propia de la persona jurídica, la cual podrá configurarse (dependiendo de la aproximación elegida) no solo en el momento de la comisión del delito sino también en razón a los acontecimientos previos y/o posteriores al mismo, incluso (dentro de este último extremo) hasta con posterioridad al inicio de las investigaciones en contra de la entidad (Bajo Fernández & Bacigalupo, 2010; García Cavero, 2008; Gómez-Jara Díez, 2005; Gómez-Jara Díez, 2016; Gómez Tomillo, 2010; Heine, 2001; Nieto Martín, 2008). Las críticas a este segundo modelo se formulan respecto a la imposibilidad de comprobar el contenido de la teoría del delito en la actuación organizativa de las personas jurídicas, en razón a que esta tradicionalmente parte de un comportamiento individual (Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016, págs. 344 - 346).

En España y Perú, diversos autores sostienen la imposibilidad de contar con una regulación que acoja (en puridad) uno de los dos modelos aquí descritos. Como consecuencia de ello, la doctrina nacional y extranjera sostiene que ambas legislaciones prevén modelos mixtos con tendencias preferentes a uno u otro modelo (Cigüela Sola, 2015, págs. 336 - 337; Fernández Díaz & Chanjan, 2016, página. 357 - 375; Gómez-Jara Díez, 2012, págs. 309 - 310). No obstante, es común encontrar opiniones opuestas respecto al análisis de una misma normativa. Por ejemplo, en lo concerniente a la legislación española, se tienen opiniones como la de Feijoo, quien se decanta por afirmar que la actual regulación penal se aproxima más al modelo de autorresponsabilidad que al de la heterorresponsabilidad, debido a que el hecho ilícito de los individuos solo es un presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y no su fundamento, debiendo verificarse el cumplimiento de las categorías de la teoría del delito en la actuación atribuida a la entidad (Feijoo, 2016b, págs. 68 - 69). Desde una postura opuesta, Gómez Martín es favorable a la opinión de que el artículo 31bis del Código penal español regula un modelo de heterorresponsabilidad, en tanto la infracción de la norma penal atribuible a la entidad consiste, en realidad, en la inobservancia de un deber de control individual (Gómez Martín, 2014; Gómez Martín & Valiente Ivañez, 2016, pág. 120).

El recuento de las posturas elaboradas para este segundo discurso permite constatar que también resulta lejano a una perspectiva sistémica el centrarse únicamente en el análisis del modelo de atribución de responsabilidad para las personas jurídicas. Toda vez que, previamente será necesario contar con una directriz que informe a la construcción de un modelo de imputación para las entidades, la



cual debería ser consecuencia de las necesidades halladas por una determinada realidad para combatir a la criminalidad empresarial. A pesar de que aún estamos en una aproximación focalizada del estudio de esta materia, la discusión acerca de cuál sería el modelo de imputación ideal para sancionar a las personas jurídicas abrió el camino a un estudio sistemático sobre esta responsabilidad, lo cual será comentado en el siguiente apartado.

## **2.2. Segundo Discurso Dogmático-normativo: Una Comprensión Sistémica de la Responsabilidad de la Persona Jurídica en el Ámbito Penal**

Estudiar sistemáticamente la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito implica dotar de sentido a su regulación. Para alcanzar dicho propósito no basta con realizar un ejercicio dogmático de sus extremos normativos, pues (tal como se ha tenido ocasión de señalar en el apartado anterior) ello conllevará a afirmar la inconsistencia de su formulación por contravenir principios esenciales del Derecho penal o carecer de una lógica interna entre los alcances de las consecuencias jurídicas estipuladas y los intentos de dotarlos de un supuesto de hecho. Por este motivo y ante la falta de iniciativas importantes que se detengan a medir los alcances de la criminalidad empresarial, los discursos político-criminales resultaron de vital importancia para legitimar la intervención penal en la actuación y organización de las personas jurídicas, así como en lo referente a las labores de policía que empezaron a exigirse a los ciudadanos a efectos de reportar y controlar los comportamientos delictivos en el contexto de las organizaciones. A pesar de los vacíos de data científica relevante que respalden los acotados discursos, lo interesante de los aportes normativos que surgieron en estos últimos años es que estos se traducen en la construcción y desarrollo de deberes específicos para las personas jurídicas, los cuales, a su vez, guardan coherencia con los criterios de imputación verificables para estas desde un esquema de responsabilidad directa y también con la proporcionalidad en la distribución de eximentes y sanciones que corresponda imponer a la entidad como consecuencia de una valoración previa y posterior de las actuaciones ilícitas que se le atribuyen. En resumen, la ventaja de estas postulaciones radica en la validez que se otorga a su regulación tanto en el sentido de la legitimidad de la intervención penal cuanto en los extremos sancionatorios que resultan involucrados en este ámbito, al requerir necesariamente de la comprobación de algunas garantías penales para su imposición.

Resulta muy frecuente encontrar discursos donde se afirma que las principales exigencias político-criminales que empujaron a una necesaria regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal nacieron en la década de los ochenta, a partir de los pedidos de la comunidad internacional para combatir la delincuencia económica. No obstante, también es posible hallar posturas más cercanas a la realidad, donde diversos autores reportan que las referidas recomendaciones no están dirigidas a la necesaria elección de la rama penal como fuente de regulación, siendo que esta iniciativa incluso puede originarse en el derecho administrativo sancionador y de acuerdo con los principios estableci-

dos por cada país para la regulación en materia penal. Estas cláusulas de ajuste normativo debieron llevar a los países de tradición jurídica continental a regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Sin embargo, el breve recuento histórico de las normativas peruana y española permite apreciar que se prefirió utilizar al Derecho penal para el cumplimiento del referido propósito, pues incluso estipulándose la responsabilidad administrativa en el ordenamiento peruano se tiene que la interpretación y valoración otorgada por el grueso de la doctrina y la jurisprudencia nacional va en un sentido penal. A la fecha, no existen estudios que permitan medir la eficacia de la regulación implementada por España y Perú, por lo que no es posible conocer si el campo de acción elegido para combatir esta clase de delincuencia fue el más eficiente respecto a otras opciones normativas.

En lo que respecta a nuestra investigación y dada la limitada extensión del presente trabajo, en este apartado evidencio cómo los fundamentos de política-criminal pasaron a convertirse en el contenido de algunas instituciones jurídicas atribuidas a las entidades para la postulación de su responsabilidad por la comisión de un delito. Este es el caso de la formulación del injusto sistémico y el fundamento de la culpabilidad empresarial.

### *2.2.1 El Injusto Sistémico Atribuido a las Personas Jurídicas*

En los últimos años, los criterios objetivos de imputación construidos para responsabilizar a las personas jurídicas por la comisión de un delito han tenido un desarrollo académico mayor a sus otros componentes. Ello debido a que los modelos de responsabilidad formulados por la doctrina iniciaron el camino de una verificación fáctico-normativa en lo concerniente a la actuación de las entidades. Así, primero, dichos modelos verificaron las actuaciones individuales de quienes integran la persona jurídica, para posteriormente realizar (en segundo plano) una valoración de estas y determinar su posible comprensión como una actuación atribuible a la entidad, de forma diferenciada a los comportamientos de sus integrantes. Parte de los elementos utilizados para esta verificación ya han sido señalados líneas atrás, en lo correspondiente a los criterios de imputación: a) Que el comportamiento ilícito individual surja en la “esfera organizativa” de la empresa; y, b) Que exista una conexión relevante entre el defecto estructural (que permitió la comisión del delito en sí misma) y el delito individual (Cigüela Sola, 2016, págs. 311 - 312).

Esta primera fase fáctica es posteriormente valorada desde una aproximación normativa, funcionando como una regla de imputación o de atribución de responsabilidad para las personas jurídicas. Entre las denominaciones otorgadas por la doctrina a la calificación normativa de los criterios objetivos se tienen: “imputación extraordinaria” (Goena Vives, 2017, pág. 171; Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016, pág. 340), “injusto estructural” (Cigüela Sola, 2015; Cigüela Sola, 2016), “injusto sistémico” (Silva Sánchez, 2013, pág. 35; Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016, pág. 359) y “hecho de conexión” (Zugaldía Espinar, 2016, pág. 298). Estas posturas académicas se diferencian en atención al rango temporal que

sirve como parámetro fáctico de valoración: *ex ante a la comisión del delito*, cuando los comportamientos individuales perennizados en el tiempo son valorados como la actuación de la persona jurídica que permite su sanción; *en el momento mismo de la comisión del delito*, coincidiendo la actuación individual con el contexto favorecedor del delito que es atribuido a la persona jurídica; y, *ex post a la comisión del delito*, cuando los comportamientos individuales son valorados como una facultad de corrección de la estructura organizativa y resultan importantes de considerar hasta con posterioridad al inicio de las investigaciones en contra de la entidad.

En lo concerniente a las posturas *ex ante* de esta responsabilidad, Goena Vives y Silva Sánchez sostienen que las actuaciones atribuibles a las personas jurídicas deben ser entendidas como un síntoma de la actuación criminógena de la entidad (Goena Vives, 2017; Silva Sánchez, 2013). Por su parte, en lo atinente al momento mismo de la comisión del delito se tiene la postura de Zugaldía Espinar, para quien la acción de la persona jurídica consiste en el aumento del riesgo propio de la actividad de la empresa manifestado en la realización de un hecho típico de conexión de la persona física, el cual es al mismo tiempo una expresión jurídica, sociológica y criminológica del actuar corporativo (Zugaldía Espinar, 2016, pág. 298). Desde una fundamentación criminológica, Cigüela Sola, Gómez Tomillo y Feijoo afirman que las actuaciones de las personas jurídicas y las de los individuos deben ser entendidas como una co-explicación del ilícito producido (Cigüela Sola, 2015, pág. 295; Cigüela Sola, 2016, pág. 7), una sinergia donde la actuación ilícita individual se realizó “con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados” (Gómez Tomillo, 2015, pág. 76), o como “un modelo de co-responsabilidad en el que cada uno de los responsables (persona jurídica e individuo) del mismo hecho lo son por razones normativas distintas” (Feijoo, 2016a, pág. 86), respectivamente. Finalmente, desde una perspectiva *ex post* a la comisión del delito, Galán Muñoz valora este momento a efectos de constatar la realización de actuaciones correctivas de la situación que originó el delito (Galán Muñoz, 2017).

Sin embargo, tal como ocurre con la imputación objetiva, pronto se apreció que la coherencia sistémica entre la actuación individual y la correspondiente a la persona jurídica solo constituye un esquema de atribución de responsabilidad, pero no su fundamento. Para la formulación de dicho componente debía postularse el incumplimiento de un deber jurídico-penal conforme a los presupuestos de esta disciplina. Así, se identifican dos líneas discursivas en las propuestas doctrinales: aquellas que parten de la formulación de un deber para la persona jurídica, cuyo cumplimiento depende de los individuos que la conforman; y aquellas que tienen como punto de partida a la construcción de deberes para los órganos específicos de control y vigilancia de la persona jurídica, y que reflejan dos niveles normativos distintos: el de la persona jurídica y el de los integrantes de dichos órganos. Entre las propuestas de la primera perspectiva se tienen la de Feijoo, quien justifica la responsabilidad de la persona jurídica prevista en la normativa española en el incumplimiento del deber de observancia de la legalidad en su organización (Feijoo, 2016a, págs. 31 - 32). Por su parte, Zúñiga Rodríguez sostiene un deber de

prevención de delitos por parte de la entidad, a efectos de controlar los riesgos de sus actividades (2018a, págs. 95 - 99). En la misma línea, Ragués i Vallès afirma que el hecho antijurídico propio de la persona jurídica se verifica en los deberes de vigilancia, control y supervisión que tiene la entidad respecto de las personas físicas que actúan en su ámbito de organización (2017, pág. 91). Con similar contenido, respecto a la legislación chilena, Hernández Basualto, Artaza y Galleguillos hacen referencia a los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica entendidos como un mandato de gestión de riesgos de incumplimiento de la ley penal por parte de los integrantes de la organización (Artaza & Galleguillos, 2018; Hernández Basualto, 2018). Desde una postura crítica, Schünemann considera que nos encontramos ante deberes de control supra-individuales colocados en las entidades para verificar el cumplimiento de las actuaciones de los empleados operativos. Sin embargo, el mencionado autor se muestra contrario a esta formulación pues señala que se está cambiando el paradigma del Estado liberal por el de un Estado totalitario, que no confía en la fidelidad del individuo al Derecho (Schünemann, 2013, pág. 277).

Respecto a la segunda clase de discursos se tiene la propuesta de Silva Sánchez, para quien la responsabilidad de las personas jurídicas se genera como consecuencia de la infracción diacrónica de los respectivos deberes de cuidado por parte de los individuos que conforman la entidad y del estado de cosas antijurídico imputable a esta (Silva Sánchez, 2013, págs. 37 - 38; Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016, pág. 317). En esta escala de deberes, el referido autor destaca que el cumplimiento de los deberes de vigilancia y control del órgano de administración, implica, a su vez, la formulación de deberes de vigilancia entre los miembros de dicho órgano respecto al cumplimiento de los objetivos trazados en el modelo de prevención de la entidad (Silva Sánchez, 2018a, págs. 49 - 50). En cuanto a la verificación de un estado de cosas antijurídico, Goena Vives afirma que este se genera en el incumplimiento de un debido control por parte de los directivos de la organización (2017, págs. 175 - 176). Por su parte, Cigüela concreta la extensión del estado de cosas antijurídico en un defecto estructural de la organización de la persona jurídica que co-explica el origen del delito, pero no el delito individual mismo (2015, pág. 295). Para el referido autor, la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en la construcción de un contexto de oportunidad delictiva para los individuos que operan en ella (2015, pág. 298). Con una propuesta novedosa, Galán Muñoz sostiene la existencia de normas de determinación en el sistema de responsabilidad de la persona jurídica, de tipo individual y colectivo. Obligando estas últimas a que todos los individuos que en algún momento integraron la entidad, interactúen (incluso de forma no coordinada) con el propósito de prevenir el favorecimiento de la comisión de delitos en la organización (Galán Muñoz, 2017, págs. 239 - 240). En el contexto nacional, comentando el proyecto normativo que dio origen a la actual regulación peruana sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión de delitos, Ruiz Baltazar y Palomino Ramírez afirman que la responsabilidad de la persona jurídica sería el resultado de la infracción de un debido control y vigilancia del administrador

hacia cualquier individuo que preste un servicio a la organización (Ruiz Baltazar & Palomino Ramírez, 2016, pág. 175).

Como puede apreciarse respecto al primer y segundo discursos, los deberes postulados para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de un delito reproducen el contenido político criminal de su formulación: prevención de delitos, represión de delitos, vigilancia y/o control de la comisión de delitos al interior de la organización empresarial. Desde nuestro punto de vista, esta coincidencia argumentativa resulta lesiva para la configuración del sistema normativo bajo comentario, pues se asimila sin mayor cuestionamiento que el cumplimiento normativo conllevará al cumplimiento del objetivo político-criminal. Al respecto, consideramos que este razonamiento es erróneo, pues la medición de idoneidad de ambos cumplimientos debe realizarse de forma distinta. La idoneidad del cumplimiento normativo responderá a criterios de validez legislativa y a la propia existencia de una cultura de obediencia a la ley; mientras que la idoneidad del cumplimiento político criminal requerirá de un estudio empírico en una sociedad determinada, donde se recoja, por ejemplo, estadísticas que determinen si efectivamente ha disminuido la delincuencia empresarial como consecuencia de las regulaciones y sanciones impuestas. Dependiendo de las aproximaciones realizadas se podrá llegar a resultados distintos, como son la verificación del cumplimiento normativo y no así del cumplimiento del objetivo político criminal, o viceversa. El error en comprender como equivalentes a ambos cumplimientos devendrá en la construcción de deberes sumamente amplios para las personas jurídicas y de difícil o imposible cumplimiento.

Al respecto, piénsese en el deber de prevención de delitos al interior de la empresa y fórmese la siguiente pregunta: ¿es realmente posible prevenir todos los delitos al interior de la empresa? ¿depende únicamente de los esfuerzos desplegados por la persona jurídica el que no se produzca un delito en su organización? Si la respuesta a ambas preguntas es negativa, siempre se verificará un incumplimiento del deber estipulado para las entidades. Por el contrario, si el deber atribuible a la persona jurídica se asemeja al previsto en la legislación chilena: la gestión de riesgos penales para el cumplimiento normativo, será mucho más sencillo comprobar la existencia de una infracción tras verificar la puesta en práctica de medidas de control y vigilancia idóneas en la organización para evitar que la comisión de conductas riesgosas, previamente diagnosticadas en una entidad concreta, devengan en delitos. En este sentido, consideramos que lo óptimo es contar con dos contenidos distintos para ambos cumplimientos. En el caso del cumplimiento político criminal, este deberá reflejar el propósito buscado con la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas desde el ámbito penal; mientras que el deber atribuible a las entidades debe seguir una formulación más concreta susceptible de verificación en las actividades desplegadas por la propia entidad como sujeto obligado, a través de la identificación y medición de desempeño de sus órganos destinados al control de las conductas desviadas en la estructura organizacional. De esta forma, consideramos que sería más armonioso contar con una política criminal destinada a reducir la criminalidad empresarial

en general y la formulación de deberes específicos de control (interno y externo) de la conducta organizacional. Al respecto, puede cuestionarse si esta formulación de deberes de policía excede al contenido de las obligaciones trazadas para los ciudadanos bajo el esquema de Estado liberal al que responde tradicionalmente el derecho penal. Ahondaremos en este punto más adelante.

La consecuencia práctica más relevante de estas reflexiones se encuentra en el diseño normativo de los modelos de prevención de delitos existentes en las legislaciones española y peruana, a través de los cuales se atenúa o exime de responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de delitos. Se entiende por modelos de prevención a las herramientas de gestión de una entidad que buscan evitar la comisión o reiteración de delitos en la organización. Como puede apreciarse, la finalidad de los modelos de prevención no es otra que el contenido del deber que se atribuya a la persona jurídica. Si el deber es la prevención de delitos, el modelo de prevención estipulado por la normativa será justamente el diseño de herramientas dirigidas a asegurar el cumplimiento de dicho deber, es decir, de la prevención de delitos en la organización. Lo cual, según se tuvo ocasión de señalar en el párrafo anterior, devendrá en la implementación de un modelo sobredimensionado, costoso e ineficiente en razón a la imposibilidad de su cabal cumplimiento. Así las cosas, también en el extremo práctico del diseño normativo de estos modelos de prevención, resulta mucho más factible cumplir con deberes concretos como el de vigilancia y control de riesgos penales, que con aquellos formulados en un sentido absoluto como la prevención de delitos. En este sentido, corresponde analizar brevemente los modelos de prevención de delitos existentes en las legislaciones española y peruana, a efectos de comprobar qué deberes rigen el diseño de sus respectivos modelos.

La normativa española vigente opta por denominar *modelos de organización y gestión* a la herramienta anteriormente descrita, y en el artículo 31bis.5 del Código Penal establece como deberes mínimos al deber de transparencia de los procedimientos al interior de las organizaciones (numerales 1, 2 y 4) y el deber de vigilancia a los integrantes de la organización (numeral 4) (Código Penal Español [CPE], 1995). Ambos deberes son manifestaciones específicas del deber de control estructural o externo en una entidad y, en ese sentido, son susceptibles de verificación y cumplimiento. Cabe señalar que la legislación española solo concede efecto de atenuación o exención por la implementación del referido modelo a las entidades que sí gozan de personería jurídica. En el caso de la legislación peruana, la implementación de los *modelos de prevención* únicamente tiene los efectos de exención o atenuación de responsabilidad en los supuestos previstos en el artículo 1 de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y no así para la imposición de las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105 del Código penal. Los elementos mínimos de este modelo se encuentran previstos en el artículo 17 de la acotada normativa, entre los cuales se evidencian dos clases de deberes: deberes generales y deberes concretos. Son manifestaciones de deberes generales: “prevenir y reducir significativamente el riesgo de comisión de los delitos” (Ley 30424, 2016, artículo 17.1.) y “mitigación de riesgos para prevenir



la comisión de delitos" (Ley 30424, 2016, artículo 17.2.2.), los cuales en sí mismos evidencian una contradicción en sus alcances pues no permite claridad para saber si lo que se busca alcanzar es la eliminación completa de esta clase de criminalidad o solo su atenuación. Son ejemplos de deberes concretos: el deber de transparencia (artículo 17.2.2., 17.2.3., 17.2.4.), el deber de capacitación (artículo 17.2.4.) y el deber de vigilancia (artículo 17.2.5.). La lectura del artículo 17 de la referida Ley permite apreciar que el legislador peruano ha formulado deberes concretos para las personas jurídicas en atención a verificar la correcta implementación del modelo de prevención de delitos y con ello contribuir al cumplimiento de los deberes genéricos. Esta formulación resulta importante a efectos de evitar deberes y modelos sobredimensionados.

Sin embargo, la redacción del artículo 17 de la Ley 30424 no ha reproducido las obligaciones desarrolladas en el Reglamento de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (DS. 002-2019-JUS, 08 de enero de 2019), puesto que, tras un ligero cambio en las palabras utilizadas, este segundo texto modificó el contenido de los deberes genéricos y concretos atribuidos a las entidades. La primera modificación se puede apreciar en el artículo 1 del Reglamento en cuestión, en el que se equiparan los deberes genéricos de prevención y mitigación de delitos con el deber específico de detección de los mismos, es decir, con un deber de transparencia. Este aspecto resulta alejado de lo previsto en la Ley, donde los deberes genéricos son comprendidos como una finalidad u objetivo secundario de cumplimiento de los deberes específicos y no como deberes (todos ellos) de cumplimiento inmediato. Esta reformulación de deberes realizada por el Reglamento trae consigo un cambio en el diseño de los modelos de prevención, puesto que la verificación de su correcta implementación ya no se centrará en los deberes específicos dispuestos por la Ley sino en el cumplimiento de deberes genéricos. Esto, según nuestra postura desarrollada líneas arriba, resulta sobredimensionado, oneroso y de difícil cumplimiento.

La segunda modificación que introduce el Reglamento consiste en la adición de un deber genérico de promoción de la integridad en la gestión de las personas jurídicas y que se traduce en la orientación prioritaria del modelo de prevención hacia una cultura de confianza, ética y de cumplimiento normativo (DS. 002-2019-JUS, 2019, artículo 30). Esto pese a que la Ley 30424 no hace referencia a este contenido en ninguno de sus extremos. En efecto, los controles desarrollados por la Ley son de carácter externo, pero con la inclusión de este nuevo deber se introduce por Reglamento un control de tipo interno. Consideramos que lo cuestionable de esta segunda modificación se encuentra en la legitimidad de la intervención estatal y empresarial en las motivaciones personales de sus trabajadores, es decir, en la introducción de una moral colectiva del centro de trabajo.

Finalmente, entendiendo el injusto como el primer elemento a verificar para la posterior imposición de consecuencias jurídicas a la persona jurídica, consideramos que resulta importante establecer un rango de relevancia entre los deberes concretos susceptibles de exigirse a la entidad, sea por atribución o por imputación. Ello, a efectos de encontrar correspondencia entre la infracción cometida



y las clases de consecuencias jurídicas susceptibles de imponerse a las personas jurídicas por la comisión de un delito, conforme a las normativas española y peruana. Por ejemplo, de identificarse el incumplimiento de un deber de mediana importancia como es la falta de un control financiero, correspondería proceder a la imposición de consecuencias jurídicas de mediana entidad como la prohibición de realizar conductas que derivaron en la comisión del delito y la multa. En cambio, ante la no implementación de un modelo de prevención en la entidad o la creación de un modelo fraudulento, correspondería imponer una consecuencia jurídica de mayor gravedad como es la disolución de la persona jurídica. En esta línea, consideramos que otro aspecto que convendría explotar para el caso peruano, en relación al carácter material del injusto, está referido a la elección del ordenamiento jurídico que regulará las consecuencias jurídicas a imponer a las entidades. Pues, como se señaló anteriormente, en el Perú es posible imponer consecuencias jurídicas a las personas jurídicas involucradas en la comisión de determinados delitos desde dos ramas distintas del ordenamiento: aquellas contenidas en el artículo 105 del Código penal y aquellas previstas en el artículo 5 de la Ley 30424. En nuestra opinión, la imposición conjunta de estas medidas puede calificar como un supuesto de *bis in ídem*, dado que se verificarían una identidad en el sujeto (personas jurídicas), hecho (comisión del delito) y derecho (criterio de imputación/ infracción de deber atribuible a la persona jurídica/verificación de cumplimiento de deberes del modelo de cumplimiento). Así las cosas y solo a efectos de esbozar una posible solución a este problema, postulamos dos posibles salidas. La primera consiste en realizar una modificación normativa en la línea del texto español, donde se diferencie la imposición de consecuencias accesorias y penas en atención a la existencia de personería jurídica. La segunda salida, en construir un criterio material de diferenciación entre ambas normativas. De tal forma que, para aquellos casos de organizaciones criminales o de entidades de fachada, correspondería imponer consecuencias accesorias de carácter mayormente absolutista, toda vez que no resultaría importante verificar la existencia de un modelo de prevención en la organización, ni con anterioridad ni posteriormente a la comisión del hecho ilícito; y para los casos restantes, donde es posible apreciar un atisbo de legalidad, se seguirían las reglas de la Ley 30424 y sus modificatorias, lo cual nos llevaría a ampliar el margen normativo de los ilícitos pasibles contemplados en esta Ley.

### *2.2.2 Los Postulados Referidos a la Culpabilidad de las Personas Jurídicas*

El avance mostrado por la doctrina respecto al contenido objetivo del injusto atribuible a la persona jurídica no se evidencia en el extremo subjetivo, siendo este el segundo discurso de orientación sistemática a reseñar en el presente apartado. Tal como se acotó en el punto referido a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias y otras medidas de idéntica composición susceptibles de imponerse a las personas jurídicas, la dogmática mayoritaria niega la posibilidad de concebir una culpabilidad para las personas jurídicas. Ello, tanto en lo pertinente al contenido de la tipicidad subjetiva cuanto en su manifestación de categoría del delito

y fundamento (y graduación) de la pena. Al respecto, Molina Fernández afirma la carencia de reproche en estos entes ficticios y sostiene que el estado objetivo de cosas creado como consecuencia del incumplimiento de deberes, no puede fundamentar una imputación subjetiva ni una culpabilidad en las personas jurídicas (Molina Fernández, 2016, págs. 391 - 392). Como consecuencia, Gracia Martín sostiene que la persona jurídica únicamente puede responder objetiva y vicarialmente, y recibir consecuencias jurídicas civiles y/o administrativas policiales (2017, pág. 127; 2018). En la misma línea, Cigüela Sola postula una responsabilidad estructural relativa y diferenciada para las personas jurídicas pero sin culpabilidad (2015, págs. 300 - 301), concretamente, el referido autor señala que resulta inadecuado trasladar las categorías de la responsabilidad penal individual a las personas jurídicas (Cigüela Sola, 2015, pág. 310). Contrariamente, aún en sentido minoritario, algunos autores proponen una culpabilidad propia para las personas jurídicas ya que son conscientes de la imposibilidad de aplicar el contenido tradicional de esta categoría, centrado en los individuos. Al respecto, Mañalich postula una culpabilidad por el carácter para las personas jurídicas, la cual se construye a partir del comportamiento continuo realizado por sus integrantes en el tiempo y que permite atribuir una identidad a la organización (2011, págs. 302 - 303). Por su parte, Gómez Tomillo hace referencia a una culpabilidad por defecto de organización, consistente en un juicio de censura que se formula a la persona jurídica por haber incumplido con la adopción de deberes vinculados a prevenir la comisión de delitos en su estructura (2015, pág. 135). Por último, desde una postura más extrema, se tiene lo sostenido por Gómez-Jara Díez, quien propone concebir una única culpabilidad aplicable a los individuos y entidades. Para el referido autor, la culpabilidad consiste en un déficit de fidelidad al Derecho (Gómez-Jara Díez, 2005, pág. 273). Así las cosas, al tener la persona jurídica capacidad de autorregulación, al igual que los individuos, puede ser responsable por el incumplimiento de sus deberes y generar así un juicio de censura (Gómez-Jara Díez, 2016, págs. 165 - 168).

Atendiendo a los discursos reseñados, podemos constatar la cercanía dogmática que empieza a postularse entre los desarrollos del tipo objetivo y aquellos formulados para el contenido subjetivo. Al punto que, dependiendo de la postura elegida para fundamentar este último, se evidencia coherencia en ambas instituciones. Así, por ejemplo, el defecto de organización postulado por Gómez Tomillo encuentra correspondencia en la formulación de un juicio de censura respecto al incumplimiento de los deberes generales y específicos postulados para las personas jurídicas. En igual sentido, la postura de Gómez-Jara Díez parte de la capacidad de autorregulación de las entidades para verificar el cumplimiento de los referidos deberes. A pesar de ello, aún no se han logrado superar todas las objeciones existentes respecto a la imposibilidad de verificar un reproche en las personas jurídicas, en su condición de entes ficticios. Sin perjuicio de lo sostenido, consideramos que el efecto práctico de concebir un contenido subjetivo para las personas jurídicas radica en la posibilidad de graduar la extensión de las consecuencias jurídicas que le son aplicables. Como

puede observarse en el catálogo de consecuencias accesorias, penas y medidas administrativas previstas en las normativas peruana y española, las medidas susceptibles de imponer a las entidades por la comisión de un delito permiten una graduación respecto a su duración, con excepción de la pena de disolución. En ese sentido, si bien el injusto puede servir para seleccionar el tipo de consecuencia jurídica que corresponde imponer a la entidad, creemos que el extremo subjetivo puede ser un criterio para determinar la extensión de la medida elegida. Sobre todo, si nos encontramos ante incumplimientos reiterados o que son consecuencia del incumplimiento de la normativa administrativa del sector. En el Perú, este último supuesto puede apreciarse en el incumplimiento de las entidades de las obligaciones administrativas de prevención en materia de lavado de activos, que posteriormente conlleven a la comisión del referido ilícito y hagan posible la configuración de un supuesto de responsabilidad administrativa para la persona jurídica conforme a la Ley 30424.

En atención a los contenidos revisados, corresponde que nos detengamos brevemente a analizar los extremos de los deberes generales y específicos determinados normativamente para las personas jurídicas en la legislación peruana, a efectos de evaluar si lo postulado guarda coherencia con los hallazgos de la criminología y los discursos político-criminales y dogmáticos hasta ahora desarrollados. Para ello, siendo que los contenidos identificados hasta el momento recogen aproximaciones de estas dos últimas ciencias penales, nos detendremos brevemente en la primera de ellas.

### **3. Aportes de la Criminología en la Formulación de un Deber Para las Personas Jurídicas**

Solamente el título de este subapartado trae consigo suficientes problemas de legitimación. La racionalización del derecho llevó a que la formulación y el desarrollo de su técnica se alejen de los métodos científicos aplicados por las ciencias sociales. De todos estos contenidos, el derecho penal muestra una reticencia mayor que otras ramas del ordenamiento, a su confluencia con otras disciplinas ajenas a las corrientes estrictamente jurídicas. Ello, con el objetivo de preservar su contenido de acuerdo con los postulados del paradigma de una ética de la autonomía, basados en el liberalismo primigenio, individualista y de tendencia universal para las diferentes sociedades (Giusti, 2008, págs. 41 - 48). Sin embargo, ante la interrogante acerca de cómo podrían congeniar el contenido de ciencias sociales y la criminología en la postulación de deberes y sanciones para las personas jurídicas, Heine sostiene que ante la inexistencia de una teoría integradora de estas disciplinas, resultará conveniente que las ciencias sociales brinden información al derecho acerca de cómo funciona un grupo específico de la sociedad, a efectos de lograr una correcta regulación de sus alcances o de corregir la normativa ya existente en atención a los pocos o nulos niveles de efectividad alcanzados (Heine K. , 2011, págs. 30 - 32). Esta es la perspectiva que se busca seguir en el presente trabajo, de la mano de algunos estudios criminológicos que se han formulado para reducir la criminalidad empresarial en otras partes del mundo.

En efecto, la criminología constituye una importante rama de estudios que, entre otros, otorga sustento a la regulación de medidas para las personas jurídicas en el ámbito penal. Así, es posible identificar dos ramas de análisis relacionadas con el tema materia de estudio: a) Aquella que busca formular una teoría general del comportamiento desviado y, a efectos de probar su validez, analiza los alcances de sus respectivas teorías en el comportamiento del denominado delincuente de “cuello blanco”, por ser éste una clase de individuo que escapa al estereotipo de la criminalidad tradicional (patrimonial y violenta); y, b) Aquella que analiza a la persona jurídica como un contexto criminógeno susceptible de incentivar o promover la comisión de delitos en sus integrantes. En nuestra opinión, estas dos ramas de estudios no deben entenderse de forma disociada sino complementaria, en la medida en que el diseño de un esquema de control de factores criminógenos en la estructura de la persona jurídica deberá elaborarse en función a los postulados de las distintas teorías criminológicas que permiten comprender las causas del comportamiento delictivo individual y, a su vez, valerse de los aportes existentes en materia disuasiva del comportamiento grupal para asegurar su eficacia.

En lo que respecta a la primera línea de investigación, sin lugar a dudas es la teoría de Edwin Sutherland la que pone sobre la escena del pensamiento criminológico a la figura del individuo que realiza un comportamiento desviado como consecuencia de su actuación en una corporación, bajo la denominación del *delincuente de cuello blanco*. Como se indicó anteriormente, este estereotipo de delincuente escapa a la criminalidad común (patrimonial y violenta) por tratarse de un individuo absolutamente integrado en la sociedad y que, además, goza del respeto de su comunidad y de un estatus social alto en razón a la ocupación que desempeña (Sutherland, *El delito de cuello blanco*, 1999). Plenamente consciente de las particularidades que presentaba el comportamiento de este delincuente, Sutherland decidió tomarlo como ejemplo para probar la validez de su teoría de la asociación diferencial. Dicha teoría fue elaborada por el acotado autor en el año 1924 con la primera edición de su libro *Criminology* y, posteriormente, fue ampliada en los años 1934, 1939 y 1947 (Bernard, Snipes, & Gerould, 2016, págs. 188 - 189). Entre los principales aportes de la teoría de la asociación diferencial, se tiene la proclamación de nueve postulados a través de los cuales Sutherland buscó explicar por qué una persona delinque: i) El comportamiento criminal es aprendido, no es hereditario y tampoco ha sido inventado por la persona que delinque; ii) El comportamiento criminal es aprendido en la interacción con otras personas a través de un proceso de comunicación, el cual puede ser de tipo verbal o gestual; iii) El aprendizaje del comportamiento criminal ocurre en grupos íntimos de personas; iv) Cuando el comportamiento criminal es aprendido, el aprendizaje incluye las técnicas para cometer el delito y las motivaciones, racionalizaciones y actitudes; v) La dirección específica de las motivaciones es aprendida a partir de las definiciones otorgadas a los códigos legales, las cuales pueden ser favorables o desfavorables; vi) Una persona se vuelve delincuente por el exceso de definiciones favorables a la violación de la ley, en detrimento de las definiciones desfavorables a la misma, siendo este el principio de la asociación diferencial; vii)

Las asociaciones diferenciales pueden variar en frecuencia, duración, prioridad e intensidad; viii) El mecanismo de aprendizaje delictivo es idéntico a cualquier otro mecanismo de aprendizaje; ix) El comportamiento criminal y el no-criminal son expresiones de los mismos valores y las mismas necesidades que existen en una sociedad (Sutherland, 1995, págs. 75 - 81).

Tomando en consideración a las ideas antes acotadas, Akers reformuló los conceptos relativos al proceso de aprendizaje del comportamiento delictivo y postuló la teoría del aprendizaje social. Conforme a la cual, el proceso de aprendizaje en general no solo se produce de forma directa, a través de la interacción con personas con quienes compartimos algunas actividades, sino que también ocurre de manera indirecta a través de la imitación, al sentirnos identificados con grupos de referencia distantes (Akers & Sellers, 2013, págs. 82 - 85).

A partir de la formulación propuesta por Sutherland, las diferentes teorías criminológicas destinadas a explicar las causas generales del comportamiento delictivo tomaron en consideración al prototipo del delincuente corporativo, como baremo de validez para sus respectivas formulaciones. En lo atinente al presente trabajo de investigación, las teorías de la asociación diferencial y del aprendizaje social permiten comprender cómo se transmiten los comportamientos desviados al interior de una empresa.

Dentro de este grupo de explicaciones criminológicas también convendría añadir otras teorías para explicar la totalidad de los comportamientos delictivos susceptibles de producirse en la estructura organizacional de la persona jurídica, como son: las teorías ecológicas (teoría de la desorganización social, teoría de la eficacia social y teoría de las “ventanas rotas”) (Sampson, 2006, págs. 31 - 60), las teorías de la tensión (teoría de la anomia individual y teoría de la anomia institucional), las teorías del aprendizaje social (además de las teorías de la asociación diferencial y del aprendizaje social antes identificadas, también se tiene a la teoría de las culturas y las subculturas), las teorías del control y del autocontrol (Hirschi & Gottfredson, 1987; Simpson & Leeper Piquero, 2002), la teoría de la elección racional, las teorías del etiquetamiento y las teorías del conflicto (Bernard, Snipes, & Gerould, 2016; Cid Moliné, 2009). Si bien se ha tenido oportunidad de revisar las aproximaciones antes mencionadas, dada la brevedad en la formulación del presente trabajo, reservo para un momento posterior el desarrollo de los distintos extremos en los que estas teorías pueden llegar a verificarse al interior de la estructura empresarial (Braithwaite, 1989).

En lo atinente a las aproximaciones que afirman que la estructura organizativa de una persona jurídica puede ofrecer/construir un contexto criminógeno favorecedor o promotor de comportamientos delictivos, como ya se tuvo ocasión de analizar anteriormente en el plano de las aproximaciones dogmáticas y político-criminal, se tienen tres líneas discursivas: i) Aquellas que afirman que el contexto criminógeno se configura a partir de la conformación externa y física de la organización, centrandó así su atención sobre los contenidos de las teorías criminológicas ecológicas, de la tensión y del etiquetamiento (Benson, Madensen, & Eck, 2009); ii) Aquellas que sostienen que el contexto criminógeno se origina a

partir de la existencia de una cultura organizativa o, más preciso, de una subcultura de la organización que favorece la comisión de delitos, privilegiando con ello la aplicación de las teorías criminológicas del aprendizaje y del control (Apel & Paternoster, 2009; Linnenluecke & Griffiths, 2010; Shover & Hochstetler, 2002); y, iii) Aquellas que consideran que las causas de la configuración del contexto criminógeno obedecen a una integración de los dos discursos anteriores (Coleman, 1987; Reed & Cleary, 1996).

Los aportes aquí reseñados evidencian que los comportamientos desviados pueden surgir a nivel de la estructura organizativa de una entidad y no solo individualmente, constituyendo esta revelación un sustento importante para dotar de contenido al deber penal atribuible a las personas jurídicas. Es así que, la importancia otorgada a una u otra teoría criminológica tendrá plena aplicación práctica en la formulación de los deberes que finalmente se busquen construir para atender a la responsabilidad de la persona jurídica y, con ello, a la formulación de los denominados *modelos de prevención de delitos*, en el sentido de trazar una estrategia dirigida a combatir los factores criminógenos causantes de estos comportamientos.

El diseño de esta estrategia dependerá de las finalidades que cada país busque conseguir a efectos de combatir sus propios índices de criminalidad empresarial. Así, por ejemplo, a la regulación de medidas altamente sancionadoras para las personas jurídicas o focalizadas en el ámbito penal, le debería seguir un esquema de deberes cuidadosamente delimitados para la estructura organizacional a efectos de evitar realizar aquellos comportamientos prohibidos que podrían devenir en la imposición de las cuantiosas sanciones. Bajo esta lógica, los deberes pensados para la estructura de la entidad se formularán en sentido negativo (por ejemplo, no fomentar la comisión de delitos) y siempre bajo una línea temporal de cumplimiento previa a la verificación del ilícito en la entidad. Por su parte, las estrategias rehabilitadoras requerirán de la postulación de deberes positivos de actuación por parte de los órganos que conforman la estructura organizacional de la entidad, a efectos de eliminar los factores criminógenos que se hayan evidenciado con la comisión del delito. En el caso de esta segunda estrategia, el margen temporal de cumplimiento para las entidades se extiende incluso con posterioridad a la comisión del delito atribuible a la persona jurídica. Una tercera estrategia pensada en la restauración buscará generar deberes diferentes a los correspondientes a las otras dos, pensados en un sentido externo a las operaciones de la entidad (perspectivas de las víctimas) y destinados a la formulación de obligaciones positivas que nacen como consecuencia de la verificación de una actuación ilícita. Finalmente, una cuarta estrategia postula un contenido centrado en la inocuización de la entidad, diseñando para tal efecto un conjunto de deberes positivos en la persona jurídica que deberán activarse como consecuencia de la imposición de una sanción o medida cautelar de importante envergadura, estos deberes serán de carácter positivo y estarán destinados a cumplir con el pago de acreedores y trabajadores de la empresa así como con las formalidades de su registro de baja de operaciones en



las entidades correspondientes. Es decir, nos encontraremos ante la formulación de deberes de contenido externo al propio funcionamiento de la entidad, habida cuenta de lo que se comprenderá como actividades destinadas a la culminación de sus actividades.

A continuación, se presentan algunas estrategias construidas a partir de investigaciones criminológicas que, sin tener vocación estadística, muestran algunos resultados positivos y negativos en función al contenido de los deberes generales y específicos trazados para las personas jurídicas en la línea de las cuatro estrategias antes esbozadas: disuasión, rehabilitación, restauración e inocuización. Posteriormente a este recuento, el presente apartado concluye con un breve desarrollo de legitimación y postulación de lo que considero únicamente sería factible de exigir en la persona jurídica: deberes de control por la comisión de un delito, como consecuencia de una estrategia mixta idónea para reducir la tasa de criminalidad empresarial en el país.

### 3.1. La Estrategia Disuasiva Para las Personas Jurídicas

El modelo disuasivo busca propiciar cambios en la estructura organizativa de las personas jurídicas, a través del temor que puede significar para sus directivos y accionistas la pérdida de control o de viabilidad de la entidad como consecuencia de la imposición de fuertes restricciones de derechos en su contra. En este modelo, priman las obligaciones positivas para las personas jurídicas y, ante su incumplimiento, se imponen consecuencias jurídicas de importante contenido sancionador.

Sin perjuicio del efecto intimidatorio que puede tener la sola regulación normativa en materia penal, resulta importante conocer cómo este puede comprobarse en el momento de la persecución y represión del delito. Al respecto, diversos estudios sostienen que la amenaza de la restricción de derechos a las personas jurídicas no se evidencia al momento final del proceso penal iniciado en su contra, siendo suficiente la sola sindicación de su eventual imposición durante el inicio de las investigaciones penales. El factor de incidencia utilizado por la doctrina para medir la amenaza de las consecuencias jurídicas es la reputación de la entidad. Al respecto, Silva Sánchez sostiene que basta con que la entidad forme parte de un proceso judicial penal dirigido a la imposición de una consecuencia jurídica, para que se evidencie el desprestigio de la organización ante la sociedad (Silva Sánchez, Montaner, & Varela, 2016, pág. 326). En la misma línea, aunque tomando en consideración la existencia de sentencias condenatorias contra las entidades, Fisse y Braithwaite comprobaron el efecto intimidatorio de la puesta en práctica de la normativa penal, a partir de los costos reputacionales en los que incurrieron las personas jurídicas condenadas para intentar mejorar su imagen ante la sociedad. Sobre este punto, los referidos autores concluyeron que los costos reputacionales se generaron como consecuencia de la publicidad dada por los medios de comunicación a la sentencia condenatoria (sanción formal) y la noticia criminal (sanción informal) que inicialmente transmitió los hechos que posteriormente dieron lugar a la condena (Fisse & Braithwaite, 1983; Rosoff, 2007).



No obstante, algunos autores han rescatado la relevancia de una u otra sanción al momento de determinar el efecto intimidatorio de la regulación, con el propósito de evaluar el centralismo del derecho penal como *prima ratio* sancionadora. En este sentido, sobre la base del esquema de Fisse y Braithwaite en cuanto a la existencia de sanciones formales e informales. Al darle mayor relevancia a esta segunda clase de sanción, Tiedemann sostiene que el carácter preventivo general de la publicación de una sentencia condenatoria contra la persona jurídica se mantiene incluso si se logra arribar a una transacción con la víctima (Tiedemann, 1985, pág. 167). Ante estas constataciones, Gómez Martín afirma que, ante la absolución de la persona jurídica, dicha sentencia también debería publicarse en los medios de comunicación para contrastar los efectos negativos de la publicidad del proceso penal (Gómez Martín, 2012, pág. 145).

Por otro lado, centrando los esfuerzos en las sanciones formales, diversos autores concentran el efecto disuasorio de las condenas a las personas jurídicas en la cuantía de la multa susceptible de imponerse en su contra (Cohen, 1988 y 1991) y en los costos procesales que genera su defensa (Alexander, 1999; Simpson & Koper, 1992). Al respecto, Sanz sostiene que dicha cuantía no debe ser inferior a la ventaja obtenida por la persona jurídica con la comisión del delito, ni a las multas administrativas dispuestas para sancionarla por la misma infracción o por una de similar contenido (2012). Para asegurar el éxito de este mecanismo disuasorio, Garoupa sostiene que los costos generados con la imposición de las consecuencias jurídicas no deben ser asumidos como gastos de la persona jurídica ni ser trasladados a sus directivos (2000, págs. 250 - 251). En la misma línea, Zúñiga Rodríguez afirma que las referidas consecuencias deben estar orientadas a suprimir todos los beneficios económicos obtenidos por la entidad con la comisión del delito (2000, pág. 240).

Escéptico de los efectos disuasivos atribuidos a las consecuencias jurídicas previstas para las entidades por la comisión de un delito, Ortiz de Urbina concluye respecto al ordenamiento español que no existe ninguna base empírica que justifique el uso preferente de la combinación "RPPJ/Derecho penal para individuos" sobre la combinación "Derecho administrativo para empresas/Derecho penal para individuos" (2013, págs. 273 - 274). Contrariamente, desde la comprensión del Derecho penal como un refuerzo de las demás disciplinas sancionatorias, algunos autores sostienen que las consecuencias jurídicas establecidas para las entidades desde el ámbito penal (*big gun*) constituyen, en realidad, un refuerzo disuasivo para asegurar el cumplimiento de aquellas formuladas desde los ámbitos disciplinario y administrativo (*the benign big gun*) (Larsson, 2012, págs. 37 - 42). Así, por ejemplo, Szott Moohr propone la combinación de altas multas penales para las personas jurídicas con sanciones de tipo civil, administrativo y disciplinario para los individuos (2003, págs. 973 - 975). Nieto Martín acoge estos postulados y formula un esquema piramidal, colocando en la cúspide a las consecuencias jurídicas penales previstas para las personas jurídicas y en la base a aquellas de connotación disciplinaria y únicamente previstas para los individuos. Según el referido autor, la finalidad disuasiva solamente recaerá sobre la primera clase de

sanciones, las cuales se activarán ante la ineficacia de las segundas (Braithwaite, 1982; Nieto Martín, 2015a).

Atendiendo a estos aportes criminológicos centrados en afirmar la necesidad de contar con mecanismos sancionatorios formales (penales o administrativos) e informales, a efectos de disuadir la comisión o el fomento de comportamientos delictivos al interior de la organización ante la eventual pérdida de la reputación empresarial, resulta importante analizar el doble sistema sancionatorio que existe en nuestro país respecto a la comisión de determinada clase de delitos. Pues, a diferencia de comprender que estaríamos ante un doble reforzamiento de medidas sancionadoras, consideramos que el exceso de estas facultades llevaría a un efecto contrario al de prevención, pues los gerentes y socios podrían comprender que los esfuerzos realizados para evitar la imposición de las medidas administrativas previstas en la Ley 30424, no resultarán suficientes para librarse de la imposición de las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 105 del Código penal. Toda vez que no será posible evitar la imposición de este último tipo de consecuencias jurídicas a partir de los requerimientos establecidos en la Ley 30424, pues los criterios de imputación establecidos para la imposición de una u otra clase de medidas son completamente diferentes entre sí. En definitiva, desde nuestro punto de vista, esta doble regulación lleva a la confusión acerca de cuál sería la estrategia disuasoria trazada contra las personas jurídicas en el ámbito penal peruano, dado que las finalidades, los alcances de vinculación entre el individuo y la entidad en sí misma, y los deberes verificables para esta y sus estructuras siguen cursos distintos.

La situación tampoco resulta favorable para aquellos delitos que se cometen a través de una persona jurídica y no gozan de esta dualidad sancionadora, pues en estos casos solo estaríamos ante la posibilidad de imponer consecuencias accesorias. Es así que estas medidas no contemplan postulados eximentes de responsabilidad y, por tanto, no se exigen si quiera el cumplimiento formal de deberes de transparencia y/o control en la entidad, tal como ocurre al amparo de la Ley 30424. Como consecuencia de ello, las únicas medidas precautorias a ser concedidas por la entidad se resumirían en aquellas que no acarreasen mayores costos que los beneficios susceptibles de obtenerse a nivel empresarial. En atención a estos postulados, consideramos que la prevención de la criminalidad organizacional no podrá verificarse en el país si se mantiene un esquema de doble sanción (administrativa y penal) para las personas jurídicas, ni si se continúa con la regulación general de un sistema de consecuencias accesorias por la comisión de un delito. El carácter penal o administrativo de las sanciones como mejor técnica para lograr la disuasión deseada, requiere de mayores estudios en el país.

Aunado a lo indicado, pensamos que también merecen mayor estudio los efectos disuasivos pasibles de fomentar el cumplimiento de deberes por parte de la persona jurídica, a partir de la amenaza de una sanción efectiva. Al respecto, nos resulta interesante la redacción del último párrafo del artículo 7 de la Ley 30424, el cual prevé la posibilidad de proceder al cobro coactivo del monto adeudado por concepto de multa a la persona jurídica, y la conversión de la medida pecuniaria

por otra que implica la prohibición definitiva de actividades en la organización (2016).

### 3.2. La Estrategia Rehabilitadora Para las Personas Jurídicas

La rehabilitación busca que el castigo sirva como un instrumento para evitar que la persona delinca en el futuro (Cid Moliné, 2009, pág. 30). Para alcanzar esta finalidad se parte de dos presupuestos: la capacidad de corrección de los individuos y la voluntad de estos para acceder al tratamiento impuesto como condena (Feijoo, 2014, pág. 67). En el marco de las consecuencias jurídicas pasibles de imponerse a las personas jurídicas, asimilamos ambos presupuestos a los siguientes elementos: la autorregulación atribuida a la entidad como manifestación externa de su capacidad de corrección (Gobert & Punch, 2009) y la voluntad manifestada por los socios de la entidad respecto a sujetarse al cumplimiento de las medidas correctivas. En lo atinente al tratamiento susceptible de imponerse a las personas jurídicas, coincidimos con Croall en el extremo de que este deberá centrarse en corregir los factores criminógenos que ocasionaron los defectos de organización en las entidades y que finalmente derivaron en la comisión de delitos (1992, pág. 158). Asimismo, tal como ocurre con la finalidad rehabilitadora de la pena aplicable a los individuos, las ideas postuladas para sustentar esta estrategia en las entidades no responden a los hechos previos o producidos con ocasión del delito, sino a la proyección de su previsible evolución futura al momento de su condena (Feijoo, 2016c, pág. 284). En la misma línea, Silva Sánchez hace referencia a un *triple juicio de constatación* para la imposición de consecuencias jurídicas penales a las personas jurídicas: el *juicio de pasado* que servirá para identificar el defecto de organización que permitió la comisión del hecho delictivo; el *juicio de presente*, para constatar si dicho defecto de organización ha sido corregido al momento de dictar resolución judicial; y, el *juicio de futuro*, para determinar si es previsible que la persona jurídica vuelva a delinquir (Silva Sánchez, 2013, pág. 36).

Como se ha tenido ocasión de resaltar, esta estrategia otorga un valor especial a las actuaciones realizadas a nombre de la persona jurídica con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. Sea que estas ocurran de forma espontánea o como consecuencia de la eventual sanción que se imponga en su contra. Así, por ejemplo, la corrección espontánea de los factores criminógenos de la entidad debería conllevar a la falta de necesidad de sancionar a la persona jurídica en el extremo de la imposición obligatoria de medidas dirigidas a buscar su corrección. Para los efectos que importan al presente trabajo, la postulación de una estrategia rehabilitadora implicará la formulación de deberes positivos para la estructura organizacional, ampliados en línea temporal al momento mismo de la comisión del delito y dinámicos en función a la necesaria comprobación cíclica de sus aportes correctivos.

A nivel normativo, esta estrategia ha sido pensada como un catálogo de medidas atenuantes y eximentes de responsabilidad para las personas jurídicas. En esta línea, Nieto Martín brinda algunos criterios valorativos que pueden ser utilizados para decantarse por la calificación de una persona jurídica como *corregible*

o *reincidente*. Al respecto, el referido autor afirma que una empresa es *corregible* cuando ha cometido un delito de manera ocasional, debiéndose imponer en su contra una multa o cualquier otra sanción de carácter disuasivo y pudiendo existir la posibilidad de que el juez suspenda la ejecución de la pena con la imposición de reglas de conducta como régimen de prueba para la persona jurídica. Contrariamente, una empresa será *reincidente* cuando se evidencie que se mantiene una continuidad ilícita en las actuaciones realizadas en su nombre, debiendo optarse en dicho caso por una sanción de tipo estructural a efectos de asegurar su rehabilitación, como es la intervención judicial de la persona jurídica (Nieto Martín, 2015b, pág. 78).

En los últimos nueve años, las legislaciones española y peruana han introducido en sus regulaciones algunos elementos con tendencia rehabilitadora, entre los cuales cabe destacar a la implementación de modelos de prevención de delitos con posterioridad a la comisión del delito, la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo, y la confesión de los individuos involucrados en la comisión del delito y/o de los representantes de la entidad que buscan crear una estructura rehabilitada sin estar involucrados con el ilícito. Todos estos elementos tienen en común el hecho de que se producen de forma espontánea por parte de los integrantes de la persona jurídica. Sin embargo, resulta importante acotar que, a pesar de estas iniciativas legislativas, en las normativas peruana y española no existe una medida que expresamente establezca lo siguiente: Intervención a la persona jurídica con la finalidad de reorganizar la estructura empresarial de la empresa, durante el tiempo suficiente para eliminar los factores criminógenos que derivaron en la comisión del delito. Lo que sí existe en ambos ordenamientos son medidas complementarias al catálogo de consecuencias jurídicas antes revisado, a través de las cuales el juez puede ordenar la intervención de la persona jurídica únicamente para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores. No obstante, esta intervención no está destinada a modificar la estructura organizativa de la entidad sino a asegurar el pago de derechos contraídos por la persona jurídica. Posiblemente, la opción del legislador obedezca al rol subsidiario del Estado en la economía y en la intervención del despliegue del derecho de asociación de los ciudadanos.

Contrariamente a la falta de observancia de medidas rehabilitadoras en las legislaciones española y peruana, Gómez Tomillo afirma que se verifica parcialmente el sentido correctivo de lo aquí señalado en la medida de “prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”, regulada en el artículo 33.7.f) del Código Penal español (1995), el artículo 105.4 del Código Penal peruano (1991) y el artículo 5.2 de la Ley 30424 (2016). Según el referido autor, la ejecución de esta medida requiere del despliegue de deberes positivos en la estructura organizativa, dirigidos a realizar continuos seguimientos al interior y exterior de la entidad, para asegurar que las actuaciones ilícitas no se vuelvan a repetir (Gómez Tomillo, 2015, pág. 40).

### 3.3. La Estrategia Restauradora Para las Personas Jurídicas

La finalidad principal de esta estrategia consiste en que la imposición de consecuencias jurídicas para las personas jurídicas permita la reparación de las víctimas y la comunidad que hayan resultado afectadas por los hechos delictivos vinculados a sus actividades (Braithwaite, 1989, págs. 100 - 101; Nieto Martín, 2015a, pág. 125). Para alcanzar este propósito es necesario cumplir dos requisitos: que el infractor reconozca su responsabilidad ante las víctimas afectadas y les expida disculpas, y que estas acepten dicho reconocimiento como un paso fundamental para ver sus emociones restablecidas al momento previo de la comisión del delito. Así las cosas, el concepto de reparación no debe enfrascarse en un contenido económico. En efecto, Goena Vives afirma que la reparación debe incluir otras medidas que puedan tener mayor importancia para las víctimas, como, por ejemplo, un pedido de disculpas públicas, la publicación de la sentencia condenatoria en los medios de comunicación, la publicidad adversa a la entidad, la inscripción de la empresa en determinados registros de acceso público, o la obligación de realizar prestaciones en beneficio de la comunidad (Goena Vives, 2017, pág. 125).

En lo concerniente a las regulaciones española y peruana, se tiene que ninguna de estas legislaciones contempla medidas intrínsecamente reparadoras. Es posible apreciar un atisbo de esta finalidad en la incorporación del pago de la reparación civil fijada por el juez penal, como una circunstancia atenuante de responsabilidad para la persona jurídica. Al respecto, se tiene el contenido del artículo 31quater.c) del Código Penal español (1995), el artículo 105-A.6 del Código Penal peruano (1991) y el artículo 12.c de la Ley 30424 (2016). De lege ferenda resultaría interesante incorporar en ambas legislaciones un mayor número de medidas de carácter reparador susceptibles de aplicarse al inicio del proceso penal y durante la ejecución de la condena.

### 3.4. La Estrategia Inocuidadora para las Personas Jurídicas

El propósito de la inocuidación consiste en eliminar las oportunidades delictivas de los infractores, a través de la imposición de consecuencias jurídicas de grave intensidad y extensión (Cid Moliné, 2009, pág. 31). Es por ello que, al igual que las estrategias rehabilitadora y restauradora, en este supuesto el juez penal también realiza una evaluación de la persona jurídica en función a una proyección futura del transcurso que tomarán sus actividades. Se llegaría a concluir, en estos supuestos, que los defectos organizativos de la entidad no han sido corregidos al momento de dictar sentencia y, por tanto, la estructura de la persona jurídica continúa favoreciendo o encubriendo la comisión de delitos por parte de sus miembros. En palabras de Nieto Martín y Echarri Casi, nos encontramos ante entidades con escasas posibilidades de autorregulación y rehabilitación, donde la continuidad de sus operaciones pone en peligro una serie de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, por estar comprendidas todas o sus principales actividades en la comisión de delitos (Echarri Casi, 2003, pág. 86; Nieto Martín, 2015b, pág. 78).

La medida inoquizadora por excelencia es la disolución de la persona jurídica, toda vez que es la única consecuencia jurídica que anula todas las posibilidades jurídicas y fácticas de que la entidad resulte nuevamente involucrada en la comisión de delitos. En atención a sus efectos, dicha medida ha sido denominada por la doctrina como “pena capital para las agrupaciones” (Tiedemann, 1987, pág. 168; Zuñiga Rodríguez, 2000, pág. 240) y como “pena de muerte empresarial” (Gómez-Jara Díez, 2016, pág. 109).

La doctrina ha identificado dos clases de personas jurídicas incorregibles: a) Aquellas entidades que resultaron involucradas en la comisión de comportamientos abiertamente ilícitos durante el transcurso de sus actividades, pero es posible apreciar cierta legalidad en determinados aspectos de las mismas (Snider, 2008); y, b) Aquellas entidades que solo están formalmente constituidas, pero sus integrantes realmente no realizan ninguna actividad comercial más allá de la delictiva. A esta segunda clase de personas jurídicas también se les denomina “empresas de fachada” (Gómez-Aller, 2012, pág. 172; Nieto Martín, 2012, pág. 109). Cabe destacar que, en ambos casos es importante que las actividades ilícitas guarden relación con el desarrollo de las principales actividades comerciales y/o el objeto social de la entidad.

Además de la disolución de la persona jurídica, puede ocurrir que algunas consecuencias jurídicas impuestas con carácter temporal o cautelar adquieran, de facto, perennidad en el tiempo porque la duración de sus efectos no puede ser soportada económicamente por la persona jurídica. Al respecto, Gómez-Aller considera que, si bien medidas como la clausura de locales y la inhabilitación son temporales, para determinadas personas jurídicas como las sociedades anónimas profesionales y las pequeñas empresas familiares pueden significar auténticas disoluciones (Gómez-Aller, 2012, pág. 75). Tampoco escapan a esta lógica, las multas de alta cuantía (Ortiz de Urbina, 2014, pág. 64). En el escenario peruano y justamente a raíz de la pandemia por el COVID-19, resultan altamente perceptibles los efectos perjudiciales que trae para una persona jurídica el no continuar con sus actividades durante 2 o 3 meses, al punto de que muchas de ellas han cerrado, se han declarado en quiebra o han pasado a acogerse a la liquidación de sus activos. Ello, sin importar que el alcance de sus actividades empresariales sea de connotación pequeña, mediana o grande.

#### **4. Esbozo de la Formulación de un Deber de Control Para las Personas Jurídicas en la Legislación Peruana**

La evidencia criminológica constata que las personas jurídicas generan y propician escenarios de riesgo delictivo a partir de los comportamientos individuales y colectivos que se gestan al interior de su estructura organizacional. Sin lugar a duda, este hecho legitima la intervención del derecho para regular y sancionar la creación y perennación de este contexto de ilicitud. Sin embargo, no existen estudios suficientes que permitan identificar que la regulación idónea para este marco sancionador deba darse desde el derecho penal, toda vez que, como se ha tenido ocasión de apreciar, el carácter estigmatizador de la sanción no solo depende de



la existencia de un contenido formal sino también de sanciones informales que se encuentran alejadas de este ámbito normativo.

Lo señalado no debería alejarnos de nuestro propósito de formular un deber idóneo de exigirse en la estructura organizacional de las personas jurídicas, pues el contenido sancionador de la reacción jurídica sí se encuentra respaldado. Desde nuestra opinión y acogiendo las diferentes opciones normativas postuladas por la doctrina, consideramos que en definitiva debe formularse un deber de control sobre la generación, el aprendizaje y la perpetuación de comportamientos desviados al interior de una organización. En efecto, la estrategia debe partir por identificar un deber general a exigirse en la persona jurídica entendida como una estructura de individuos que son más que ello, en la medida en que el comportamiento grupal añade valores y riesgos criminógenos que la actuación individual por sí sola podría mantener ocultos o no explorados. Consideramos que este deber general no debe ser la prevención de actividades delictivas, porque la dinámica de una empresa (sea esta pequeña, mediana o grande) impide que pueda asegurar de forma sostenida en el tiempo una serie de actuaciones dirigidas a prevenir la comisión de toda clase de delitos, incluso de aquellos normalmente vinculados con su actuación empresarial. Ello, debido a que los comportamientos ilícitos que puedan generarse como consecuencia de la interacción de los individuos al interior de una persona jurídica pueden responder a factores endógenos y exógenos de cada uno de los trabajadores de la entidad y de aquellos que estarían por incorporarse a la persona jurídica en un futuro. Este aspecto abre un abanico de posibilidades y resultados de interacción que resultan imposibles de predecir en su totalidad, y que podrían llevar incluso a la sobredimensión de los costos operativos de una entidad en esta materia. Tal es así que, si se entiende a la prevención como la posibilidad de evitar plenamente la comisión de delitos en el marco de la estructura empresarial, bastaría que se compruebe una actividad delictiva de carácter violento al interior de la organización y como consecuencia de la interacción de sus integrantes en el desarrollo de su objeto social (por ejemplo, un delito de homicidio o lesiones), para comprender que esta actuación sería atribuible a la persona jurídica y legitimaría una sanción disciplinaria o referida a las consecuencias accesorias. Esta conclusión resulta a todas luces ineficiente, pues no podríamos atribuirle a la estructura organizacional una responsabilidad por aquellas actuaciones de sus integrantes que escapan a las posibilidades efectivas de control de la entidad y que únicamente son resultado de los factores criminógenos gestados en aquellos. La postulación de un deber de esta magnitud resulta a todas luces ineficiente y dirigido a verificar siempre un incumplimiento en su formulación.

Consideramos importante detenernos en los alcances de los factores criminógenos individuales como parte del análisis de los deberes aquí postulados para la entidad. Cigüela ya había postulado la responsabilidad de la entidad por la coproducción de estos factores criminógenos. Esta idea resulta fundamental para el planteamiento aquí aludido, toda vez que la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito únicamente puede formularse desde el extremo



de una necesaria confluencia de factores criminógenos por parte de la entidad y el individuo. Solo los primeros fundamentarán el extremo correspondiente a la organización, pero necesariamente se requiere de una presencia de factores criminógenos que surgen y son parte del propio individuo que finalmente realiza el comportamiento criminal. Es justamente la permisividad de esta confluencia la que finalmente determina la existencia de una responsabilidad y sanción para las personas jurídicas. En esta medida, debe quedar claro desde el punto de vista aquí defendido que la entidad no debe ni puede (en términos pragmáticos) eliminar los factores criminógenos de los individuos que la integran, pues esta clase de intervención podría incluso ser altamente cuestionable en los términos del alcance de las libertades establecidas para los ciudadanos en general. Lo que realmente debe ser parte de las labores de control de la entidad es justamente ese extremo dirigido a evitar la generación, permanencia y perpetuación de los factores criminógenos atribuibles a la entidad. Desde la criminología se han evidenciado las posibles confluencias de las teorías criminológicas más atendibles en este punto, las cuales son medibles no en el sentido del desempeño individual de los integrantes de la organización sino en el campo de la interacción o posibilidades de interacción de estos, llegando a constatar la incidencia de factores criminógenos situacionales en la organización y el afincamiento de subculturas de incumplimiento normativo.

Ante esta constatación, consideramos que lo ideal es establecer un deber general de control de los factores criminógenos que puedan surgir en la estructura organizacional de las personas jurídicas como consecuencia de las interacciones antes aludidas, entendidos estos no desde un contenido preventivo en el sentido de buscar la eliminación total de los referidos factores, sino en el sentido de lograr su identificación, eliminar los alcances de la incidencia previamente identificada y revisar continuamente la no generación o permanencia de los mismos en la entidad. De esta forma, en caso de que un delito llegue a cometerse como consecuencia de las operaciones de la persona jurídica, deberá evaluarse si esta actuación individual responde o no a los factores criminógenos previamente identificados y supuestamente eliminados o asegurados por parte de la entidad. De comprobarse esto último, habría entonces que centrarnos en analizar las posibles consecuencias jurídicas por el incumplimiento de los deberes específicos. A continuación, procedemos brevemente a esbozar estas consecuencias e incluso a analizar la posibilidad de postular las sanciones en función a las cualidades de los deberes incumplidos. Ahora bien, podría cuestionarse el hecho de por qué, si haciendo referencia a la eliminación de incidencia de factores criminógenos, no se equipara este contenido a la prevención de delitos propiamente dicha, porque consideramos que el control exigible a la entidad debe basarse sobre una previa labor de identificación de los referidos factores, lo cual si bien requiere un desempeño consciente y óptimo, también es igualmente cierto que finalmente se trata del desarrollo de una técnica profesional ajustada a la propia organización, lo cual requiere de una constante especialización y desempeño incluso para quienes se encuentran a cargo de esta tarea en o para la entidad. Tal es así que, inicialmente y de acuerdo con el estado del arte y el desarrollo del contexto social donde ope-

ra cada entidad, podrán identificarse determinados factores criminógenos en la interacción o potencial interacción de los integrantes de la persona jurídica. Sin embargo, de acuerdo con los cambios que puedan sufrir las actividades empresariales y el contexto mismo de las operaciones, esta revisión inicial deberá ir ajustándose probablemente de forma trimestral, semestral o anual, dependiendo de los cambios y necesidades de la propia entidad. No obstante, existen determinados escenarios donde a pesar de todas las previsiones y despliegues de control realizadas por la entidad, habrán supuestos en los que no es posible identificar con suficiente anticipación un nuevo factor criminógeno en la entidad pues este responde a escenarios igualmente impredecibles a nivel social. Por ejemplo, el caso de personas que al interior de una entidad resultan contagiadas con COVID-19 como consecuencia de su desempeño laboral y que empiezan a presentar comportamientos de anomia ante la muerte de sus familiares o compañeros de trabajo y la falta de una atención eficiente en los servicios de salud nacionales. Las posibles variaciones en el contenido de previsibilidad de los factores criminógenos necesitan de un mayor desarrollo no susceptible de realizar en este corto espacio de trabajo.

Atendiendo a lo aquí señalado y en lo que respecta a la regulación peruana pensamos que, además del hecho de mantener para determinados delitos un doble sistema de atribución de responsabilidad para las personas jurídicas por la comisión de un delito, una clara deficiencia que presenta nuestra regulación es que no cuenta con una correcta delimitación de un deber genérico de atribución de responsabilidad. Al respecto, debemos recordar que la Ley 30424 hace referencia a dos finalidades diferenciadas y opuestas: prevención de delitos y disminución de riesgos. Tampoco cuenta con una clara distinción de deberes específicos que coadyuven a la postulación de este control anteriormente definido en el trabajo. Probablemente, los esfuerzos del legislador peruano deben ir en la línea de los últimos desarrollos doctrinales, los cuales justamente se centran en la concreta identificación de estos deberes de control específicos, los cuales deberán estar pensados a efecto de contribuir con el deber general antes desarrollado. Tal es así que, desde la postura defendida en esta investigación, creemos oportuno que al menos se construyan tres deberes específicos de control: el deber de control de identificación de factores criminógenos, el deber de eliminación o confinamiento de los factores criminógenos previamente identificados, y el deber de corrección o evaluación constante de los dos ejercicios anteriores.

El deber de identificación de factores criminógenos requiere necesariamente la transparencia en la formulación de procesos al interior de la entidad, la constatación de los valores que determinan la postulación de uno u otro factor criminógeno y la determinación de una escala de preponderancia de estos factores. En el esquema empresarial, esto ha sido considerado dentro de las labores de elaboración de una matriz de riesgos y el diseño de procesos. Nuestra única objeción a esta propuesta sería que la matriz de riesgos debería identificar como parte de sus riesgos de connotación penal a aquellos susceptibles de evidenciarse en la interacción de sus integrantes y no únicamente de los procesos evidenciados,

pues uno y otro no coincidirán necesariamente. Sobre este punto, nos gustaría añadir brevemente que los alcances de transparencia aquí mencionados deberían pensarse desde un real sentido. Por ejemplo, introduciendo el desarrollo de las medidas que conllevan a este deber de identificación en un registro estatal de acceso público similar al portal de “Consulta amigable” del Ministerio de Economía y Finanzas. Ello, debido a que resulta materialmente imposible que una entidad del Estado pueda validar o fiscalizar cada uno de estos desarrollos de forma previa al inicio de las operaciones de una persona jurídica, resultando mucho más factible que esta información se ingrese en un registro de fácil acceso digital y que de esta forma pueda ser consultado por las autoridades y los privados que desean realizar negocios con la entidad.

En cuanto al deber de eliminación o confinamiento de los factores criminógenos previamente identificados, creemos que en la medida de lo posible estos deben ser eliminados a través de la corrección de las interacciones situacionales que favorezcan su aparición. Sin embargo, dependiendo de las actuaciones empresariales, podrá ocurrir que en algunos casos no sea posible esta eliminación porque el giro de la propia empresa requiere de la interacción de determinados perfiles con potencial incidencia criminógena. Por ejemplo, pensemos en los corredores de la bolsa de valores u otras actividades que requieren de la interacción de perfiles agresivos y competitivos en una misma área laboral. En estos casos probablemente no podamos eliminar el factor criminógeno sin eliminar a su vez el giro del negocio, pero sí es posible confinar su aparición para áreas concretas de la empresa y siempre bajo el despliegue de un control externo adicional a cualquier toma de decisiones que puedan efectuar sus integrantes.

Finalmente, el deber de evaluación constante de los deberes específicos anteriormente desarrollados, requiere de una determinación por parte de la propia entidad acerca de la necesidad de revisar cada cierto tiempo los factores criminógenos inicialmente trazados. Consideramos que debe establecerse un periodo estándar de revisión de 3 meses y luego ajustar estos tiempos a la necesidad de cada empresa, salvo la existencia de circunstancias extraordinarias que requieran de una revisión inmediata de los factores y su incidencia de aparición. La transparencia de la información referida a los resultados de estas revisiones también debería ser de conocimiento público.

Para concluir la presente investigación consideramos importante referirnos a dos puntos adicionales: los cuestionamientos a los deberes de control que resultan exigibles a los privados como parte de las labores de policía ajenas a su condición de ciudadanos, y la estrategia idónea que resulta de la formulación de los deberes de control y específicos antes señalados. En cuanto al primer extremo, pensamos que las exigencias de control de los factores criminógenos que pudieran derivar en la comisión de delitos con ocasión de las actuaciones de las personas jurídicas, no implican una labor excesiva de policía si es que únicamente se centran en aquellos factores que resultan de la interacción de los integrantes de la entidad y no están dirigidos a cuestionar los aspectos éticos o morales que pudieran conformar los propios factores criminógenos de dichas personas. En esa medida, considera-

mos que se estaría extendiendo la misma previsibilidad que actualmente se exige para cualquier individuo que actúa de forma no asociada u organizada: controla los factores criminógenos que pudieran devenir en delitos, pues de lo contrario serías declarado responsable de un ilícito y se aplicarían consecuencias jurídicas en tu contra. Si esta actuación individual se produce en el esquema de una organización, pensamos que resulta idóneo que sea la propia entidad la llamada a controlar el desenlace de los factores que nacen y buscan perpetuarse con ocasión de sus operaciones. En cuanto al segundo extremo identificado, postulamos una estrategia mixta con la siguiente disgregación: estrategia disuasoria, inocuidadora y restauradora para la formulación de un deber general y sus alcances sancionadores, las cuales dependerán del alcance de las actividades ilícitas identificadas en la entidad finalmente analizada y su prognosis de actuación futura, y estrategia rehabilitadora para la formulación y desarrollo de deberes específicos.

### Conclusiones

1. Solo los discursos de orientación sistémica permiten entender la verdadera necesidad y alcances de regulación para la responsabilidad y sanción de las personas jurídicas en el ámbito penal.

2. La dogmática desarrollada en esta materia inició sus formulaciones en un sentido focalizado referido a cuestionar la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias o las medidas dispuestas desde el ordenamiento penal para las personas jurídicas por la comisión de un delito, enfrascándose posteriormente en los criterios de conexión que deberían verificarse entre el individuo y la entidad para hacer posible la atribución de responsabilidad. Estas formulaciones no resultaban eficientes para explicar la problemática evidenciada por la criminología y la política criminal. Con el paso de los años se añadieron a estos contenidos una visión que incorporaba los postulados de una política criminal que reiteraba su falta de idoneidad al no tomar en consideración la posibilidad de ampliar los horizontes de su formulación a los aportes de la criminología.

3. La evidencia criminológica resumida en este trabajo, aunque no de forma específica para la realidad peruana, identifica dos discursos para fundamentar la legitimación de la intervención sancionadora en este ámbito: la existencia de factores criminógenos que nacen de la interacción de los integrantes de una persona jurídica y con ocasión de la puesta en marcha de sus operaciones, y la necesidad de contar con una estrategia normativa dirigida a eliminar o confinar estos factores criminógenos previamente identificados.

4. Los contenidos aquí revisados permiten formular deberes de control genérico y específicos como propuesta de eliminación o confinamiento de los factores criminógenos antes identificados, y su inserción en una estrategia normativa mixta en función a la verificación de cada uno de ellos. No obstante, debemos señalar que esta propuesta requiere de una necesaria construcción de data criminológica que permita contrastar su idoneidad. Esto no solo deberá incluir a los sectores formales de la economía que actúan de forma asociada a través de personas jurídicas, sino también a aquellas entidades que sin tener propiamente un giro

económico participan de estas prácticas asociadas, como son las organizaciones sin fines de lucro y las asociaciones civiles. Asimismo, resulta necesario incluir en este análisis al sector informal, sin hacer una necesaria vinculación lógica hacia la ilicitud de sus prácticas.

5. Finalmente, el escenario peruano de las prácticas asociativas es realmente diverso y problemático, pues si miramos a la realidad interna tenemos entidades que en su mayoría son pequeñas, unipersonales o informales. No obstante, si realizamos el mismo análisis respecto de la realidad externa, podemos encontrar grandes compañías que tienen su matriz o filiales en el país y que aparentemente cumplen con todos los estándares internacionales de cumplimiento normativo. Sin perjuicio de ello, y ante el necesario estudio profundo que debe hacerse a esta realidad, es importante repensar la finalidad de la intervención penal en este sector y replantearnos la fórmula actual de prevención diseñada para combatir la criminalidad empresarial en el Perú. Toda vez que, esta se ha previsto como un deseo sin contenido y solo formalmente regulado en obligaciones de comunicación al interior de la empresa, lo cual finalmente termina favoreciendo a quienes tuvieron mayor capacidad de invertir en la creación de matrices de riesgo y esquemas formales de denuncia al interior de la entidad, pero resultan completamente ajenas a cualquier posibilidad material de “prevención” de delitos, entendida como no la comisión de delitos o de su reincidencia en la organización.

6. Lo aquí expuesto de ninguna forma implica una sobrerregulación de deberes desde la normativa penal o administrativa, pero sí consideramos oportuno la inclusión de los deberes generales y específicos aquí postulados para clarificar cuáles son las directrices rectoras del diseño de una política criminal dirigida a combatir la criminalidad empresarial.



## REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2011). Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. *Centro de Investigacion Interdisciplinaria En Derecho Penal Económico*(72). Obtenido de [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar)
- Abanto Vásquez, M. (2011b). Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares. En J. Urquizo Olaechea, M. Abanto Vásquez, & N. Salazar Sánchez, *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Tomo 1* (págs. 19 - 67). Madrid: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Abanto, M. (2011). Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. En N. Sanchez, *Dogmática Penal - Homenaje a Klaus Tiedemann* (págs. 89 - 91). Lima: USMP: Fondo Editorial.
- Akers, R., & Sellers, C. (2013). *Criminological Theories*. London: Oxford University Press.
- Alexander, C. R. (1999). On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence. *The Journal of Law and Economics*, 42(s1), 489 - 526.
- Apel, R., & Paternoster, R. (2009). Understanding "Criminogenic" Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship. En S. Simpson, & D. Weisburd, *The Criminology of White-Collar Crime* (págs. 15 - 33). New York: Springer.
- Artaza, O., & Galleguillos, S. (2018). El deber de gestión del riesgo de corrupción en la empresa emanado de la ley 20393 de Chile: especial referencia a las exigencias de identificación y evaluación de riesgo. *Derecho PUCP. REvista de la Facultad de Derecho*(81), 227 - 262.
- Bacigalupo, E. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, las teorías de la pena y el sujeto del derecho penal. En E. Bacigalupo, *Compliance y derecho penal* (págs. 99 - 120). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bajo Fernández, M. (1978). *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas.
- Bajo Fernández, M., & Bacigalupo, S. (2010). *Derecho Penal económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudio Ramón Araces.
- Benson, M., Madensen, T., & Eck, J. (2009). *White-Collar Crime from an Opportunity Perspective*. New York: Springer.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2012). *Viejo y nuevo Derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Bernard, T., Snipes, J., & Gerould, A. (2016). *Vold's Theoretical Criminology*. London: Oxford University Press.
- Boldova Pasamar, M., Gracia Martín, L., & Alastuey Dobón, M. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Braithwaite, J. (1982). Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. *The Michigan Law Review Association*, 80(7), 1466 - 1507.
- Braithwaite, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.



- Bramont-Arias, L. (2001). *Código penal anotado* (4ta ed.). Lima: San Marcos.
- Busato, P. C. (2019). *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Caro Coria, D. C. (2001). La responsabilidad de lapropia Persona juridica en el Derecho Penal peruano e iberoamericano. *Derecho PUCP. Revista de La Facultad de Derecho*(54), 419 - 474.
- Carrión Zenteno, A. (2018). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Lima: Academia de la Magistratura. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=RDSBV0CcQWM>
- Castillo Alva, J. L. (2001). *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: IDEMSA.
- Cid Moliné, J. (2009). *La elección del castigo: suspensión de la pena o “probation” versus presión*. Barcelona: Bosch.
- Cigüela Sola, J. (2015). *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Cigüela Sola, J. (2016). El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción de la persona jurídica. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*(1), 1 - 28. Obtenido de <http://www.indret.com/pdf/1200.pdf>
- Código Penal [CP]. (1991). (Perú).
- Código penal de Santa Cruz. (1836). (Perú).
- Código Penal Español [CPe]*. (1995). (España): Ley Orgánica 10/1995.
- Código Penal Español de 1822*. (1822). Madrid.
- Código Penal Español de 1928*. (1928). Madrid.
- Cohen, M. (1988). Corporate crime and punishment: a study of social harm and sentencing practice in the Federal Courts 1984 - 1087. *American Criminal Law Review*(26), 605 - 660.
- Cohen, M. (1991). Corporate crime and punishment: an update on sentencing practice in the Federal Courts: 1984 - 1987. *American Criminal Law Review*(71), 247 - 180.
- Coleman, J. S. (1987). Families and Schools. *Educational Researcher*, 16(6), 32 - 38.
- Congreso de la República. (2016). *Acta de la décimo sesión ordinaria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos*. Lima.
- Constitución Española. (1978, 29 de diciembre). (España).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993 ). [*Constitución*]. (Perú).
- Croall, H. (1992). *White collar crime: criminal justice and criminology*. Buckingham: Open University Press.
- Dan-Cohen, M. (2013). Epilogue on “corporate personhood” an humanity. *New Criminal Law Review*, 16(2), 300 - 308. doi:<http://doi.org/10.3366/ajicl.2011.0005>
- Díez Ripollés, J. L. (2020). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española. En J. L. Díez Ripollés, *Política Criminal y Derecho Penal - Estudios* (pág. 1473). Valencia: Tirant lo Blanch.

- DL. 1351 [con fuerza de ley]. (6 de enero 2017). *Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana.*
- DL. 1352 [con fuerza de ley]. (06 de enero de 2017). *Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.*
- DL. 813 [con fuerza de ley]. (20 de abril de 1996). *Ley Penal Tributaria.*
- DL. 982 [con fuerza de ley]. (21 de julio de 2007). *Decreto Legislativo que modifica el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635.*
- DS. 002-2019-JUS. (08 de enero de 2019). *Reglamento de la Ley 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas.*
- Echarri Casi, F. L. (2003). *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias.* Navarra: Aranzadi Editorial.
- Feijoo, B. (2014). El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable. En *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Tomo II* (págs. 41 - 70). Barcelona: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Feijoo, B. (2014). *La legitimidad de la penal estatal: un breve recorrido por las teorías de la pena.* Granada: Iustel.
- Feijoo, B. (2016a). *El delito corporativo en el código penal español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas.* Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Feijoo, B. (2016b). Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español. En M. Bajo Fernandez, B. Feijoo, & C. Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas : adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (págs. 67 - 73). Madrid: Aranzadi - Thomson Reuters.
- Feijoo, B. (2016c). Las consecuencias jurídicas del delito. En M. Bajo Fernandez, B. Feijoo, & C. Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas : adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (págs. 273 - 296). Madrid: Civitas - Thomson Reuters.
- Feijoo, B. (2019). Un breve análisis de la Responsabilidad Administrativa de las Personas jurídicas regulada en la Ley 30424. Entrevista al Dr. Bernardo Feijoo Sánchez. *Derecho & Sociedad: Asociación Civil*, 231 - 235. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21224/20929>
- Fernández Díaz, C. R., & Chanjan, R. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*(77), 349 - 379.
- Fisse, B., & Braithwaite, J. (1983). *The Impact of Publicity on Corporate Offenders.* New York: State University of New York Press.
- Galán Muñoz, A. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas trans la resforma de la LO 1/2015.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Caverro, P. (2008). *La persona jurídica en el derecho penal.* Lima: Grijley.
- García Caverro, P. (2012). *Derecho Penal Parte General.* Lima: Grijley.

- García Cavero, P. (2018). Sanciones penales a las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Penal 2015 - 2016. Problemas Actuales de Política Criminal*, 161 - 179.
- Garoupa, N. (2000). Corporate Criminal Law and Organization Incentives: A Managerial Perspective. *Managerial and Decision Economics*(21), 243 - 252.
- Giusti, M. (2008). El sentido de la ética. En M. Giusti, *El soñado bien, el mal presente. Rumores de ética* (págs. 17 - 50). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gobert, J., & Punch, M. (2009). Self-regulation and the Socially Responsible Company. En H. Croall, *Corporate Crime* (págs. 279 - 311). Glasgow: SAGE.
- Goena Vives, B. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Martín, V. (2012). Relator en la Primera sesión: la estructura de imputación del artículo 31 bis y aspectos conexos. En J. Gómez-Aller, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: una reflexión colectiva* (págs. 135 - 145). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Martín, V. (2014). Falsa alarma: sociedades delinquere non potest. En M. Ontiveros Alonso, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (págs. 207 - 254). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Martín, V., & Valiente Ivañez, V. (2016). Responsabilidad penal de la persona jurídica. En M. Corcoy Bidasolo, & V. Gómez Martín, *Manual de Derecho penal, económico y de empresa: Parte General y Parte Especial, Tomo 2* (págs. 116 - 147).
- Gómez Tomillo, M. (2010). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Lex Nova.
- Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la responsabilidad a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Aranzadi.
- Gómez-Aller, J. (2012). Ponencia. En J. Gómez-Aller, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: una reflexión colectiva* (págs. 67 - 78). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez-Jara Díez, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez-Jara Díez, C. (2012). La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (artículo 31bis del Código Penal). En C. Gómez-Jara Díez, *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Propuestas globales contemporáneas* (págs. 301 - 341). Lima: ARA Editores.
- Gómez-Jara Díez, C. (2016). La culpabilidad de la persona jurídica. En M. Bajo Fernández, B. Feijoo, & C. Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas : adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (págs. 143 - 2019). Madrid: Civitas Thomson Reuters.

- Gómez-Jara, C. (2016). Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En M. Bajo Fernández, B. Feijoo, & C. Gómez-Jara, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas : adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (págs. 89 - 119). Madrid: Thomson Reuters - Civitas.
- Gracia Martín, L. (2016). Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5(18), 1 - 95.
- Gracia Martín, L. (2017). ¿Tiene hoy sentido -y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance- algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica? En J. C. Faria, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 115 - 128). Barcelona: B de F.
- Gracia Martín, L. (2018). Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas “penas”, medidas de seguridad “penales” u otra especie de sanciones “penales” aplicables a personas jurídicas. En L. Gracia Martín, *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Pr. Dr. Dr. H. C. Juan Ma Terradillos Basoco* (págs. 487 - 505). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gracia Martín, L., Alastuey Dobón, M., & Boldova Pasamar, M. (2016). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Heine, G. (2001). La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. En B. Hurtado Pozo, B. del Rosal Blasco, & R. Simons Vallejo, *La responsabilidad criminalidad de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (págs. 49 - 72). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Heine, K. (2011). *Organizational Science meets Law and Economics*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Hernández Basualto, H. (2018). rocedencia de una “eximente o defensa de cumplimiento” de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 427 - 451.
- Hirschi, T., & Gottfredson, M. (1987). Causes of White-collar Crime. *Criminology*.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Grijley.
- Hurtado Pozo, J. (2015). *Compendio de Derecho penal económico. Parte general. Curso universitario*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificual Universidad Católica del Perú.
- Hurtado Pozo, J., & Meini Méndez, I. (2001). Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano. En B. del Rosal Blasco, J. Hurtado Pozo, & R. Simons Vallejo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (págs. 73 - 107). Valencia: Tirant lo Blanch.
- La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. (2015). En L. Arroyo, & A. Nieto Martín, *Autorregulación y Sanciones* (págs. 249 - 318). Thomson - Aranzadi: Madrid.

- Lampe, E. J. (2003). *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Grijley.
- Larsson, P. (2012). Regulation of Corporate Crime: From Punishment to Self-Regulation. *Journal Of Scandinavian Studies, Criminology & Crime Prevention*, 13, 31 - 46.
- Latimer, J., Dowden, C., & Muise, D. (2005). The Effectiveness of Restorative Justice Practice: A Meta-Analysis. *The Prison Journal*, 85(2), 127 - 144.
- Ley 16185, 1966. (28 de junio de 1966). *Ley de Represión del Contrabando*.
- Ley 17681, 1969. (03 de junio de 1969). *Sancionarán violación de normas para comercializar artículos alimenticios*.
- Ley 28008. (19 de junio de 2003). *Ley de los Delitos Aduaneros*.
- Ley 30077. (20 de agosto 2013). *Ley contra el crimen organizado*.
- Ley 30424. (20 de abril de 2016). *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*.
- Ley 30835. (01 de agosto de 2018). *Ley que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*.
- Ley Orgánica 1/2015. (30 de marzo de 2015). *Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código penal*.
- Ley Orgánica 5/2010. (22 de junio 2010). *Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal*.
- Ley Orgánica 7/2012. (27 de diciembre 2012). *Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*.
- Linnenluecke, M., & Griffiths, A. (2010). Corporate Sustainability and Organisational Culture. *Journal of World Business*(45), 357 - 366.
- Mañalich, J. P. (2011). Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 279 - 310.
- Meini Méndez, I. (1999). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mir Puig, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01(6), 17.
- Molina Fernández, F. (2016). Societas peccare non potest... nec delinquere. En S. Bacigalupo, B. Feijoo, & J. Echano, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (págs. 361 - 415). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces .
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Granada: Iustel.
- Nieto Martín, A. (2012). Ponencia. En J. Gómez-Aller, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: una reflexión colectiva* (págs. 103 - 110). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2015a). Autorregulación “compliance” y justicia restaurativa. En A. Nieto Martín, & L. Arroyo Jiménez, *Autorregulación y Sanciones* (págs. 99 - 134). Madrid: Thomson-Aranzadi.



- Nieto Martín, A. (2015b). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. En A. Nieto Martín, J. Lascuraín Sánchez, & I. Blanco Cordero, *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (págs. 49 - 109). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nino, C. S. (1991). *Introducción al análisis del derecho*. Madrid: Ariel.
- Ortiz de Urbina, I. (2013). Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere non potest). En L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno, & M. Bermejo, *Compliance y teoría del Derecho penal* (págs. 263 - 282). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ortiz de Urbina, I. (2014). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way. En J. Hortal Ibarra, & V. Valiente Iváñez, *Responsabilidad de la empresa y compliance* (págs. 35 - 88). Buenos Aires: B de F.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2009). *Nuevo proceso penal : reforma y política criminal*. Lima: IDEMSA.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2009). *Nuevo proceso penal: reforma y política criminal*. Lima: IDEMSA.
- Ragués i Valles, R. (2017). *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Reed, G., & Yeager, P. (2006). Organizational Offending and Neoclassical Criminology: Challenging the Reach of A General Theory of Crime. *Criminology*(34), 357 - 382.
- Robles Planas, R. (2012). Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal. En R. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (págs. 19 - 47). Madrid: Atelier.
- Rosoff, S. (2007). The Role of the Mass Media in the Enron Fraud. En H. Pontell, & G. Geis, *International handbook of white-collar and corporate crime* (págs. 512 - 522). California: Springer.
- Ruiz Baltazar, C., & Palomino Ramírez, W. (2016). Incorporación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en el dictamen sobre el Nuevo Código Penal: ¿Ahora sí necesito un criminal compliance? *THEMIS-Revista de Derecho*(63), 163 - 177.
- Sampson, R. (2006). *How does community context matter? Social mechanisms and the explanation of crime rates*. En P. Wikström and R. Sampson. *The Explanation of crime. Context, Mechanisms and Development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sans, M. (2012). Ponencia. En J. Gómez-Aller, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: una reflexión colectiva* (págs. 111 - 121). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Schünemann, B. (2013). La responsabilidad penal de las empresas: para una síntesis necesaria entre dogmática y política criminal. En B. Schünemann, *Temas de ciencias penales. Volumen I* (págs. 259 - 278). Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres.

- Shover, N., & Hochstetler, A. (2002). Cultural explanation and organizational crime. *Crime Law and Social Change*(37), 1 - 18.
- Shover, N., & Scroggins, J. (2009). Organizational crime. En M. Tonry, *The Oxford handbook of crime and public policy* (págs. 273 - 303). London: Oxford University Press.
- Silva Sánchez, J. M. (1995). Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. En B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias, & J. Silva Sánchez, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (págs. 357 - 379). Barcelona: J. M. Bosch.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas. *InDret*, 342(2), 1 - 15.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español. En J. Silva, & R. Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas* (págs. 15 - 42). Madrid: Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (2018a). La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. En R. Ragués i Valles, & R. Robles Planas, *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial* (págs. 43 - 57). Madrid: Atelier.
- Silva Sánchez, J. M. (2018b). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Madrid: Atelier.
- Silva Sánchez, J. M., Montaner, R., & Varela, L. (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: B de F.
- Simpson, S. S., & Koper, C. (1992). Detering corporate crime. *Criminology*, 30(3), 347 - 375.
- Simpson, S., & Leeper Piquero, N. (2002). Low Self-Control, Organizational Theory, and Corporate Crime. *Law & Society Review*, 36(3), 509 - 548.
- Snider, L. (2008). Corporate Economic Crime. En J. Minkes, & L. Minkes, *Corporate and white-collar crime* (págs. 39 - 60). SAGE.
- Sutherland, E. (1995). *Principles of Criminology*. New York: General Hall Inc.
- Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. Madrid: La piqueta.
- Szott Moohr, G. (2003). An Enron Lesson: The modest role of criminal law in preventing corporate crime. *Florida Law Review*, 55(4), 937 - 975.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2007). Política criminal con bases empíricas en España. *Política Criminal*, 3(A8), 1 - 16.
- Terradillos Basoco, J. M. (1995). *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Trotta.
- Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel.
- Tiedemann, K. (1987). Conferencia: Derecho penal económico - introducción y panorama. En K. Tiedemann, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (págs. 11 - 51). Lima: IDEMSA.
- Tiedemann, K. (2000). *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: IDEMSA.
- Ugaz Sanchez, J. (2018). Crimen organizado, corrupción y responsabilidad de las



- personas jurídicas en el Perú. En P. M. De la Cuesta, *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Pr. Dr. Dr.h.c. Juan Ma Terradillos Basoco* (págs. 719 - 733). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zugaldía Espinar, J. M. (1980). Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*. *Cuadernos de Política Criminal*, 11, 67 - 88.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2008). *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2012). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2016). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español. En J. Zugaldía Espinar, M. Moreno-Torres Herrera, E. Marín de Espinosa, M. Ramos Tapia, P. Esquinas, & A. Valverde Cano, *Lecciones de derecho penal: parte general* (págs. 294 - 309). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zuñiga Rodriguez, L. (2000). *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Pamplona: Aranzandi.
- Zuñiga Rodriguez, L. (2003). *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas (2º Edición)*. Thomson-Aranzandi.
- Zuñiga Rodriguez, L. (2009). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 103 CP, a más de 15 años de su vigencia. En H. Pozo, *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal* (págs. 473 - 508). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zuñiga Rodriguez, L. (2018a). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española. En E. Demetrio Crespo, & A. Nieto Martín, *Derecho penal económico y Derechos Humanos* (págs. 87 - 110). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zuñiga Rodriguez, L. (2018b). Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 47 - 92.



# LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO: UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DE UN PROBLEMA TRADICIONAL<sup>1</sup>

*Sergio Rodríguez Salinas<sup>2</sup>*

## 1. Planteamiento del problema

Es innegable que el progreso económico, tecnológico y científico ha incidido de manera importante en el funcionamiento de la sociedad y en la necesidad de protección de esta. Desde la Revolución Industrial no solo han cambiado —cualitativa y cuantitativamente— los modos de producir, sino también las consecuencias que estos tienen para la convivencia pacífica. Por lo tanto, es igualmente indiscutible que la propia sociedad y, posteriormente, el Estado reaccionen frente a estos riesgos. En las últimas décadas, una de estas formas de reacción ha sido el cumplimiento normativo —*compliance*— para encausar el funcionamiento del sector empresarial. Ello ha motivado que, desde el derecho penal, se realicen numerosos estudios sobre la forma cómo repercute esta figura en la responsabilidad penal individual y, desde cierto sector doctrinal, de la persona jurídica. Ello plantea algunas interrogantes: ¿introduce el cumplimiento normativo un problema desconocido para el derecho penal?; ante nuevas formas de criminalidad, ¿deben esbozarse nuevos criterios de imputación?; ¿acaso no es suficiente con el vasto desarrollo dogmático de la parte general del derecho penal?, desarrollo del que ha sido, y seguirá siendo, figura esencial y referente el profesor Villavicencio. El discurso que se expone a continuación pretende responder a estas preguntas a partir del problema que plantearía el rol del responsable u oficial de cumplimiento en la gestión de riesgos empresariales.

## 2. El derecho penal frente al empresario

En el Estado social y democrático de Derecho, el poder estatal y, por ende, la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos se legitima y justifica a partir de la protección de la libertad del individuo, tanto de los derechos reconocidos a estos de manera individual como por determinados intereses de la sociedad, compatibles con los valores ético-sociales del modelo de Estado que sean indispensables para el libre desarrollo de la persona. Así, uno de los presupuestos del

---

1 Algunas ideas desarrolladas en este texto ya se han desarrollado en Rodríguez Salinas (2017 y 2020).

2 Profesor contratado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, Perú. Abogado por la PUCP. Máster en Sistema Penal y Criminalidad por la Universidad de Cádiz, España. Miembro del Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal y Criminología (GRIPEC).

Estado Constitucional es que este debe garantizar el libre desarrollo de los individuos en sociedad, siempre y cuando ello no implique una invasión en el ejercicio de la libertad de los demás (Seelmann, 2013, p. 104), en cuyo caso se encuentra justificada su intervención. Este fundamento se puede apreciar ya desde el primer artículo de la Constitución peruana de 1993, que proclama la defensa de la persona como fin supremo del Estado.

Por ende, el derecho penal en el Estado Constitucional, como corolario del fundamento de la actividad estatal, solo puede tener como objetivo el asegurar la vida en sociedad de todos los ciudadanos, sin que estos sean puestos en peligro (Roxin, 1976, p. 21). Esta función de protección de bienes jurídicos como objeto, fin y límite de la intervención penal (Villavicencio, 2006, p. 92) supondrá sancionar aquellos comportamientos que pongan en riesgo o lesionen, ilegítimamente, las condiciones que aseguran el funcionamiento de la sociedad. Por lo tanto, detrás de cada tipo penal legítimo subyace el mandato de no afectar bienes jurídicos de terceros. Dicho con otras palabras, a través de la norma penal se comunica el deber general de evitar que, en el ejercicio de la autonomía, se ponga en peligro o lesione la esfera jurídica de terceros (Sánchez-Vera, 1997, p. 21).

Por lo tanto, el ejercicio no amparado por el derecho de la libertad de autoorganización de la persona se erige en el fundamento de la responsabilidad penal (Lascuraín, 2005, p. 51). El reconocimiento de la persona como sujeto libre trae como consecuencia que este asuma la consecuencia normativa derivada del ejercicio ilegítimo de esa libertad: la restricción de esta a través de la imposición de una pena (Molina, 2002, p. 36; Nino, 1983, p. 298). Este ejercicio de la libertad solo será ilegítimo si se crea un riesgo penalmente prohibido para los intereses tutelados por el Estado. La responsabilidad penal se vincula, así, a un comportamiento libre que supone un riesgo que el Estado pretende evitar, y frente al cual se ha previsto una sanción penal con el objetivo de salvaguardar y de reconocer una expectativa legítima de incolumidad para el bien jurídico (Frisch, 2014, p. 55).

En ese sentido, el deber general que le compete a todo ciudadano respecto a la protección de los bienes jurídicos de terceros supone la existencia de un sinalagma, en el que a la libertad individual le sigue la responsabilidad por las consecuencias de dicho ejercicio (Jakobs, 2000b, p. 52). A la libertad de desarrollo en sociedad le sigue un deber de adecuación a las pautas sociales y jurídicas que establecen los márgenes de la permisibilidad de determinadas conductas, requisito indispensable para mantener dicha permisibilidad y, por lo tanto, para evitar que dichas conductas supongan un riesgo intolerable para los bienes jurídicos protegidos. Cuando el conductor decide conducir por una zona residencial a una velocidad mucho mayor a la permitida, o cuando la persona que porta lícitamente un arma decide disparar contra terceros, está incumpliendo el deber de garantizar que su actividad no afecte bienes jurídicos, está incumpliendo con la posición de garante que subyace a todos los tipos penales, pero que no obliga a todos los miembros de la sociedad por igual (Meini, 2014, p. 180).

Sin embargo, la existencia de una posición de garante, que subyazca a toda norma penal, ha sido negada por la doctrina mayoritaria a partir del planteamiento

de los delitos omisivos de Kaufmann. Así, la característica esencial de estos delitos sería el mandato que recae sobre un garante en función de su especial relación con el bien jurídico (Kaufmann, 2006, p. 282). Por lo tanto, «no hay posibilidad alguna de construir la omisión impropia como típica, antijurídica y reprochable en el sentido del delito comisivo» (Kaufmann, 2006, p. 279). Con ello, la dogmática de los delitos de omisión impropia se construye de manera paralela a la de los delitos comisivos (Kaufmann, 2006, p. 287), como realización de un mandato autónomo de garante, diferente al tipo de prohibición que subyace a los delitos comisivos (Kaufmann, 2006, p. 311). Siguiendo esta línea, el profesor Villavicencio planteó el delito omisivo como estructura de imputación adicional a la imputación por comisión, como «forma típica de prohibir acciones» (2006, p. 651), basada en la existencia de un mandato o norma imperativa distinta a la norma prohibitiva del delito de acción (Villavicencio, 2006, p. 652).

Empero, los presupuestos que se han esbozado previamente permiten arribar a una conclusión diferente. La finalidad de protección de libertades que son valiosas para el desarrollo de los ciudadanos en sociedad se traduce en un deber de organizar el propio espacio de autonomía, de manera que no se cree un riesgo penalmente prohibido para los bienes jurídicos. En tanto la persona exista y se desarrolle en sociedad, tiene el deber fundamental de evitar que, de su ámbito de organización, se deriven riesgos para bienes jurídicos ajenos (Jakobs, 1996, p. 48). Este es el mandato que se encuentra presente en todos los tipos penales que recoge el Código Penal, la no realización de comportamientos típicos, de comportamientos que supongan la creación de un riesgo desaprobado por la norma penal. Esta conclusión rige también para la llamada responsabilidad institucional. La institución, por sí sola, no tiene la capacidad para vincular a un sujeto, en tanto no es el objeto de protección del derecho penal. Incluso, en estos casos, lo que justifica la responsabilidad penal es la vulneración de espacios de libertad que se encuentran delimitados a partir de ciertos deberes especiales que el garante se compromete a asumir (Feijóo, 2007, p. 78).

El deber de organizar la esfera de riesgo, de manera que se evite la creación de riesgos penalmente prohibidos, se erige en el mandato genérico de todo ciudadano, de todo garante. Para este deber no es relevante la forma externa que adopte el comportamiento —activo u omisivo—, sino el mantener esta fuente dentro de los cauces que el ordenamiento jurídico social prevé como manera de proteger los intereses que considera valioso. Por lo tanto, el mandato de no lesionar o poner en riesgo bienes jurídicos de terceros incluye tanto el movimiento físico como la ausencia de este (Perdomo, 2001, p. 105), así como se incluyen, en el delito de homicidio, todas las formas imaginables de atentar contra el bien jurídico vida.

La posición de garante y los deberes específicos que de ella se desprenden deben nacer y justificarse de manera previa al delito (Nino, 1983, p. 304), pues solo a partir de la infracción de estos se hará responsable penalmente a una persona. Esta justificación se puede encontrar en el comportamiento a través del cual el sujeto, libremente y en capacidad de prever las consecuencias, haya emprendido una actividad con entidad lesiva para bienes jurídicos. Esta conducta implica la

declaración de voluntad de hacerse cargo de una fuente de peligro, a fin de evitar el incremento del riesgo prohibido (Meini, 2009, p. 439). Tanto la responsabilidad de quien asume un rol especial en la sociedad —un médico, un abogado o un funcionario público—, como de aquel que se desempeña bajo el rol común de ciudadano asume, por un comportamiento previo —la asunción del cargo o rol o el solo desarrollo en el espacio social—, una posición de garante.

Uno de los roles que ha cobrado mayor importancia en la actual sociedad globalizada del riesgo es el que desempeñan los ciudadanos en ejercicio de la libertad de empresa y de la libre iniciativa privada, reconocidos en los artículos 58 y 60 de la Constitución. Las actividades económicas se llevan a cabo, en su gran mayoría, a través de personas jurídicas o empresas, que no son más que instrumentos que el derecho pone a disposición de las personas para llevar a cabo determinados fines o actividades. Una empresa es, en puridad, una organización de personas en las que se distribuyen roles y funciones, tanto en un nivel horizontal como de manera vertical, con la intención de alcanzar un objetivo (Fernández, 2009, p. 631). Esta lectura se puede corroborar con lo previsto, tanto en el Código Civil como en la Ley General de Sociedades, en donde se conjuga el requisito de la pluralidad de personas con el objeto social.

Por lo tanto, la empresa, a efectos penales, será “una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado” (Terradillos, 2008, p. 17). Es a partir de esta definición que puede definirse el rol del empresario como aquel que tiene a su disposición el capital y el trabajo, de manera que recae en él la posibilidad de ordenarlos y disponer de ellos de la manera que considere necesaria para satisfacer determinados fines. Esta forma de organizarse de los individuos —empresarios— tiende a privilegiar la división del trabajo en estructuras o unidades menores que representan pequeñas parcelas de riesgo (Demetrio, 2008, p. 106), lo que crea un “caldo de cultivo de fenómenos criminales específicos” (Terradillos, 2008, p. 17), con potencialidad lesiva, tanto para los intereses del empresario —criminalidad en la empresa— como para los de la colectividad con la que esta se relaciona —criminalidad de empresa—. Este contexto, en esencia, no es diferente a aquel al que se enfrenta una persona que decide manejar un arma de fuego, conducir un vehículo o desempeñarse como funcionario público. La única diferencia radica en que cuando una persona decide desempeñar el rol de empresario, se enfrenta a una mayor complejidad derivada de la estructura orgánica de la empresa, la jerarquización y el reparto de funciones entre un número determinado de personas y la complejidad propia del sector productivo.

Como puede apreciarse, la libertad de empresa se erige en un interés valioso para la sociedad y, a su vez, en fuente de riesgo para numerosos bienes jurídicos —hacienda pública, seguridad social, medio ambiente, seguridad en el trabajo, administración pública, entre otros—, lo que requiere la imposición de ciertos límites, de una organización o regulación que impida un perjuicio para terceros derivado del ejercicio de esta libertad. Dado, además, de que se trata de una actividad prolongada en el tiempo, y sujeta al dinamismo propio de la globalización, la regla

general de no ocasionar o no poner en riesgo a terceros con su propia conducta, implica un control y vigilancia permanente de estos límites, impuestos tanto por el Estado como por los mecanismos de regulación privada. Solo de esta manera puede mantenerse la adecuación con el orden social que se impone a todos los comportamientos de las personas, como obligación de “conjurar los peligros que surjan del respectivo estado de su ámbito de dominio” (Schünemann, 2009, p. 335).

Por lo tanto, el empresario no solo tiene la posibilidad o el derecho de organizar la actividad económica de manera funcional a la consecución del objeto social, sino también la obligación de hacerlo a efectos de no crear riesgos penalmente prohibidos. Esta mayor complejidad de la actividad económica empresarial, en comparación a la actuación de sujetos individuales —a partir de la división del trabajo y la separación del centro de decisión de los centros de actuación— no justifican una huida de los presupuestos de la responsabilidad penal que se han esbozado. Por el contrario, estas particularidades deben ser tomadas en cuenta por el empresario al momento de organizar su esfera de riesgo y, por ende, por el derecho penal al momento de imputar la creación de riesgo típico (Vogel, 2004, p. 131).

Por ende, no existen razones suficientes para fundamentar la responsabilidad penal en la actividad empresarial, con base en un fundamento distinto al que cimienta la responsabilidad de todo individuo (Feijóo, 2015, p. 204; Vogel, 2004, p. 133). La posición de garante, por tanto, se atribuirá a aquella persona que, libre y voluntariamente, se involucre en el funcionamiento de la empresa como ámbito de libertad reconocido por el ordenamiento y, en virtud de ello, se comprometa a manejar tanto la infraestructura como el desarrollo mismo de la empresa, de manera que no se lesionen los bienes jurídicos en el marco de esta actividad (Demetrio, 2008, p. 140). Bajo estos fundamentos, entonces, afirmar la existencia de una responsabilidad penal de la persona jurídica supone un «fraude de etiquetas», no porque el legislador peruano no lo haya calificado así, sino, principalmente, porque no cabe denominar garante —como fundamento de esta responsabilidad— a la fuente de riesgo.

### 3. Cumplimiento normativo y derecho penal. ¿Una novedosa relación?

Existe cierto consenso en definir el cumplimiento normativo como un sistema de reglas y procedimientos que permiten a las empresas —en realidad, al empresario— cumplir con las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone (García, 2014a, p. 22; Kuhlen, 2013, p. 51). En puridad, “se trata en última instancia del evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente” (Rotsch, 2012, p. 2). Por ello, una referencia expresa al cumplimiento normativo penal —el llamado *criminal compliance*— es innecesario, en tanto el derecho penal (económico) no solo forma parte del ordenamiento jurídico, sino que es accesorio a otras instancias de control social (Nieto, 2013, p. 27), de manera que al ser el delito un injusto agravado, el referente para este será la configuración social de la conducta (Martínez, 1992, p. 135).



De esta definición general se concluyen dos finalidades específicas del cumplimiento normativo. Por un parte, se persigue la prevención de infracciones legales al interior de la empresa, para lo cual se organiza la actividad empresarial de manera tal que los riesgos se controlen en su origen (García, 2014a, p. 23). Esta finalidad sería una competencia propia del Estado, pero delegada al empresario (Silva, 2016, p. 237) en atención a los mayores recursos y conocimientos con los que cuenta para controlar la fuente de riesgo (García, 2014a, p. 23), lo que convierte al cumplimiento normativo en el medio más eficaz para prevenir comportamientos ilícitos (Bermejo y Palermo, 2013, p. 176). Por otra parte, se alude a una función de confirmación del derecho, en tanto que, al no ser posible evitar todos los riesgos existentes, el cumplimiento normativo debe asegurar mecanismos internos que permitan reaccionar a las infracciones legales y repararlas. De esta manera, al interior de la empresa se debería observar una actitud de fidelidad al derecho o “aseguramiento de la vigencia efectiva de las normas jurídicas” (García, 2014a, p. 24; Silva, 2016, p. 237). Esta finalidad, al igual que la primera sería también de competencia exclusiva del Estado, razón por la cual el empresario, a través de la empresa, aparece como “activo colaborador en el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad” (García, 2014a, p. 24).

El plan o modelo de cumplimiento normativo consta de tres etapas o pilares: formulación o diseño, ejecución o implementación y, finalmente, consolidación y mejoramiento (García, 2014a, pp. 28-29). Si de lo que se trata es de gestionar, efectivamente, un espacio de libertad de considerable complejidad para evitar que se generen externalidades negativas que repercutirán, eventualmente, en una sanción, tiene sentido que, en primer lugar, se identifiquen cuáles son estos riesgos y de qué manera pueden reducirse o eliminarse, teniendo en cuenta las características de la empresa —giro del negocio, organización interna, recursos humanos, vinculación con terceros, entre otras.

Todo modelo de gestión de riesgos presupone un diligente proceso de identificación de las fuentes de riesgos y de las fuentes normativas —públicas y privadas— que deben guiar la actuación del empresario. En ese sentido, la correcta organización de la libertad de empresa, de cara a la prevención de riesgos laborales, exige no solo una actuación “terapéutica”, sino, principalmente, una actividad diagnóstica o valorativa que permita identificar los riesgos existentes y las específicas reglas de cautela que se deben adoptar (Torre, 2013, p. 382). La complejidad de la actividad empresarial y del esquema normativo al que debe referirse para mantener su actividad dentro del cauce normal —dentro de la observancia de la ley— obliga al empresario a delimitar su actuación de manera *ex ante*, definiendo las reglas objetivas de cuidado que concretarán el deber genérico del empresario y, con él, su posición de garante (Nieto, 2015, p. 104).

Este proceso de evaluación inicial debe dar como resultado la elaboración de un plan de acción que debe ser puesto en marcha, aplicando todas las medidas de contención o eliminación de riesgos que se hayan establecido como idóneas. Estas medidas no solo serán materiales —por ejemplo, modificar la estructura interna de la empresa u otorgar, en materia de seguridad del trabajo, implementos

de seguridad—, sino, principalmente, inmateriales, entre los que se encuentran la capacitación, información y difusión de este plan a los trabajadores y terceros vinculados con la empresa. Existe, por ende, una estrecha relación entre la primera y segunda etapa, ya que una correcta evaluación inicial de los riesgos permite generar confianza, de cara a la implementación de las medidas específicas de prevención, asegurando que esta etapa no sea un acatamiento meramente formal (Lobete, 2005, p. 96).

Ahora bien, cualquier medida que se adopte con el objetivo de prevenir infracciones legales y confirmar o reafirmar la vigencia de las normas sería inidónea, si no se establecen mecanismos que permitan realizar un seguimiento adecuado a la implementación del plan diseñado y reaccionar oportunamente ante su inobservancia. Además, si se tiene en cuenta que la actividad empresarial tiene una pretensión de permanencia en el tiempo, y que los riesgos que se deben evitar pueden mutar o modificarse —principalmente aquellos que se encuentran estrechamente vinculados con el sector tecnocientífico—, entonces, será necesario que se mantenga una permanente vigilancia de la idoneidad de las medidas ya implementadas respecto a los nuevos riesgos que se puedan desencadenar. Por lo tanto, este tercer pilar no solo obliga al empresario a reaccionar y mejorar, sino que presupone una actividad de permanente control y vigilancia como requisito para, posteriormente, intervenir (Bermejo y Palermo, 2013, p. 183).

De lo expuesto hasta este momento, puede evidenciarse que el cumplimiento normativo supone un sistema integral de gestión de los riesgos empresariales. No obstante, ¿es realmente una novedad para el derecho penal? La respuesta es negativa. Como se ha esbozado, la labor de identificación e implementación de medidas de mitigación, reducción o prevención de riesgos se desprende, directamente, del deber general que subyace a la posición de garante. La prohibición de una conducta, la previsión de un determinado comportamiento como riesgoso supone, necesariamente, la obligación del garante de ejecutar todas las medidas tendientes a evitar resultados lesivos. La compleja estructura organizativa de las empresas o la existencia de una “cultura corporativa”, que favorezca infracciones legales, no son más que factores que incrementan el riesgo permitido y refuerzan la necesidad de adoptar medidas idóneas para evitar la realización de comportamientos típicos.

Controlar la fuente de riesgo que se ha iniciado con el comportamiento previo supone, en primer lugar, conocer y prever los riesgos que pueden desencadenarse a partir del funcionamiento de dicha fuente, lo que necesariamente requiere un dominio y “control del proceso lesivo” (Silva, 2004a, p. 16). Por ende, las situaciones de riesgo a las que debe responder el garante serán aquellas que, *ex ante*, sean conocibles o experimentables por el garante (Robles, 2014, pp. 76-77), toda vez que “solo el conocimiento posibilita la libertad, y solo la libertad posibilita el deber” (Lascuráin, 2005, p. 82). Este conocimiento se derivará de aquellos riesgos que el ordenamiento jurídico pretende evitar, de aquellos intereses que el Estado protege frente a estas actividades de riesgo. La propia posición del garante exige que este se agencie de los conocimientos necesarios para poder actuar posteriormente.

De igual manera, la fundamentación de la posición de garante permite atribuirle al empresario un deber de vigilancia de las fuentes de riesgo para bienes jurídicos, lo que incluye a los terceros que se ponen a su disposición y actúan en beneficio de su actividad económica, esto es, de su esfera de libertad. Ello no supone ir en contra del principio de responsabilidad por el hecho propio, ni considerar a los trabajadores como sujetos no autorresponsables. Para fundamentar este deber se sigue recurriendo a los presupuestos básicos de la responsabilidad penal (Tiedemann, 2009, p. 186), a la obligación de organizar la empresa como esfera de autonomía, lo que incluye el “ejercicio de determinados derechos que otorgan exclusividad de administración a su titular” (Robles, 2007, p. 60). Supervisar el ejercicio de la actividad empresarial no solo significa verificar que se cumplan con los fines para los cuales se constituye la empresa, sino también vigilar que dicha actividad —con las características a las que se ha hecho referencia— se mantenga dentro de los límites o condiciones de seguridad que permiten calificarla como un comportamiento de riesgo permitido.

En conclusión, hablar de una posición de garante —y en específico, del empresario como garante— supone afirmar la obligación de adoptar un plan de prevención de riesgos (Coca, 2013, p. 71).

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico peruano existen regulaciones extrape-nales que establecen la obligación explícita de adoptar un modelo de cumplimiento normativo. Así, la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), fija como una de las competencias de este organismo el “coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o financiamiento del terrorismo” (artículo 1). Este sistema se encuentra definido y precisado en diferentes normas sectoriales. Por ejemplo, las Normas para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, aprobadas por la CONASEV —actualmente Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)— para los sujetos obligados bajo su control y supervisión<sup>3</sup> señalan que la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo por parte de los sujetos obligados se lleva a cabo mediante la “identificación, evaluación, control, mitigación y monitoreo de aquellos riesgos a los que se encuentran expuestos”. Esta obligación recae, para los efectos de esta norma, en el Directorio y en el Gerente General o, en su caso, en los órganos equivalentes.

Por otra parte, en el marco de la prevención de riesgos laborales, la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), señala la obligación del empleador —como responsable de la gestión de riesgos— de “adoptar un enfoque de sistema de gestión en el área de seguridad y salud en el trabajo” (artículo 17), que debe ser mejorado o adaptado de manera continua. Este sistema se expresa en los siguientes documentos: la identificación de peligros, evaluación de riesgos y sus medidas de control; el mapa de riesgos; la planificación de la actividad preventiva y el reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo, entre

---

3 Resolución CONASEV N° 0033-2011.

otros. El Reglamento de la LSST<sup>4</sup> es claro en señalar que la evaluación inicial de riesgo supone la identificación de la base normativa aplicable, dentro de la cual se encuentran “las directrices específicas, los programas voluntarios de seguridad y salud en el trabajo y otras disposiciones que haya adoptado la organización”, la identificación y evaluación de los riesgos existentes o posibles, y la evaluación de la idoneidad de las medidas ya vigentes.

Por su parte, en el reglamento interno —que puede denominarse plan de prevención de riesgos como lo hace la legislación española— el empleador deberá reflejar los resultados de las evaluaciones previas, tanto de los riesgos como de los medios idóneos para eliminarlos o disminuirlos, y aplicarlos a su esquema organizativo. Así, este documento representaría la parte general y procedimental del sistema empresarial de gestión de riesgos, mientras que la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva representaría la parte especial del mismo. De esta manera, el empleador termina concretando el aparato normativo y procedimental que aplicará, a efectos de cumplir con su deber general de prevención de riesgos laborales (Torre, 2016, p. 42).

Recientemente, el nuevo sistema de responsabilidad administrativa de personas jurídicas —introducido en el Perú mediante la Ley N<sup>o</sup> 30424— establece la exención de responsabilidad cuando se haya adoptado e implementado un modelo de prevención que contemple, como medidas preventivas, la identificación de las actividades y procesos —operativos, administrativos y de auditoría— que puedan generar o incrementar los riesgos de la comisión de los delitos de colusión, cohecho, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo; el establecimiento de los procesos que permitan mitigar estos riesgos y la implementación de mecanismos de denuncia, difusión y supervisión interna del modelo. Como señala el reglamento de la norma<sup>5</sup>, este modelo prevé como finalidad “la prevención, detección y mitigación de la comisión de delitos, así como promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas” (artículo 1).

Estas previsiones normativas no niegan la conclusión a la que se ha arribado previamente. Con la conducta precedente no solo se asume la posición de garante, sino que también se configura su contenido (Kaufmann, 2006, p. 310; Silva, 2004b, p. 69), a partir del ámbito de actuación que asume y los bienes jurídicos que podrían verse afectados por el ejercicio de esta libertad. Como consecuencia de ello, la responsabilidad del garante, en el ámbito empresarial, estará en relación con los riesgos que deriven del ejercicio de la libertad de empresa, los mismos que se encuentran señalados, de manera genérica, en los distintos tipos penales de la parte especial. No obstante, el legislador penal no está en condiciones de desarrollar o precisar todos los comportamientos que pueden vulnerar el bien jurídico protegido. Esta es una labor de concreción a la que solo puede llegarse a partir del bien jurídico protegido y de las diferentes regulaciones extrapenales y extrajurídicas

4 Decreto Supremo N<sup>o</sup> 005-2012-TR.

5 Aprobado mediante Decreto Supremo N<sup>o</sup> 002-2019-JUS.

que componen el rol que ejerce una persona determinada y que permiten determinar “las condiciones de validez para la creación del riesgo” (Frisch, 2015, p. 69).

Lo que caracteriza la posición de garante del empresario es el entramado de deberes que componen este rol —derivado de la interrelación entre sujetos públicos y privados con capacidad para dictar normas válidas—, y la mayor complejidad tecnológica y científica de las actividades económicas. Estas particularidades hacen que el Estado, en algunos casos, fije condiciones o requisitos mínimos para guiar el deber de autoorganización y de autorregulación, entre los que se encuentra la documentación del modelo de cumplimiento o ciertos elementos básicos. Ello no es óbice para afirmar que, en todos los casos, existe una obligación de gestionar los propios riesgos a través del cumplimiento normativo. La diferencia radica en que, en los supuestos en los que los riesgos se encuentran delimitados en mayor medida y la complejidad del ámbito social es menor —la conducción de un vehículo, el portar un arma de fuego o gestionar una microempresa— los reglamentos emitidos por el Estado y el proceso de socialización de los ciudadanos serán suficientes para la gestión de los riesgos y, por tanto, para cumplir con el deber de garante.

Esta conclusión permite negar que, a través del cumplimiento normativo, el empresario colabore con el Estado en la prevención del delito. Quien mantiene su esfera de riesgo dentro de los límites permitidos, y la organiza de manera tal que no desencadene resultados lesivos para bienes jurídicos protegidos, no colabora con el Estado sino, por el contrario, cumple con la obligación asumida como ciudadano. Con ello, a su vez, cumple —y no colabora— con la afirmación del derecho o de los valores ético-jurídicos de la sociedad y que todo ciudadano se encuentra en la obligación de reafirmar con su comportamiento lícito (Jakobs, 2000a, p. 41).

#### **4. La delegación de funciones como deber del empresario y asunción del oficial de cumplimiento**

Existe consenso en la doctrina en señalar que la participación del oficial de cumplimiento en la gestión de los riesgos empresariales y, por ende, en el modelo de cumplimiento normativo solo puede entenderse a partir de la delegación de funciones por parte del garante originario (Bermejo y Palermo, 2013, p. 180; Carrión y Urquiza, 2019, p. 893; Dopico, 2013, p. 174; Robles, 2013, p. 324; Silva, 2016, p. 243). Para abordar las consecuencias derivadas de esta afirmación es necesario aproximarse a la delegación, a la luz del deber de garante del empresario.

No cabe duda de que la delegación de funciones es un mecanismo esencial en la gestión de riesgos, en tanto permite al delegante cumplir con las obligaciones que emanan de su posición. No es posible exigir que el empresario se ocupe personalmente de todas sus obligaciones, pues ello impediría el normal funcionamiento y dinámica de la actividad empresarial. A su vez, una exigencia de este tipo aumentaría el riesgo penalmente relevante, al impedir al empresario cumplir con su deber de garante por un exceso de concentración de funciones. Aunado a ello, si se tiene en cuenta que es posible que el garante no cuente con los

conocimientos o competencias suficientes, la delegación de funciones deja de ser una herramienta para este y se convierte en un deber.

Cuando opera la delegación, el delegado, aun cuando cuente con un amplio margen de autonomía, no dejará de estar subordinado al delegante, quien como empresario no deja de tener los poderes de dirección y organización sobre los trabajadores que integran el organigrama empresarial. Por lo tanto, se trata en puridad de un encargo de funciones, en donde el delegante recurre a la estructura organizacional de la que dispone para cumplir con su deber de garante. Ello se corrobora, por ejemplo, con el deber que tiene el directorio de velar por el cumplimiento de las leyes, el estatuto, los acuerdos de la junta de accionistas y, sobre todo, de las funciones de la gerencia, de manera que existiría responsabilidad del director “cuando no se entera de cosas que están pasando en la empresa pero de las que debía enterarse si hubiera tenido un vigilancia diligente” (De Trazegnies, 2005, p. 197).

Sobre la base de estas ideas, la delegación que realice el garante supondrá el otorgar un poder o competencia suficiente al delegado, para que este ejecute las labores encomendadas, sin que ello signifique que estas funciones se enajenen de la esfera jurídica del delegante (Montaner, 2008, p. 90) —empresario—. Por el contrario, este hace ingresar al delegado en la misma, con lo cual mantiene su espacio de competencia y, por lo tanto, cierto nivel de gestión sobre el mismo. En esta delegación, además, no cabe diferenciar —como no puede hacerse para la posición de garante originaria— entre deberes de protección, expresados en las acciones ejecutivas de mitigación de riesgos, y deberes de garantía, entendidos como acciones de control o vigilancia (Bermejo y Palermo, 2013, p. 193). Por ende, cuando se trate de la delegación de los servicios de supervisión, por ejemplo, se estará delegando con ello las acciones ejecutivas inherentes a esta función; y viceversa, cuando se deleguen acciones de protección se incluirán también los actos concretos de vigilancia necesarios para cumplir con la protección de los bienes jurídicos en peligro.

Para dotar de validez a la delegación deberán observarse los mismos requisitos de la asunción de la posición de garante: un acto libre y previo que suponga la incorporación del delegado al ámbito de competencia del delegante, con el conocimiento de que se asumirán determinadas funciones y tareas para mitigar riesgos (Meini, 2003, p. 382). Ahora bien, dado que el deber del delegante consiste en no crear un riesgo desaprobado para bienes jurídicos, la delegación que realice deberá cumplir con un requisito adicional: la suficiente autonomía para poder llevar a cabo las funciones encomendadas. Solo se podrá exigir actuar al delegado cuando tenga las competencias organizativas y los medios materiales para hacerlo. El requisito de la idoneidad técnica o profesional —que se encuentra previsto, por ejemplo, en el sistema de la SMV— no será relevante a efectos penales, dado que al garante originario tampoco se le exige contar con determinados conocimientos.

El efecto de la delegación, en los términos planteados, será la mutación del deber de garante del empresario (Carrión y Urquiza, 2019, p. 893; Dopico, 2013, p. 173; Montaner, 2008, p. 91; Silva, 2016, p. 199) —delegante—, en un deber de



vigilancia y control sobre la actuación del delegado, quien se convierte en una concreta fuente de riesgo creada por el empresario. Es decir, dado que la delegación es una herramienta que el empresario utiliza para cumplir con un deber que le compete, por ser quien organiza una esfera de competencia peligrosa, este debe asegurarse que el delegado cumpla con el deber asignado (Frisch, 1996, p. 121), lo que significa asegurarse que se cumpla con el deber general que al primero le corresponde como garante originario.

Contra esta última conclusión se ha esbozado la vigencia de un principio de confianza que impediría hacer responsable al delegante por esferas de competencia ajenas. Sin embargo, este principio solo se justifica en un contexto de relaciones anónimas —como aquellas del tráfico rodado—, donde tiene sentido contar con un marco de referencia para permitir el funcionamiento de la sociedad: la confianza o creencia en que quien interviene lo hace de manera correcta (Villavicencio, 2006, p. 328). Sin embargo, las relaciones al interior de la empresa no se rigen, necesariamente, bajo este marco de contactos anónimos, por lo que su aplicación se debería restringir para aquellos casos de división de trabajo (Roxin, 2014, p. 198).

Ello no significa que se deba aceptar que existe una relación de desconfianza entre el superior y el delegado, como fundamento del deber de vigilancia del primero, como afirma Silva (2016, p. 213). No se entiende cómo ese principio de desconfianza muta con el establecimiento de un procedimiento de vigilancia, en un principio de confianza (Silva, 2016, p. 217). Como se ha señalado, los deberes de vigilancia se fundamentan sobre la idea de la evitación de un riesgo penalmente prohibido, en la que no se consideran factores o criterios fácticos (Tiedemann, 2009, p. 186). Si el garante originario no responde por lo que suceda, luego de cumplir con su deber, es porque el ordenamiento no puede exigirle más allá de la debida diligencia. Lo que suceda luego ya no puede imputarse a la vulneración de su posición de garante.

Con todo ello, queda por determinar cuál es el rol concreto que cumple el oficial de cumplimiento en el ordenamiento jurídico peruano. Así, el artículo 10 de la Ley N° 27693 señala que el oficial de cumplimiento será responsable, junto con el directorio y el gerente general, de vigilar el cumplimiento del sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El sistema de cumplimiento normativo de la SMV señala, como funciones del oficial de cumplimiento, la vigilancia del propio sistema —lo que incluye verificar que se lleve a cabo la identificación y evaluación de riesgos—, la aplicación de los procedimientos y medidas que se desprendan de la evaluación inicial, el asegurar el nivel de capacitación idóneo del personal a cargo del sujeto obligado, la elaboración del reporte de operaciones sospechosas, entre otras.

Por su parte, la LSST precisa que el empleador delegará las funciones y competencias necesarias para la implementación del sistema de gestión de riesgos laborales; no obstante, este mantiene el liderazgo sobre dicho sistema y, por ende, mantiene el deber de prevención; por ello, el delegado deberá informar al empleador de su actuación. El reglamento especifica que, en caso el empleador



contrate a una empresa para que sea esta la encargada de cumplir con la gestión, ejecución y supervisión del modelo de prevención de riesgos, aquel no queda eximido de su deber de garante frente a la autoridad competente.

Finalmente, el artículo 17 de la Ley N<sup>o</sup> 30424 señala como elemento mínimo del modelo de prevención el contar con una persona u órgano que cuente con los medios materiales e inmateriales, y con la autonomía suficiente para ejercer funciones de prevención, esto es, “velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención”.

En suma, la posición jurídica del oficial de cumplimiento se puede concluir, sin mayor problema, a partir de la teoría de la posición de garante y su posterior delegación. El sinalagma libertad - responsabilidad que fundamenta la responsabilidad penal se pone de manifiesto nuevamente: al deber asumido libremente por el oficial de cumplimiento frente al empresario le seguirá la sanción penal por su incumplimiento (5 StR 394/08, 2009), esto es, por la indebida organización de la esfera de riesgo o espacio de libertad asumido previa y libremente. Invocar a presuntas razones de política criminal, en el sentido de que sería preferible exonerar de responsabilidad al oficial de cumplimiento para garantizar que pueda cumplir sus funciones (Prittwitz, 2013, p. 217) no puede ser de recibo. La política criminal, como auténtica política pública, no puede construir sus objetivos de espaldas a los principios del Estado (Jescheck y Weigend, 2002, p. 24; Villavicencio, 2006, p. 27), de espaldas a la libertad como fundamento y límite de la responsabilidad penal.

##### **5. Atribución de responsabilidad al oficial de cumplimiento**

Para concretar la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento habrá que atender al ámbito concreto de competencia, que asume como garante, esto es, a la orientación del encargo (5 StR 394/08, 2009). Se desprende, del marco normativo vigente, que el oficial de cumplimiento asume una posición de garante amplia, en tanto su ámbito de competencia y su responsabilidad recaerá sobre todo el sistema de prevención de riesgos. El empresario podrá delegar, por lo tanto, toda la esfera de competencias en este ámbito, cuya concreción y delimitación dependerá tanto de las normas legales vigentes como del complejo de normas emanadas de la autorregulación como forma de *lex artis* (Bermejo y Palermo, 2013, pp. 185-186).

Por lo tanto, no se comparten aquellas posturas que sostienen que se trata de una delegación de los deberes de supervisión o vigilancia que recaen sobre el empresario, luego de delegar funciones ejecutivas (Dopico, 2013, pp. 174-175; Prittwitz, 2013, p. 215), lo que llevaría a afirmar la ausencia de capacidad de actuar ante infracciones del sistema (Robles, 2013, p. 324). No solo las normas reseñadas permiten negar esta tesis, sino que tampoco se condice con las bases de la delegación de funciones que aquí se han planteado. Vigilar el cumplimiento normativo significa, necesariamente, su gestión y corrección oportuna, esto es, funciones ejecutivas (Silva, 2016, p. 243).

El empresario —garante originario— por su parte, tendrá un deber de supervisión o vigilancia sobre las funciones que sean efectivamente delegadas al oficial de cumplimiento. La sola implementación del modelo de cumplimiento

normativo no justifica afirmar que “el principio de desconfianza que rige las relaciones verticales se ve sustituido por el principio de confianza” (Silva, 2016, p. 240). Si la ejecución de este modelo no la realiza el empresario —aun cuando se encuentra obligado a hacerlo— sino que delega esta tarea, y el sistema de prevención no se puede supervisar a sí mismo, no existe principio de confianza que exonere al empresario de su deber de garante. Aun cuando el propio plan de prevención prevea mecanismos de información y comunicación idóneos entre los directivos y el oficial de cumplimiento, el garante originario no puede asumir una actitud pasiva, ni esperar que estas medidas funcionen —precisamente porque su deber le obliga a verificar que sea así—. La forma cómo se satisface esta obligación debe ser graduada y ponderada según las particularidades de la empresa y las normas de autorregulación aplicables a esta.

Asentada la posición de garante del oficial de cumplimiento, se fundamenta a su vez la eventual responsabilidad penal por la realización de comportamientos de riesgo para bienes jurídicos. En principio, el oficial de cumplimiento podrá intervenir en cualquiera de las fases o etapas de la gestión de riesgos, por lo que no es posible negar, *ex ante*, que una función en específico no pueda constituir una infracción a la norma penal, como el deber de vigilancia (Corcoy, 2020, p. 121; Silva, 2016, p. 218). Para llegar a una conclusión sobre el comportamiento típico del delegado, deberá indagarse sobre el bien jurídico protegido y la necesidad de protección de este, delimitando así el comportamiento prohibido por la norma.

Así, por ejemplo, para la responsabilidad penal que prevé el artículo 168-A CP, la no realización de la evaluación inicial de riesgos puede entenderse, perfectamente, como la no adopción de una medida que, por lo demás, es idónea para la protección de la seguridad en el trabajo, que se encuentra contemplada en la normativa de la materia y que, según sea el caso, puede realizar el resultado exigido por el tipo (García, 2014b, p. 13).

Aun así, la delegación de funciones plantea un problema adicional. No queda duda que la gran mayoría de delitos socioeconómicos —y, entre ellos, en los que interviene el oficial de cumplimiento— son delitos especiales, en donde se requiere una posición o cualidad especial del sujeto activo. ¿Se puede entender esta cualidad en el oficial de cumplimiento? A partir de las ideas aquí expuestas, puede afirmarse que, *a priori*, nada obsta para que el oficial de cumplimiento realice un delito especial. Si se entiende que el sujeto activo que prevé la norma penal es aquel que, desde una lectura teleológica, puede poner en riesgo el bien jurídico protegido, y el oficial de cumplimiento recibe, por delegación, no solo los deberes, sino también los medios organizativos y competencias del empresario —sujeto obligado primigenio— para gestionar los riesgos frente a un bien o bienes jurídicos, entonces se colocará también en aptitud para lesionarlos. Por ello, desde una concepción material, podrá ser considerado autor, en tanto ocupará aquella posición desde la cual se puede lesionar, de manera idónea y relevante, el bien jurídico protegido (Robles, 2007, p. 129; 2013, p. 330).

No obstante, queda por responder a una pregunta adicional. Si se ha afirmado que el empresario como delegante originario ostenta también un deber de garante,

entonces nada obsta para que pueda fundamentarse su eventual responsabilidad penal. Una concepción integral de esta, en el ámbito empresarial y del cumplimiento normativo, obliga tomar en cuenta a todos aquellos que intervienen en la gestión de riesgos, a directivos y subordinados (Rotsch, 2012, p. 6). Entonces, ¿cómo se conjugan ambas posiciones de garante de cara a la responsabilidad penal? Sin perjuicio de las características de cada tipo penal, pueden esbozarse tres supuestos prototípicos, en los que podrá concurrir la responsabilidad del oficial de cumplimiento y la del empresario.

En un primer caso, la delegación opera con todos sus efectos —al cumplirse los requisitos antes señalados— por lo que se está ante dos sujetos que asumen plenamente una posición de garante, aunque de diverso contenido. No obstante, la posición jurídica adoptada por el delegado, respecto a las fuentes de peligro comprendidas en la delegación, será la idónea para crear el riesgo prohibido, siendo el incumplimiento de este último el fundamento de la creación del riesgo y, por tanto, de la autoría. Si el delegante incumple su deber de vigilancia, ello podrá calificar como complicidad primaria, en tanto se realiza un aporte esencial para la configuración del injusto típico (Demetrio, 2008, p. 110). El deber de vigilancia, al ser de titularidad del empresario, constituirá un bien escaso, lo que permitirá fundamentar la complicidad necesaria.

En un segundo supuesto, la delegación también es válida, pero esta se realiza con un delegado que no cuenta con la capacidad técnica o profesional necesaria para desempeñar las funciones delegadas. Aquí, si el empresario y el oficial de cumplimiento advierten la falta de idoneidad técnica asumen, conjuntamente, la protección de los bienes jurídicos y, por tanto, la responsabilidad por la lesión de estos a título de coautores. Este acto supone ya un incremento del riesgo permitido que, posteriormente, será concretado por el delegado incompetente. Por lo tanto, el delegante “ocasiona un hecho delictivo ejecutado materialmente por el delegado”, y sobre el cual este último mantiene el deber de garante incólume (Martínez-Buján Pérez, 2014, p. 510). Si, por el contrario, la falta de idoneidad no ha podido ser advertida, a pesar de los esfuerzos suficientes del empresario, tendrá que recurrirse al error invencible (Meini Méndez, 2003, p. 374). En este supuesto, la decisión conjunta del hecho, que exige la doctrina mayoritaria para la coautoría (Villavicencio, 2006, p. 484), es reemplazada por la adscripción a una esfera de competencia conjunta —la empresa—, que genera una “vinculación objetiva que va incluso más lejos que la vinculación subjetiva a través del acuerdo” (Tiedemann, 2009, p. 231).

Finalmente, en un tercer caso, la delegación no es válida porque, a pesar de haber asumido libremente la posición de garante, el delegado no cuenta con la autonomía suficiente para la protección del bien jurídico. Ello impide que el delegado cree el riesgo típico, puesto que no cumple con las condiciones esenciales para ser autor del delito. En este caso, será el delegante quien, con el acto de delegación, incremente el riesgo permitido, lo que puede significar —de acuerdo con el tipo penal— un comportamiento típico. De lo contrario, la responsabilidad penal, a título de autor, se deberá imputar a una omisión, esto es, al no haber intervenido

la creación del riesgo prohibido creado por terceros. Ello no implica exonerar al delegado, pues libremente asume frente a terceros un rol que no puede desempeñar y que incrementa el riesgo creado por el empresario (García, 2012, p. 564), por lo que cabrá calificar su intervención como complicidad secundaria.

Ahora bien, si la falta de idoneidad o de autonomía se diera no *ab initio* sino con posterioridad al acto de delegación, sobre el delegado recaerá el deber de dar aviso al delegante (Meini, 2003, p. 374), puesto que se trata de un hecho sobrevenido que lo convierte en una fuente de riesgo. Si dicha obligación fuera omitida, ello significaría la aceptación de dichas condiciones, en cuyo caso deberán aplicarse las consecuencias del segundo o tercer escenario —coautoría o autoría del empresario y complicidad del oficial de cumplimiento.

## 6. Conclusión

A partir de las ideas aquí expuestas puede afirmarse que el cumplimiento normativo no representa ninguna novedad para un derecho penal que se fundamenta en el deber de gestionar los riesgos para bienes jurídicos protegidos, derivados del ejercicio de la libertad. Aunado a ello, se puede concluir que esta forma de fundamentar la intervención punitiva estatal tiene la suficiente capacidad de rendimiento para abordar las nuevas formas de criminalidad, que son, en realidad, nuevas manifestaciones de tradicionales problemas de la parte general. Ello no significa que la dogmática penal sea inmutable. Categorías como la imputación objetiva, la causalidad, la culpabilidad o la autoría han sido sometidas a prueba y, producto de ello, reformuladas a lo largo de los años a partir de su capacidad para solucionar nuevos supuestos. Sin embargo, estos replanteamientos no descartan la vigencia de estos conceptos; por el contrario, lo reafirman, mostrando una concepción más justa y acabada de estos. Este es el camino que debería recorrerse también en el derecho penal económico y para el cual la labor académica del profesor Villavicencio es y será pieza fundamental.

## REFERENCIAS

- Bermejo, M., y Palermo, O. (2013). La intervención delictiva del compliance officer. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, y Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 171-205). Marcial Pons.
- Carrión, A., y Urquiza, G. (2019). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EE. UU. En M. Böse, K. H. Schumann, y F. Toepel (Eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag* (pp. 889-905). Nomos.
- Coca Vila, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En J.-M. Silva Sánchez y R. Montaner Fernández (Eds.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-76). Atelier.
- Corcoy Bidasolo, M. (2020). Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento. En E. Demetrio Crespo, M. de la Cuerda Martín, y F. García de la Torre García, *Derecho penal económico y teoría del delito* (pp. 87-129). Tirant lo Blanch.
- De Trazegnies Granda, F. (2005). La responsabilidad de los directores de sociedades. *Anuario euro-peruano de derecho del comercio*, 2-3, 183-210.
- Demetrio Crespo, E. (2008). *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Portal Derecho.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Posición de garante del compliance officer por infracción del «deber de control»: Una aproximación tópica. En L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (Eds.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 165-190). Tirant lo Blanch.
- Feijóo Sánchez, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva* (1.ª ed.). Dykinson.
- Feijóo Sánchez, B. (2015). Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? En L. Arroyo Jiménez y A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.ª ed., pp. 197-248). Aranzadi.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código civil peruano de 1984: Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas* (1.ª ed.). Motivensa.
- Frisch, W. (1996). Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. En S. Mir Puig y D.-M. Luzón Peña, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (pp. 99-127). Bosch.
- Frisch, W. (2014). La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático. En W. Frisch y R. Robles Planas, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal* (pp. 1-60). B. de F.

- Frisch, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado: Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (I. Coca Vila, Trad.). Atelier.
- García Caveró, P. (2012). *Derecho penal: Parte general* (2.ª ed.). Jurista Editores.
- García Caveró, P. (2014a). *Criminal compliance*. Palestra.
- García Caveró, P. (2014b). La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo. En R. Berruezo, P. García Caveró, y P. Gallo, *Derecho penal laboral: delitos contra los trabajadores* (pp. 1-27). Euros; B. de F.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión* (J. Sánchez-Vera, Trad.; 1.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2000a). Sobre la génesis de la obligación jurídica. En M. Cancio Meliá y G. Jakobs, *Conferencias sobre temas penales* (pp. 17-48). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jakobs, G. (2000b). Teoría y praxis de la injerencia. En M. Cancio Meliá y G. Jakobs, *Conferencias sobre temas penales* (pp. 49-86). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jescheck, H.-H., y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal: parte general* (M. Olmedo Cardenete, Trad.; 5.ª ed., renovada y ampliada). Editorial Comares.
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales.
- Kuhlen, L. (2013). Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, e Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 51-76). Marcial Pons.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2005). *Penar por omitir: Fundamento de los deberes de garantía*. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Lobete Pastor, J. (2005). El contenido del deber de protección: El plan de prevención y su integración en la gestión de la empresa. La evaluación de riesgos. La planificación preventiva. La información y formación de los trabajadores. *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII, 85-106.
- Martínez Escamilla, M. (1992). *La imputación objetiva del resultado*. Edersa.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2014). *Derecho penal económico y de la empresa: parte general* (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Meini Méndez, I. (2003). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Tirant lo Blanch.
- Meini Méndez, I. (2009). Comisión por omisión. En J. Hurtado Pozo y K. Tiedemann (Eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código penal* (1.ª ed., pp. 431-453). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Meini Méndez, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general: Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Molina Fernández, F. (2002). *Responsabilidad jurídica y libertad: (Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad)* (1.ª ed.). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.



- Montaner Fernández, R. (2008). *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*. Atelier.
- Nieto Martín, A. (2013). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, y Í. Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 21-50). Marcial Pons.
- Nieto Martín, A. (2015). Autorregulación, «compliance» y justicia restaurativa. En L. Arroyo Jiménez y A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.ª ed., pp. 99-134). Aranzadi.
- Nino, C. S. (1983). A consensual theory of punishment. *Philosophy & Public Affairs*, 12(4), 289-306.
- Perdomo Torres, J. F. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión: La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución* (1.ª ed). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Prittwitz, C. (2013). La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, y Í. Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 207-218). Marcial Pons.
- Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier.
- Robles Planas, R. (2013). El responsable de cumplimiento («compliance officer») ante el derecho penal. En J.-M. Silva Sánchez y R. Montaner Fernández (Eds.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 319-331). Atelier.
- Robles Planas, R. (2014). Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. En W. Frisch y R. Robles, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal* (pp. 61-114). B. de F.
- Rodríguez Salinas, S. (2017). La responsabilidad penal del empleador por la afectación a la seguridad de los trabajadores. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rodríguez Salinas, S. (2021). El rol de la autorregulación en la determinación de la responsabilidad penal del empresario. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, (7), 25.
- Rotsch, T. (2012). Criminal compliance. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1.
- Roxin, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En *Problemas básicos del derecho penal* (pp. 11-36). Reus.
- Roxin, C. (2014). La imputación objetiva en los delitos imprudentes. En *La imputación objetiva en el Derecho Penal* (2.ª ed., pp. 175-213). Grijley.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (1997). *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte* (1.ª ed., 1.ª reimp.). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.



- Schünemann, B. (2009). *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Marcial Pons.
- Seelmann, K. (2013). Intentos de una legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento autocontradictorio del autor del delito. En J. P. Montiel (Ed.), *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (pp. 103-114). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Silva Sánchez, J.-M. (2004a). "Comisión" y "omisión": Criterios de distinción. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (1.ª ed., pp. 15-61). Grijley.
- Silva Sánchez, J.-M. (2004b). La responsabilidad penal del médico por omisión. En *Estudios sobre los delitos de omisión* (1.ª ed., pp. 63-91). Grijley.
- Silva Sánchez, J.-M. (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (2.ª ed. amp. y act). Edisofer.
- Terradillos Basoco, J. (2008). Sistema penal y empresa. En J. Terradillos Basoco y M. Acale Sánchez (Eds.), *Nuevas tendencias en derecho penal económico: Seminario Internacional de Derecho Penal, Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007* (1.ª ed., pp. 15-37). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- Tiedemann, K. (2009). *Derecho penal económico: Introducción y parte general* (M. A. Abanto Vázquez y H. Hernández Basualto, Trads.). Grijley.
- Torre, V. (2013). *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*. Bononia University Press.
- Torre, V. (2016). La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private. En D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, y V. Valentini, *Diritto penale della sicurezza del lavoro* (pp. 37-59). Bononia University Press.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal: Parte general*. Grijley.
- Vogel, J. (2004). Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas. En S. Mir, M. Corcoy, y V. Gómez Martín (Eds.), *La política criminal en Europa* (pp. 129-140). Atelier.

### Jurisprudencia citada

- 5 StR 394/08, (Tribunal Supremo Federal. Quinta Sala Penal [Alemania], 17 de julio de 2009).

# LA SUBSIDIARIDAD Y FRAGMENTARIEDAD DEL DERECHO PENAL CON RESPECTO AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*Héctor Fidel Rojas Rodríguez<sup>1</sup>*

## **Agradecimiento**

En 2014 defendí mi tesis de maestría en la PUCP y el profesor Felipe Villavicencio integró el jurado que me concedió dicho grado académico. Presento este trabajo para homenajearlo, porque fue uno de los temas que él me alentó a profundizar. Estas líneas, no obstante, no terminarán de reflejar todo mi agradecimiento por sus enseñanzas y, sobre todo, por su calidad personal, digna de un gran maestro. No solo quiero ensalzar aquí a la figura del académico brillante, sino, sobre todo, al hombre dedicado y riguroso, pero a la vez atento y cálido, que seguirá viviendo en la mente de quienes tuvimos la suerte de conocerlo. Gracias por todo, querido profesor.

## **1. Planteamiento**

La toma de postura acerca de la unidad del *ius puniendi*, esto es, afirmar la idéntica naturaleza jurídica de todos los Derechos que conforman esta rama del Ordenamiento jurídico, conlleva una serie de consecuencias para la sistemática de las infracciones y sus correspondientes sanciones. Este trabajo pretende, de modo solo aproximativo, plantear una lectura de las consecuencias que conlleva una mirada amplia del *ius puniendi*, desde el punto de vista de los principios de subsidiaridad y fragmentariedad, de modo similar a como son planteados por Felipe Villavicencio en su Parte General del derecho penal (2006). Con ello se pretende evidenciar la validez y trascendencia del planteamiento de este autor, el mismo que permite incluir en el análisis de dichos principios a las otras manifestaciones sancionadoras.

En un contexto como el actual, de agobiante inseguridad y de constante recurso a la pena, en el que los altísimos índices de hacinamiento carcelario parecen competir en altura con el cada vez más alto promedio de pena concretamente aplicada, plantear límites a la exacerbación penal resulta más que necesario. Villavicencio, en una muestra de su vocación democrática, dice que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta, que solo debe aplicarse cuando no haya más remedio (2006, pág. 92), de ahí que resulte necesario desarrollar dogmáticamente la idea de una intervención penal realmente subsidiaria, que solo despliegue el efecto de la pena cuando no existan medios menos lesivos de la libertad para alcanzar los objetivos de prevención del delito.

Cabe acotar que en el presente trabajo no se estudia el modo de interacción que otras ramas del *ius puniendi* podrían tener con el Derecho Penal. Una exposición

---

<sup>1</sup> Abogado y magíster en derecho penal por la PUCP. Profesor en la PUCP y la UNMSM. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Criminología de la PUCP (GRIPEC).

sobre las otras ramas que componen el *ius puniendi*, además del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador se ha defendido en otro lugar (Rojas, 2015).

## **2. El Principio de Subsidiaridad Visto Desde el Derecho Penal**

De modo casi unánime, la doctrina admite al principio de subsidiaridad como uno que caracteriza la intervención penal. Se entiende que el Derecho penal solo debe intervenir cuando otras ramas del ordenamiento jurídico resultan insuficientes, es decir, se debe recurrir al Derecho penal cuando fallan todos los demás controles sociales, debido a la gravedad que revisten sus sanciones, por lo que los ataques leves a bienes jurídicos deben ser intervenidas por formas de control extrapenal (Villavicencio, 2006, pág. 93).

El principio de subsidiaridad se complementa con el de fragmentariedad, y ambos se aglomeran alrededor del principio de mínima intervención del Derecho Penal. Este, de acuerdo con Villavicencio, es una directriz de política criminal que implica un triple contenido: El derecho penal debe seleccionar los ataques que impliquen una especial gravedad para el bien jurídico; se debe tipificar solo una parte de las conductas que en las demás ramas del Ordenamiento se califican como antijurídicas; y las acciones meramente inmorales no deben ser castigadas (2006, pág. 93).

A continuación, se revisa, a luz de este especial planteamiento del profesor Villavicencio, el objeto de protección del derecho penal: los bienes jurídicos, a fin de establecer los lineamientos básicos que legitiman la intervención penal como *ultima ratio* respecto de otras manifestaciones sancionadoras.

## **3. Límites a la Necesidad de Protección de Bienes Jurídicos**

Todas las manifestaciones de derecho sancionador existentes en el Ordenamiento se basan en la transgresión de normas que imponen una prohibición o establecen un mandato, es decir, regulan un hecho antijurídico (contrario a derecho o injusto). Pero la antijuridicidad no solo es un juicio de contrariedad formal al Derecho. En la doctrina penal se ha profundizado ampliamente en el estudio de una antijuridicidad formal aparejada de una material entre las que existe una relación de correspondencia: la prohibición formal traduce la protección de un interés importante para la vida en sociedad y el interés protegido da sentido a la prohibición (Molina, 2003, págs. 59 y ss).

A pesar de la evidente trascendencia del concepto de bien jurídico para la definición de lo que es antijurídico, llama la atención que la doctrina penal (que es el área donde más se trabaja el concepto) no se ponga de acuerdo, al menos, en una definición amplia de bien jurídico (Roxin, 1997, pág. 54), por lo que su vigencia resulta controvertida desde hace décadas. Una de las discusiones más intensamente debatidas en las últimas décadas es si el bien jurídico es un concepto vigente y útil, o si debe prescindirse del mismo por indeterminado; no obstante, incluso las posturas más prestigiosas que postulan que debe superarse el concepto y reemplazarlo por la vigencia de la norma, terminan afirmando que ésta (la vigencia de la norma) sería el único bien jurídico (Jakobs, 1997, pág. 45).

El bien jurídico, como su nombre lo indica, es un concepto que tiene utilidad en el Derecho, por lo que debe diferenciarse de otro tipo de valoraciones meramente políticas, morales, consuetudinarias, etc. El bien jurídico no es, pues, la *ratio legis*, pues éste es un criterio de interpretación que pretende extraer la voluntad (objetiva) del legislador (Zusman, 2018, pág. 119). Así, es perfectamente posible que la *ratio legis* de una norma pueda ir en un sentido diferente del objeto protegido por la norma. En su conceptualización dogmática, el bien jurídico es un objeto de protección que se extrae del Ordenamiento vigente y su especificidad se construye a partir de métodos interpretativos (Lascuráin, 2007, pág. 124). La utilidad operativa de este concepto es que la solución de un caso no debe buscarse en la voluntad del legislador, o en el sano juicio del juez, o en los objetivos políticos del gobernante, sino que debe indagarse sobre los principios que rigen el Ordenamiento (Terradillos, 2017, pág. 671).

No es éste el lugar para reiniciar el debate sobre el bien jurídico, por lo que solo queda remitirse a la toma de postura asumida en otro lugar (Rojas, 2015, págs. 146 - 147). El concepto de bien jurídico se vincula con el contrato social, no en un sentido que implique la protección de derechos subjetivos e individuales del ciudadano (idea superada en el siglo XIX por Birnbaum), sino que se trata de un mecanismo de protección de los valores esenciales que permiten la vida en común (Maurach & Zipf, 1994, pág. 333; Schünemann, 2012, págs. 66 - 67). De ello, se puede deducir válidamente que el bien jurídico es un concepto transversal al Ordenamiento, es decir, no es un concepto privativo del derecho penal. Así, en el Derecho Constitucional, Civil, Administrativo, etc., también tiene cabida analizar el bien jurídico que subyace a una norma.

#### **4. Los Bienes Jurídicos Colectivos y sus Representantes**

La doctrina distingue entre el bien jurídico, el objeto de la acción y el sustrato material del bien jurídico. El sustrato material es el elemento prejurídico que da sustento a la existencia del bien jurídico (por ejemplo, la vida como dato biológico, el ecosistema o las necesidades humanas). A partir de la valoración positiva de determinados aspectos de dicho sustrato, el Ordenamiento determina el surgimiento del bien jurídico. Por su parte, el objeto material u objeto de la acción es el sustrato empírico del bien jurídico (Mir Puig, 2016, pág. 176), se trata de un elemento que el legislador sitúa en la tipicidad para delimitar la lesión del bien jurídico en cada tipo penal específico. El bien jurídico indica sintéticamente la razón principal de la coacción al designar el objeto afectado por comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la intervención penal (Lascuráin, 2007, pág. 127).

En cada delito puede identificarse un objeto que representa al bien jurídico. Cuando se hace referencia a un "objeto", no se debe entender con este término solo a una cosa o bien tangible, sino que se trata de un concepto más general que hace referencia a derechos, derechos expectativos, funciones (públicas o privadas), deberes, procedimientos (administrativos o judiciales), e incluso situaciones (fácticas o jurídicas), generadas como producto de la conducta típica, que permi-

ten apreciar, con su ocurrencia, que un bien jurídico merecedor de tutela penal se está afectando de algún modo.

Para poder clarificar cómo es que un bien jurídico puede ser lesionado, a continuación, se estudian algunos desarrollos doctrinarios que han brindado aportes bastante importantes acerca de la estructura de los delitos en orden a su construcción formal como instrumentos de protección de bienes jurídicos, desde el punto de vista de la protección que brindan al objeto de la acción. Así, Schünemann, plantea como punto de partida la distinción entre bienes jurídicos que se componen de elementos delimitables y lesionables, y los bienes jurídicos institucionales (condiciones sociales cuyo mantenimiento es indispensable para una vida pacífica y próspera). Partiendo de esta distinción, este autor, explica que, tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos pueden, a su vez, categorizarse como delimitables-lesionables e institucionales (Schünemann, 2012, págs. 71 - 73). De esta manera se puede apreciar objetos delimitables y lesionables en bienes jurídicos individuales (por ejemplo, la vida) como de los colectivos (por ejemplo, el medio ambiente); a su vez, los bienes institucionales pueden presentarse también respecto de los bienes jurídicos individuales (por ejemplo, el honor) como colectivos (por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración pública).

Por su parte, Hefendehl, partiendo de la propuesta de Sieber, clasifica los delitos en función de la relación existente entre el bien jurídico y su representante de la siguiente manera: Primero, si el bien jurídico se usa para formular el contenido del tipo, coincidencia formal y de contenido; un ejemplo en el caso peruano sería el artículo 198.8 del CP que indica comete este delito quien se apropia o utiliza indebidamente el "patrimonio" de la persona jurídica (1991). Segundo, la coincidencia solo de contenido: el bien jurídico y el representante son distintos, pero ambos tienen idéntico contenido interpretativo. Por ejemplo, en el homicidio (CP, 1991, art.106), el bien jurídico es la vida, pero el referente es la persona (según la postura citada). No hay coincidencia ni en lo formal ni en el contenido. En estos casos, el legislador prohíbe la causación de una modificación que no puede considerarse lesión de un bien jurídico (Hefendehl, 2007, pág. 180).

Esta clasificación coincide con la que se avizora ya en el trabajo de Maurach y Zipf: los casos en los que se aprecia una coincidencia entre bien jurídico y representante son excepcionales, y, puntualizan estos autores, que estos casos se refieren a objetos de carácter único e irrepetible (Maurach & Zipf, 1994, pág. 338).

Hefendehl aclara que la relación entre bien jurídico y representante no puede ser de absoluta desconexión pues aun cuando bien jurídico y objeto no son conceptos equiparables, media entre ellos una relación especial, al punto que, si no se logra encontrar una relación suficientemente estrecha entre ambos, no puede hablarse de representante (Hefendehl, 2007, pág. 181). Por ello, desde la perspectiva que aquí se plantea, es preferible reemplazar la relación de coincidencia-divergencia entre el bien jurídico y su representante al momento de la interpretación del sentido del tipo planteada por Hefendehl, por una relación de mediatez-inmediatez entre ambos conceptos (bien jurídico y representante), de modo que en los casos de coincidencia formal y de contenido (primer grupo) existe una inmediatez

absoluta entre ambos, de modo que al afectarse uno, automáticamente se está produciendo la afectación del otro, no hay distinción entre ellos o están superpuestos; mientras que en el otro extremo, en los casos que Hefendehl identifica como ausencia absoluta de coincidencia formal y de contenido, en realidad lo que existe es una relación mediata entre bien jurídico y representante, es decir, una separación conceptual entre la afectación del representante y la del bien jurídico, de tal modo que la afectación del primero solo revela la lesión del segundo en un plano valorativo: la afectación de una parte, a la vez, traduce o representa, necesariamente, la afectación de un todo. El legislador se encarga de definir qué “partes” representan válidamente al “todo” para efectos de proteger su intangibilidad o su sostenimiento y de ahí la necesidad de que el representante no se desconecte de niveles de lesividad que den referencias válidas de la lesión al bien jurídico.

Para clarificar esta explicación, se puede construir imaginariamente un modelo ideal que parta de la hipótesis de absoluta coincidencia (inmediatez) entre bienes jurídicos y sus representantes. Si se imagina una sociedad en la que solo se protegen bienes jurídicos con representantes inmediatos (absoluta coincidencia entre bien jurídico y representante) podría afirmarse que en este grupo social hipotético los riesgos sociales que puedan devenir en afectaciones futuras a los bienes jurídicos no resultarían importantes. Una sociedad planteada en estos términos resultaría absolutamente insegura y, por tanto, inviable, ya que no desincentivaría a sus integrantes a emprender labores peligrosas para los demás miembros del grupo, pues, con seguridad, estos confiarían en que solo la afectación de un determinado representante legitimaría la sanción y no otro estadio lesivo previo. A partir de este punto de partida hipotético, se puede apreciar cómo la idea del objeto representante se construye alrededor de la necesidad de protección anticipada de los bienes jurídicos (adelantamiento de las barreras de punición), de tal modo que, esta hipótesis resulta coincidentemente con los planteamientos de Schünemann y Hefendehl: tanto los bienes jurídicos, individuales o colectivos, pueden tener representantes inmediatos o mediatos, según la necesidad social de su protección eficaz.

Con lo dicho hasta aquí, deviene necesario introducir un matiz adicional, esta vez en la terminología que se viene utilizando: se prefiere aquí usar la denominación “referente” y no “objeto de la acción” o “representante”. Esta última denominación, en particular, no resulta satisfactoria, ya que no traduce adecuadamente la relación existente entre bien jurídico y objeto de la acción. El término “representante” alude a dos objetos independientes, incluso desconectados entre sí, pero que al afectarse uno, “se debe entender” que el otro se afecta. Esta no es la relación que existe entre el bien jurídico y el objeto de la acción, conforme se viene exponiendo (por ejemplo, la bandera nacional simboliza a la patria, y en ese sentido la representa, pero resulta dudoso que se configure la conducta prevista en el Art. 344 CP si una persona aparece en una fotografía posando desnuda sentada sobre la bandera). En cambio, el término “referente” sí traduce y describe mejor la naturaleza del objeto de la acción, como indicador o punto de referencia para determinar la afectación de un bien jurídico. Todo a nuestro alrededor podría ser



tomado como referente de la afectación a un bien jurídico (individual o colectivo), dependiendo de la valoración que el legislador establezca en cada tipo penal. Por ejemplo, el vertimiento de sustancias contaminantes en un riachuelo, que genera un daño ambiental focalizado que no se extiende más que unos pocos cientos de metros, puede generar un daño ambiental tan poco trascendente para el medio ambiente en su conjunto, que incluso en pocas horas resulte imperceptible, pero, al haberse producido el vertimiento contaminante en el riachuelo, que en este ejemplo viene a ser el referente de afectación del medio ambiente, estará comprobado el daño al medio ambiente por una relación de referencia entre el objeto de la acción (el riachuelo) y el bien jurídico (el medio ambiente).

### 5. ¿Lesión o Peligro para Bienes Jurídicos Colectivos?

Al plantear así las cosas, surge de inmediato la necesidad de discutir acerca de la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos, pues si se toma como base solo el planteamiento expuesto hasta aquí (los tipos penales se distinguen en función de la relación entre bien jurídico y referente), podría llegarse a la conclusión aparente de que no hay distinción entre ambas categorías de bienes jurídicos (individuales y colectivos). No obstante, esto sería solo una apariencia equívoca ya que los criterios de distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos no deben verse tanto en la estructura de los tipos, sino sobre todo en la funcionalidad que cumplen los bienes jurídicos en la sociedad. En lo que sigue se da cuenta de modo enunciativo de criterios desarrollados por la doctrina alemana para distinguir un bien jurídico colectivo, lo que implica que no se va a desarrollar la faz problemática del asunto, es decir, la aplicación de la teoría a casos específicos a fin de determinar la naturaleza (individual o colectiva) de ciertos bienes jurídicos problemáticos (Hefendehl, 2007, pág. 183; Schünemann, 2007, pág. 218). No obstante, cabe mencionar que una correcta sistematización de este asunto no solo permite distinguir cuando se está ante un bien jurídico colectivo, sino también permite identificar bienes jurídicos que en apariencia son colectivos, pero que en realidad no son, lo que evita problemas de interpretación.

Partiendo de bienes jurídicos como, por ejemplo, seguridad exterior, medio ambiente, seguridad de la moneda, Hefendehl plasma tres criterios principales para identificar un bien jurídico como colectivo que se pueden resumir en las siguientes formulas:

- No exclusión en el uso: nadie puede ser excluido de su uso; todos pueden ser, potencialmente, usuarios del bien jurídico.
- No rivalidad en el consumo: el disfrute del bien por unos no perjudica las posibilidades de disfrute de otros; pero aquí hay una atingencia: el bien jurídico es vulnerable al consumo no lícito y puede destruirse, de modo que solo un consumo conforme al Ordenamiento puede asegurar su supervivencia.
- No distributividad: Un bien es colectivo si conceptual, real o jurídicamente es imposible de dividir en partes y asignárselas a los individuos en porciones.



Estos tres criterios bastan cada uno por sí mismo para identificar un bien como colectivo y de ellos surgen las tres categorías esenciales de bienes colectivos que identifica el precitado autor: (a) los bienes jurídicos de la confianza socialmente relevante (por ejemplo, la incorruptibilidad de los funcionarios, o la confianza en la seguridad de la moneda); (b) Los bienes jurídicos consistentes en contingentes agotables relevantes para sociedad; (c) Los bienes jurídicos para la protección de las condiciones marco del Estado (Hefendehl, 2007, págs. 188 - 191). El mismo autor añade una cuarta categoría intermedia entre bienes jurídicos individuales y colectivos, entre los que sitúa a la “salud pública”, “seguridad pública”, “seguridad en el tráfico”, entre otros, planteando que estos son bienes jurídicos aparentes que deberían ser eliminados para evitar confusiones. Como se puede apreciar los criterios desarrollados por Hefendehl son enormemente útiles ya que permiten identificar, incluso caso por caso, si la figura que se analiza es un bien jurídico colectivo o no.

En adición a la definición previamente desarrollada, cabe recurrir a la sistematización planteada por el profesor Bustos Ramírez, según quien lo que tradicionalmente se conoce como bienes jurídicos individuales, son en realidad bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema, pues, según indica este autor, tal denominación (“individuales”) hace referencia a una pertenencia individual del bien jurídico, cuando en realidad se trata de relaciones microsociales sin las que no es posible la existencia de sistema social alguno (1991). La vida humana, la salud individual, la libertad, honor, patrimonio, entre otros bienes, son bienes jurídicos que se complementan con los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema: el sistema puede existir sin ellos, pero no funciona o lo hace de manera defectuosa. Estos últimos implican una actividad de intervención en las posibles disfunciones que se producen en el sistema y una acción en su perfeccionamiento. Por ejemplo, la fe pública, la seguridad del tráfico, el medio ambiente, etc (Busto Ramirez, 1991).

Una característica esencial que destaca Bustos es que los bienes jurídicos de funcionamiento están al servicio de las bases de existencia del sistema. En este segundo nivel (bienes de funcionamiento) se pueden distinguir tres niveles o categorías según si implican una actividad Estatal que permite: (a) desarrollar las condiciones indispensables para que se den las bases de existencia del sistema (bienes jurídicos colectivos propiamente dichos).; (b) intervenir en las posibles disfunciones que se producen en el sistema (bienes institucionales); y, (c) asegurar el poder Estatal (bienes de control) (Bustos, 1991, págs. 365 - 366).

El planteamiento de Bustos es especialmente oportuno y clarificador en este punto, aun cuando se le deben plantear dos matices: Primero: si bien no se puede plantear una relación de pertenencia en los bienes de base (sino una relación de cercanía con el referente, como ya se ha estudiado) es indudable que el baremo de identificación de estos bienes jurídicos es el individuo, es decir, son relaciones microsociales, porque toman como base el desenvolvimiento del individuo en la sociedad (2005, págs. 192 - 193); en ese sentido, la denominación bienes jurídicos individuales debe entenderse en de esta manera. Segundo: Los bienes jurídicos

de funcionamiento identificados por Bustos son fenómenos complejos (así lo son el medio ambiente, la fe pública, la seguridad y el orden público o la Administración pública, entre otros), que no cumplen de modo segmentado tales funciones, sino que cada uno de estos bienes jurídicos implica a la vez todas esas funciones, cada una de las cuales se presenta en todos ellos en mayor o menor grado. Así, por ejemplo, en la protección del medio ambiente, se puede apreciar una función de aseguramiento de bienes de base muy marcada, que fundamenta este bien jurídico; pero, sin perjuicio de ello, este mismo bien jurídico (solo colectivo, según bustos) también legitima una intervención en posibles disfunciones en el sistema (Administrativo) ambiental; y, finalmente, no se puede negar la vinculación (aunque esto ya no es tan característico del medio ambiente como bien jurídico) entre el mantenimiento del poder Estatal y la protección del medio ambiente (véase al respecto al discusión recientemente abierta acerca de los perjuicios que podría generar en la soberanía nacional la suscripción del acuerdo de Escazú).

Por ende, desde el punto de vista que aquí se propone (inspirado en el trabajo de Bustos, pero matizado por los aportes de Hefendehl), no hay tres tipos diferentes de bienes jurídicos de funcionamiento, sino que evidencia tres funciones distintas de estos bienes jurídicos (función de aseguramiento de bienes individuales, de preservación institucional y de mantenimiento del poder público), lo que ocurre es que dichas funciones no se presentan con la misma intensidad en todos ellos, sino que tienen diverso protagonismo en cada bien jurídico, de acuerdo a la función que realizan en el Ordenamiento.

Bajo este esquema, las categorías de lesión y peligro se deben organizar a partir de la relación mediata o inmediata entre el referente y el bien jurídico, y no en el menoscabo o peligro generado al objeto de la acción: la lesión implica la coincidencia inmediata entre el menoscabo del referente y el del bien jurídico; el peligro, por su parte, implica la colocación por delante, decidida por el legislador, de un referente que, de verificarse, permite apreciar valorativamente una afectación al bien jurídico. Así, por ejemplo, en los delitos contra la vida el referente es el cuerpo humano, de modo que si alguien quiere matar a otro debe atacar dicho referente (digamos, mediante un disparo con arma de fuego) de modo que lo prive de vida (inmediatez entre referente y bien jurídico); si, en un desvío del acontecer, la bala alcanza al cuerpo pero no da en un órgano vital (peligro concreto) o se pierde por falta de puntería del tirador (peligro abstracto), lo que se configura es un peligro para la vida que justifica la punición por tentativa. Si no se toma al cuerpo humano como punto de referencia valorativa para determinar la lesión o el peligro para la vida, cualquier acción de disparar un arma podría ser catalogada como tentativa de un homicidio. El cuerpo humano también sirve de referente para el bien jurídico de salud individual, y de ahí la dificultad de distinguir entre los ataques a la vida de los ataques a la salud. En el caso de los bienes jurídicos colectivos sucede algo particular, ya que los menoscabos efectivos de un referente (como lo son vertimientos en el caso del medio ambiente o fraudes documentales en el caso de delitos tributarios) no permiten evidenciar directamente, es decir inmediateamente, un menoscabo en el bien jurídico que referencian, sino que

dicha afectación siempre se determina valorativamente. La situación más problemática aquí se presenta en los casos de bienes jurídicos colectivos denominados institucionales según la categorización de Schünemann (vid. supra: condiciones sociales cuyo mantenimiento es indispensable para una vida pacífica y próspera), ya que en estos casos no existe un referente físicamente identificable y lesionable, de modo que en estos casos la categoría del peligro abstracto resulta de particular controversia, ya que se trata de una situación, un quebrantamiento normativo, el incumplimiento de un deber, etc. que al generarse permite apreciar una afectación al bien jurídico, pero desde un punto de vista valorativo. En este grupo de casos la idea de bien jurídico juega un papel de particular importancia, que legitima su mantenimiento como elemento fundamentador de la ilicitud, pues evita que el mero acaecimiento de la situación descrita en el tipo satisfaga la relación de conexión entre el referente y el bien jurídico; esta es una razón más para rechazar el remplazo del bien jurídico por la protección de la vigencia de norma, pues ello implicaría equiparar o hacer indistinguible bien jurídico y referente (Hefendehl, 2007, pág. 179) con los evidentes riesgos que ello implica para la legitimación del derecho penal.

Lo dicho hasta aquí plantea un análisis muy somero y aproximativo sobre la sistemática de los bienes jurídicos y cómo estos reflejan la necesidad social de establecerles distintos modos de protección a partir de la constatación de su concreta afectación (lesión) o de referentes de la misma para determinar el peligro. Sin embargo, esta teorización no permite todavía visualizar cómo se organiza el Ordenamiento jurídico para brindar esta protección. A continuación, se aborda esta problemática.

## **6. Alcances del Concepto de Mínima Intervención.**

En el apartado anterior se analizó el binomio bien jurídico individual y colectivo, y los mecanismos de intervención penal para su protección partiendo de la idea de que en el derecho penal se protegen bienes jurídicos. Ahora bien, afirmar que el Derecho penal solo protege bienes jurídicos implica, no una relación de exclusividad, sino una suerte de delimitación: no se puede imponer legítimamente una pena, sin verificar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos valiosos. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos solo puede significar que allí donde hay un delito, siempre hay detrás un bien jurídico que se está protegiendo (Nino, 1989, pág. 56), pero este principio no puede ser entendido en el sentido de que allí donde hay un bien jurídico debe intervenir necesariamente el Derecho penal para protegerlo. Esta atingencia es de particular importancia, por ejemplo, para evaluar la concurrencia de una causa de justificación como el estado de necesidad: el Derecho penal no puede proteger los bienes jurídicos solo por ser tales, sino que debe estar atento a los intereses que subyacen a ellos y elegir, en caso de conflicto, el mal menor.

En jurisprudencia anterior, nuestra Corte Suprema señaló (R.N. N° 3429-98 Lima) que es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que solo sea defendible por el Derecho penal. Esto tiene consonancia con la función negativa de

legitimación del bien jurídico, que indica que el concepto de bien jurídico penal no constituye una fórmula con la cual, mediante operaciones de subsunción y deducción, se pueda delimitar la conducta punible de la que no lo es, pues con el bien jurídico solo es posible identificar qué puede legítimamente ser tutelado con el derecho penal (Moccia, 1997, pág. 114). Los bienes jurídicos penales, por tanto, no tienen una posición de especial jerárquica (delante o por encima) respecto de los otros intereses valiosos para la sociedad. Sería un error entender que el bien jurídico penal aparece luego de un proceso de filtrado de los intereses importantes, que arroja como resultado cuáles son los bienes merecedores de protección penal en la sociedad. El bien jurídico penal, por tanto, no es un interés superior a los otros intereses que reconoce el Ordenamiento. El principio de protección significa, entonces, que la intervención penal solo es legítima en tanto proteja bienes jurídicos y no que la protección de bienes jurídicos solo puede darse mediante el derecho penal.

Villavicencio afirma contundentemente que en un Estado social, el derecho penal solo se legitima si protege a la sociedad, de modo que si dicha intervención no es útil, no se justifica, y puntualiza que la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos no es un criterio de legitimación sino de exigencia de utilidad de la intervención penal, lo que exige la creación de un programa de control razonable de la criminalidad que permita explicar y planificar (seleccionando adecuadamente objetos, medios e instrumentos) en qué casos resulte legítima tal intervención (2006, págs. 92 - 93).

Ahora bien, hasta aquí solo se ha planteado el asunto en el ámbito de los principios, pero hace falta analizar el nivel de la operatividad del principio de mínima intervención. Como se advirtió previamente, aquí únicamente se expone la interacción entre el Derecho penal y el Administrativo Sancionador, los cuales tienen en común que sirven como derechos de reforzamiento de las normas que componen el Derecho administrativo. Cuando se les califica como derechos de reforzamiento se hace referencia a la cualidad que tienen de asegurar la inquebrantabilidad de un Ordenamiento dado (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018, pág. 3) o, en términos descritos por Otto, se trata de Derechos orientados a conservar un determinado entramado social (2017, pág. 27). Esto abona en la idea, ya defendida en otro lugar, de la independencia o autonomía material entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Administrativo a pesar de su aparente similitud nominal (Rojas, 2015, pág. 80).

El Derecho Administrativo establece las pautas de comportamiento de los ciudadanos y el Derecho penal y el Administrativo Sancionador se encargan de reforzar este ámbito de regulación, a efectos de asegurar su vigencia. En efecto, la totalidad de sistemas jurídicos recurren a la utilización de los medios que brinda el Derecho Administrativo para lograr una adecuada planificación, gestión, control y sanción, a pesar de que ello puede implicar tensiones entre los medios de reacción utilizados (Terradillos, 1996, pág. 295).

Este planteamiento no significa, en ningún caso, que la intervención penal o administrativo sancionadora se ordenan por un mero criterio de "pertenencia

negativa" (lo que no amerita regulación penal, debe ser regulado en el administrativo sancionador o a la inversa), pues ello, en primer lugar, no soluciona el problema de la pertenencia de determinada infracción a uno u otro ámbito, y, en segundo lugar, conlleva el riesgo de dejar la decisión sobre la intervención más adecuada en manos de las tendencias maximalistas que abundan hoy en día en el Derecho penal, lo que ha conllevado a que, por ejemplo, en la práctica, en nuestra jurisprudencia solo se reconozca el non bis in ídem de manera nominal y no real (sobre esta problemática ver: Rojas, 2015). Al contrario, lo que se pretende resaltar aquí, es que cualquier infracción que se ubique en el ámbito penal o administrativo sancionador debe acreditar su utilidad (eficiencia) y estar rodeadas de suficientes garantías (materiales y de procedimiento) en el ámbito que les compete, pues ambas manifestaciones del ius puniendi conllevan restricciones fuertes a la libertad de los ciudadanos (Schünemann, 2012, págs. 68 - 69). Por lo tanto, no se puede establecer como una fórmula de solución genérica una regla tan poco clara y manipulable como sería: "menos derecho penal y más administrativo sancionador" (es de entender que también está en contra de una solución de este tipo el brillante trabajo de Alarcón, 2014, págs. 136 - 140). Por su parte, el sistema de control administrativo y administrativo sancionador tampoco puede sustituir abiertamente el uso del derecho penal (el llamado "derecho penal minimalista" postulado por la escuela de Frankfurt), sino solo complementarlo (Schünemann, 2012, pág. 68).

### **7. Riesgo y Protección de Bienes Jurídicos: Propuesta.**

De acuerdo con los puntos de partida arriba formulados (ver subtítulo 2), el principio de mínima intervención no se satisface solo con seleccionar los ataques que impliquen una especial gravedad para el bien jurídico protegido por el derecho penal, sino que también exige tipificar solo una parte de las conductas que en las demás ramas del Ordenamiento se califican como antijurídicas y también dejando de sancionar aquello que no amerita un castigo. Acorde con ello, a continuación, se propone un criterio de delimitación entre la intervención del Derecho Penal y la del Derecho Administrativo Sancionador, sobre la base de la utilidad de ambos sectores del Ordenamiento sancionador. Para ello, de conformidad con la exposición hecha precedentemente en los subtítulos 3 y 4, se propone como baremo de utilidad en este aspecto la posibilidad de contención de conductas riesgosas para bienes jurídicos en estadios previos a su lesión. Con esta finalidad, se recurre a crear un modelo imaginario de riesgos inspirado en las fases en el alejamiento progresivo con respecto a los objetos de protección, identificado por el profesor Silva Sánchez al analizar la intervención penal en estadios previos a la lesión de bienes jurídicos. Cabe señalar, eso sí, que este autor hace referencia a esta utilización amplificada del concepto de lesividad no para legitimarla (para Silva existe, más bien, una hipertrofia del valor seguridad), sino para explicar cómo el Derecho Penal relaja la rigidez de sus principios fundadores y flexibiliza sus garantías para responder a los distintos tipos de criminalidad (Silva, 2003, págs. 315 - 316 y 327). Estas fases son las siguientes:

1. Con el fin de evitar la lesión de un interés personal o patrimonial, se tipifica conductas lesivas, concretamente peligrosas o abstractamente peligrosas. Para ello se ha venido recurriendo al Derecho Penal.
2. Se tipifican contextos típicos de conductas peligrosas (bienes colectivos). La lesión o puesta en peligro concreto e incluso abstracto de estos contextos típicos, según Silva, admitía usualmente la protección administrativa, pero de modo crecientemente importante, se recurre también a la protección penal.
3. Se tipifica indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos (peligros presuntos o formales). Dichos indicadores son los que suele establecer la normativa administrativa como presupuesto de la aplicación de sus sanciones. Aquí se vulnera el “orden de policía” y a ella se conectan los procedimientos administrativos sancionadores.
4. La intervención estatal se produce en un momento anterior, incluso al de la constatación de un riesgo concreto para el orden de policía, pero aun sin existir sospecha concreta sobre la concurrencia de los referidos indicadores, se da inicio al procedimiento administrativo de inspección. La intervención estatal en este caso, se justifica al margen incluso de la constatación de un peligro abstracto para los bienes jurídicos personales o patrimoniales; e incluso por encima de los niveles de lesión, puesta en peligro concreto y puesta en peligro abstracto para los bienes colectivos.

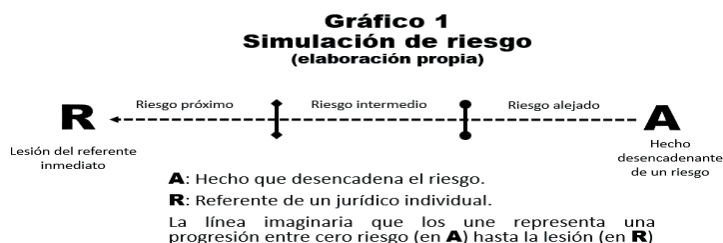
De esta manera, aquí se describe cómo el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador han ido encargándose de reforzar las diversas parcelas generadas por un alejamiento progresivo entre el acto generador de riesgo y la lesión efectiva del bien jurídico. Sobre la base de esta idea, se puede ir sentando las bases del modelo hipotético que aquí se propone, planteando dos componentes esenciales del mismo: de un lado, un acto generador de riesgo (A) y del otro lado el supuesto más representativo de afectación a un bien jurídico de los que aquí se ha estudiado: la lesión de un referente inmediato de un bien jurídico individual (R) (sobre este concepto ver subtítulo 4). Entre ellos media una relación hipotética de riesgo progresivo que abarca desde el momento en que el acto A se exterioriza y culmina con la materialización del riesgo en la lesión de R. Tal progresividad del riesgo se puede describir de la siguiente manera:

- *Riesgo alejado*: Representa los casos con el nivel más alejado o muy escaso de lesividad para los bienes jurídicos individuales y también para los colectivos. Corresponde al nivel 4 de los casos descritos por Silva Sánchez.
- *Riesgo intermedio*: Representa los casos de puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos individuales o colectivos. Corresponde a los niveles 2 y 3 de los casos descritos por Silva Sánchez.
- *Riesgo alto*: Implica la lesión o peligro de los referentes de bienes individuales. Corresponde al nivel 1 de los casos descritos por Silva Sánchez.



Esta simulación o modelo se muestra graficado en la figura 1 a continuación.

**Figura 1**  
*Simulacro de riesgo*



Sobre la base de estas etapas en la progresión del riesgo y teniendo en cuenta los mecanismos de protección de bienes jurídicos individuales y colectivos estudiados previamente (ver subtítulo 4), se puede apreciar lo siguiente en cada una de las tres fases planteadas:

- *Fase de riesgo alejado:* Al haberse planteado que este nivel representa el más alejado de lesividad a los bienes jurídicos individuales y también de los colectivos, está destinado a ser protegido mediante los mecanismos periféricos de reforzamiento del Derecho Administrativo Sancionador de modo exclusivo. Permite, por tanto, castigar conductas que ponen en peligro bienes jurídicos colectivos (referidos al funcionamiento del sistema, siguiendo la terminología de Bustos) como el Medio Ambiente, de la Administración Pública, o la estabilidad económica, etc., pero siempre que tal protección esté orientada al buen funcionamiento de tales estructuras.
- *Fase de riesgo intermedio:* Si bien esta corresponde propiamente a la protección de bienes jurídicos colectivos (bienes de funcionamiento, según Bustos), se evidencia en ella una mayor dependencia con el bien individual. Por tanto, en este nivel, los referentes de los que echa mano el legislador están orientados a la consecución de una vida humana digna. Esta fase legitima la protección de aspectos medulares del Medio Ambiente, de la Administración Pública, o la estabilidad económica, etc.
- *Fase de riesgo alto:* Implica la lesión o peligro de referentes de bienes individuales que han caracterizado históricamente al Derecho Penal, por resultar las más graves que se aprecian en la sociedad. Este encargo debe continuar manteniéndose de modo exclusivo.

Conviene recordar que, a diferencia de Bustos, aquí no se trabaja sobre una subdivisión interna de los bienes jurídicos de funcionamiento, de tal modo que no se distinguen las tres subclases de dicha categoría de bienes jurídicos planteadas

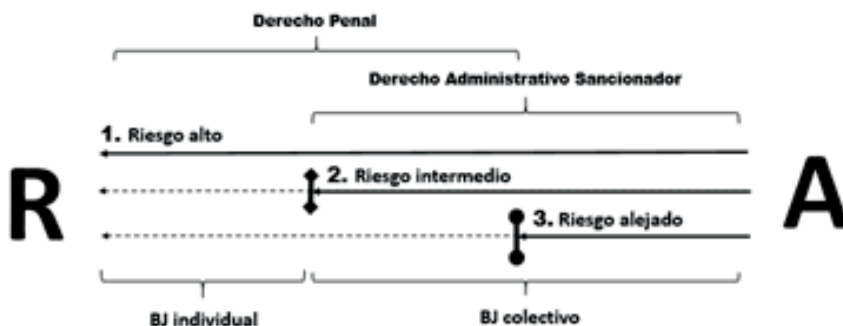


por este autor. Más arriba se planteó un matiz en el sentido de que se trata en realidad de funciones que aparecen con mayor o mejor claridad al interior de los bienes jurídicos (colectivos) que componen esta categoría (con más detalle subtítulo 4).

De acuerdo con los resultados del modelo ideal propuesto, los casos de riesgo alto deben ser solventados de manera exclusiva mediante mecanismos penales; en los casos de riesgo alejado, es el Derecho Administrativo Sancionador quien debe intervenir de manera exclusiva y excluyente. Esto permite explicar, de modo teórico, que tanto en el Derecho Penal cuanto en el Administrativo Sancionador hay zonas de regulación exclusiva que impiden que determinados ilícitos puedan ser regulados por uno u otro Ordenamiento sancionador (por ejemplo, un homicidio, una violación o un robo, siempre serán abarcados por el derecho penal; mientras que un aparcamiento indebido, o el no respetar las proporciones de un aviso colocado en la puerta de un comercio, no ameritan en ningún caso la intervención penal). Existe, sin embargo, una zona de riesgo intermedio en la que es posible que ambas regulaciones puedan concurrir, habida cuenta de que tanto el Derecho Penal como el Administrativo Sancionador protegen hoy en día bienes jurídicos colectivos. Podría decirse que esta zona intermedia es una zona de “expansión” penal y administrativo sancionadora, ya que, según refieren Mattes y Mattes, en los albores de las sociedades modernas, el Derecho Penal se orientaba a la preservación de los interés básicos de la sociedad que solían representarse en intereses de carácter individual (vida, libertad, patrimonio, honor, etc.), mientras que las infracciones de orden se referían a desobediencias propias del derecho de policía y que tradicionalmente se han entendido como un atributo de la Administración no necesitada de intervención judicial alguna (Mattes & Mattes, 1979, págs. 1 - 238). El planteamiento evolutivo que parte de un Derecho Penal clásico y se dirige hacia un derecho penal moderno con estructuras flexibilizadas y protección de bienes jurídicos colectivos, entre otras características (Hassemer, 1999, págs. 15 - 38), es plenamente compatible con este modelo. Algo similar ocurre con el Derecho Administrativo Sancionador, pues en la medida en que las sociedades se han complejizado el Derecho Administrativo ha ido desarrollando y haciéndose cargo de funciones y actividades vinculadas con la satisfacción de las necesidades esenciales de la persona y de la propia sociedad (Guzmán, 2011, págs. 15 - 30), lo que ha requerido un recurso frecuente a la sanción administrativa como mecanismo de reforzamiento para asegurar la eficacia de dichas normas, lo que ha generado, a su vez, un crecimiento en intensidad de la sanción administrativa, al punto de hacerla indistinguible de la sanción en cuanto a gravedad y efectos perjudiciales para el sancionado (Rebollo, 2010, pág. 320).

Sobre la base de estas atingencias, la simulación ideal propuesta concluye en el modelo que se visualiza en el gráfico de la figura 2.

**Figura 2**  
*Articulación entre Derecho penal y el Administrativo Sancionador*



### 8. Relectura del Principio de Mínima Intervención.

Sobre la base de las conclusiones preliminares obtenidas, se puede plantear una reformulación del principio de mínima intervención sobre la base de las siguientes consideraciones:

- El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho penal son mecanismos de reforzamiento, es decir, sus normas regulan infracciones a ámbitos previamente regulados. Por ello, no hay inconveniente en afirmar que pueden proteger los mismos bienes jurídicos e incluso iguales aspectos de un mismo bien jurídico, en determinado ámbito.
- El principio de ultima ratio no regula de manera exclusiva al derecho penal, sino que debe identificarse sus contornos respecto de todo el ius puniendi (Alarcón, 2014, pág. 159; Rebollo, 2010, pág. 329).
- El principio de mínima intervención (subsidiaridad y fragmentariedad) no puede entenderse de modo monolítico. Despliega sus efectos con diferente intensidad, dependiendo de la regulación del riesgo que se pretenda atender: (a) en situaciones típicas de riesgos altos para bienes jurídicos individuales con referentes inmediatos (vida, patrimonio, libertad, etc.) el derecho penal actúa de modo exclusivo y excluyente para la protección de estas modalidades de ataque a estos bienes jurídicos, pues una modalidad de protección distinta conlleva el alto riesgo de ver desaparecer el bien jurídico. Hay que puntualizar que una conducta es de riesgo alto cuando resulta idónea para destruir o menoscabar de manera irreversible el referente del bien jurídico. (b) En los casos de riesgo lejano, es decir, cuando la sanción está orientada básicamente a asegurar algunas funciones de los bienes jurídicos colectivos (de funcionamiento) que no están directamente vinculadas directamente con el bienestar de las personas, sino con el funcionamiento de la sociedad y sus instituciones, el principio de mínima in-

intervención implica una prohibición prácticamente absoluta de intervención del Derecho Penal en esos ámbitos. En virtud de ello, resulta de dudosa constitucionalidad el Artículo 305.2 del CP, el mismo que está totalmente alejado de la idea de lesividad al Medio Ambiente y que regula, más bien, un supuesto de reforzamiento penal de una actividad de fiscalización de la Administración, la misma que tiene por sí misma mecanismos de reforzamiento suficientemente intensos como para hacer innecesaria la intervención penal. (c) En los casos de intervención sancionadora para contrarrestar conductas de riesgo intermedio se producen los diversos supuestos de superposición penal y administrativo sancionadora que chocan con la prohibición de doble sanción (*ne bis in ídem*). En estos casos es deseable que el legislador distinga con claridad los supuestos penales de los administrativos mediante la incorporación de criterios de mayor agravación en los tipos penales, que permitan apreciar el mayor desvalor de la conducta o del resultado penal. Uno de dichos criterios es, evidentemente, las cláusulas de distinción denominadas “cuantitativas”, que permiten distinguir ambos ilícitos en función de su intensidad (por ejemplo, la cuantía del perjuicio, el nivel de contaminación, etc.). Aquí, el principio de mínima intervención juega un papel de articulación, coordinación y complementación entre ambos órdenes sancionadores (Schünemann, 2012, pág. 69).

- Adquiere sentido que solo en la zona intermedia es posible que el legislador establezca intercambios entre una regulación penal y administrativo sancionadora, (por ejemplo, la hoy discutida reincorporación como conducta penalmente reprochable del tipo penal de acaparamiento). Alarcón también reconoce una zona intermedia penal-administrativo sancionadora (2014, pág. 163). Otros intercambios (penalización o despenalización de otros supuestos distintos al riesgo intermedio) deben vedarse; con lo cual, la “libertad de elección” del legislador respecto de qué es o no es antijurídico, tiene restricciones. Rebollo se expresa en sentido similar a lo aquí sostenido (2010, pág. 238), mientras que Alarcón concede más amplia libertad al legislador para elegir los tipos (2014, pág. 159).
- Todo hace indicar que la exigencia de matices en la traslación de las garantías penales hacia el derecho administrativo sancionador también puede ser analizado en función de la distinta intensidad de los riesgos que se pretende evitar. Así, por ejemplo, en la zona de riesgo alto, las exigencias de culpabilidad o legalidad, despliegan su máxima fortaleza. En cambio, en las zonas de lesividad lejana, las mismas exigencias se difuminan. En las zonas de riesgo intermedio, la necesidad de un traslado matizado debe analizarse caso por caso, sopesando la eficacia de la regulación administrativa versus la necesidad de asegurar al sancionado un castigo proporcional y acorde con el marco constitucional de valores.

## 9. Conclusiones

- Tomar postura sobre la unidad del *ius puniendi*, obliga a desarrollar esfuerzos orientados a construir una sistemática de las sanciones penales y administrativas de modo articulado y coordinado.
- El aporte de la dogmática penal peruana en este aspecto es valioso y debe profundizarse en su estudio y desarrollo. Una muestra clara de ello son los trabajos del profesor Felipe Villavicencio.
- El reto es, de un lado, construir un sistema de imputación de responsabilidad administrativa sancionadora lo suficientemente flexible para mantener la eficacia del ámbito administrativo que se refuerza, sin vaporizar las garantías propias del *ius puniendi*.
- De otro lado, el reto para el derecho penal es ampliar la mirada e incluir en su estrategia de desincentivos no solo a los demás mecanismos sancionadores, sino también a los extrasancionadores. La política criminal no puede continuar apoyada en la mera amenaza de castigo como mecanismo de desincentivo. Ello no es eficiente y corre el riesgo de generar más perjuicios que beneficios.



## REFERENCIAS

- Alarcón, L. (2014). Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*(195), 135 - 167.
- Bustos, J. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel.
- Bustos, J. (2005). Los bienes jurídicos colectivos. En J. Bustos, *Obras completas. Tomo II*. Lima: ARA editores.
- Corte Suprema de Justicia. (17 de diciembre de 1998). R. N. N° 3429-98 Lima .
- Guzmán, C. (2011). *Tratado de la Administración pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Caballero Bustamante.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para un teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Hefendehl, R. (2007). El bien jurídico como eje material de la norma penal. En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Lascuraín, J. A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *ADPCP, LX*.
- Mattes, H., & Mattes, H. (1979). *Problemas de derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado*. País Vasco: Edersa.
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Astrea.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General. 10 edición*. Barcelona: Reppertor.
- Moccia, S. (1997). De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales. En J. M. Silva, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.
- Molina, F. (2003). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Bosch - Universidad Externado de Colombia.
- Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nino, C. S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. Mexico D. F.: UNAM.
- Otto, H. (2017). *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Rebollo, M. (2010). Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores. En B. Lozano, *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
- Rojas, H. F. (2015). *Fundamentos del derecho administrativo sancionador*. Lima: Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- Schünemann, B. (2007). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento*

- de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2012). Protección de bienes jurídicos, última ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho. En R. Robles, *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Silva, J. M. (2003). Hacia el derecho penal del “estado de la prevención”. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. En J. M. Silva, *¿Liberta económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial* (págs. 307 - 332). Madrid: Marcial Pons.
- Terradillos, J. M. (1996). La protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. *Estudios penales criminológicos*(19), 289 - 327.
- Terradillos, J. M. (2017). La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal. *Revista de Derecho Penal*(25), 663 - 684.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. (R. Pariona, Trad.) Lima.
- Zusman, S. (2018). *La Interpretación de la Ley. Teoría y métodos*. Lima: PUCP.



# ABONO LEGAL DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LAS PENAS DE MULTA Y LIMITATIVAS DE DERECHOS<sup>1</sup>

*Jorge Luis Salas Arenas<sup>2</sup>*

## **Introducción**

El presente análisis se contrae al planteamiento del impacto del cómputo de la detención policial y/o prisión preventiva sobre las penas de multa o limitativas de derechos en la vigente regulación del Código Penal peruano, es decir, la redención total o parcial de las mencionadas penas según el tiempo de previa detención antes de la condena.

Algunas de las consideraciones que subyacen del contenido de este artículo fueron objeto de una conversación con el Dr. Felipe Villavicencio quien escuchó con generosa atención mi planteamiento y al despedirse me dijo “nos hemos olvidado de la segunda parte del artículo 47”, tema del cual me ocupo en este análisis y que reelaboro en homenaje a la memoria del notable maestro Villavicencio Terreros, tempranamente fallecido.

1. El presente análisis se refiere al abono del cómputo de la detención o prisión preventiva en las penas de multa (art. 41 y siguientes) o limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitaciones) (art. 31 y siguientes), en el vigente ordenamiento penal peruano, es decir, la redención, total o parcial, de las penas por haber sido preventivamente detenido el sentenciado antes de la condena que le impone privación efectiva de libertad.

El rígido razonamiento asumido por la mayor parte de la judicatura nacional conduce a que la realización del abono de aquel lapso se dé exclusivamente sobre la pena principal de privación de la libertad; entiéndase por abono al “cómputo de los efectos jurídicos de ciertas providencias, adoptadas durante el proceso penal con fines de aseguramiento de la persona del inculpado, en la extensión o medida concreta de la pena impuesta por la sentencia condenatoria” (Guzmán Dálbora, 2009, pág. 381). Esto impidiendo que se extienda a las penas conjuntas de multa y a las limitativas de derechos<sup>3</sup>; connotando, en el fondo, la inaplicación

---

1 Una versión anterior de este artículo ya se había publicado en Salas Arenas (2015).

2 Juez de la Corte Suprema y profesor de Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

3 Se toma como referencia el Recurso de Nulidad N° 1208–2013 Tumbes, en el cual se produjo una discordia mayoritaria (señores Magistrados San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo), y una discordia minoritaria (señores Magistrados Salas Arenas y Morales Parraguez, tras haber dirimido el señor Magistrado Rodríguez Tineo, aunándose a la mayoría con lo que se hizo resolución según el art. 141 TUOLOPJ) todo ello respecto al abono sobre la pena de multa. El autor de ese análisis ha emitido numerosos votos singulares en el sentido indicado, los que aparecen con motivo del Recurso de Nulidad N° 1208–2013 Tumbes y del Recurso de Apelación N° 09-2012 Cajamarca.

del párrafo segundo del artículo 47 del CP. Es un caso de inmotivado desuetudo pretoriano pues desde la promulgación del Código Penal en 1991, hace casi cinco lustros, los tribunales penales de todas las instancias han eludido injustificadamente dicha disposición vigente en el acervo normativo peruano.

El método interpretativo que subyace en el criterio señalado es el teleológico<sup>4</sup>; así, se enuncia que el abono deberá llevarse a cabo sobre la pena principal siempre que esta sea privativa de la libertad o, en su defecto, cuando la pena principal sea de multa o limitativa de derechos. Resulta paradójica esa propuesta de abono, reducida a la pena de multa o a la de limitación de derechos como sanciones principales únicas, uno de los presupuestos para la aplicación legítima de la medida cautelar de detención o prisión preventiva, es que el delito se encuentre conminado, de modo abstracto, con pena privativa de la libertad superior a cuatro años. En ningún caso el Código Penal ha previsto que los delitos conminados solo con pena de multa o limitativa de derechos no merecen prisión preventiva; por tanto, en ese extremo el criterio indicado postula en el fondo la imposibilidad legal de la aplicación del abono. Aquel planteamiento cierra la posibilidad de aplicar el abono en caso de penas conjuntas, aditivas a la privación de libertad, esto es, en las de multa o de limitación de derechos. La restricción del abono del lapso de la prisión preventiva únicamente en la pena privativa de libertad y, en su caso, al supuesto de imposición exclusiva de multa o exclusiva de limitación de derechos, segregando los supuestos de penas conjuntas, es ajena al sentido integral del artículo 47° y, en particular, del segundo párrafo de dicho dispositivo.

La postura referida evidencia, en el fondo, la concepción de la detención o prisión preventiva como un adelanto de la pena privativa de la libertad, al señalar que los efectos del abono deben recaer en una pena homogénea. Tal razonamiento mantiene como premisa la necesidad de equiparación entre la medida cautelar personal y la pena de prisión determinada en la sentencia.

Consideramos que llevar a cabo análisis aislados de los dos párrafos del artículo 47 del CP, conduce al error de entender unidimensionalmente el abono cuando normativamente se halla previsto como multidimensional o de múltiple espectro, por sus impactos en la punición. Es pertinente, por tanto, examinar las ideas centrales correspondientes al abono del tiempo de detención.

En la doctrina alemana se encuentran hipótesis desarrolladas sobre esta institución; así, la teoría del castigo anticipado (que fue el sentido inicial del tratamiento de la materia), admite que la detención es un anticipo de la propia pena, por tanto el abono ha de considerarse un mero procedimiento para efectuar el

4 Sus defensores evocan la intención del legislador, por tanto, proponen como método el análisis genético de la norma. Se señala en sustento de aquel criterio que, en la exposición de motivos del Código Penal de 1991, ha de “computarse la detención preventiva en los casos de sentencia a pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo”, lo cual es cierto; pero tal referencia únicamente se contrae al primer párrafo del indicado art. 47 CP, dado que como ocurre con otros acápite en otros artículos, el párrafo segundo no ha sido objeto de expresa motivación por el legislador. Cabe resaltar que ni en las Leyes N° 28568 y N° 28577, que posteriormente modificaron el supuesto normativo del primer párrafo del artículo 47, expresaron motivos respecto al segundo párrafo.

descuento (siendo conveniente por ello que sólo recaiga en la pena privativa de la libertad); la amplia difusión de esta concepción determinó que una creciente cantidad de códigos penales a partir del siglo XIX considerasen el abono como una facultad más del juzgador al momento de determinar la pena (Jescheck, 2002; Maurach, 1997). Se constató, así, que tal tesis es fruto de una concepción restrictiva. En el mismo sentido, el penalista español Guzmán Dálbora le atribuye al ordenamiento penal alemán ser el único país que mantiene este criterio (2009).

De otro lado, la teoría del sacrificio compensable atribuye al abono un carácter compensatorio, en razón al reconocimiento que la imposición de medidas cautelares personales, como la detención o prisión preventiva, implican en la producción de efectos aflictivos sobre el procesado, los que más allá de la legitimación de la limitación de la libertad, han de ser justamente desagraviados; tal tendencia se inscribe dentro de una perspectiva expansiva.

Los conceptos de compensación han ejercido influencia sobre la actual regulación de esta institución en el Código Penal de España (CPE, 1995, artículos 58° y 59°)<sup>5</sup>, así como en el ordenamiento normativo de algunos países de Latinoamérica (entre ellos el CP de Bolivia, el CP Federal de Argentina y el CP de Chile).

En la doctrina penal española López Barja, sostiene, respecto al artículo 59° de su Código Penal que, para llevar a cabo este abono, el CPE únicamente ordena que se tenga por ejecutada aquella parte que el juez o tribunal “estime compensada”, y, por consiguiente, claramente el criterio que subyace es el de “la compensación” (López Barja, 2004).

2. En nuestro medio, la doctrina y, mayoritariamente, la judicatura, asumen como presupuestos para el abono la postura del castigo anticipado, esto es, la más restrictiva, que por cierto ha tenido mayor difusión a partir de la legislación española y por ello el abono se relaciona pragmáticamente solo a la pena privativa de la libertad; es decir, únicamente se centra en el primer párrafo del Art. 47 del Código Penal (1991). Es oportuno referir que dicha postura ha sido refutada por un sector de la doctrina española y se ha visto evidentemente menoscabada con la entrada en vigencia de su CPE de 1995 (Blay, Cid, Escobar, Larrauri, & Varona, 2012; Manzares Samaniego, 1977).

Debido a tal situación, y teniendo en cuenta que el CP peruano de 1991 extendió los supuestos de aplicación del cómputo de la detención preventiva más allá de la privación de la libertad abarcando a las penas de multa y las limitativas de

5 “El abono se remonta en nuestra legislación al CP 1822..., cuyo art. 98 dispone que «en las penas que tengan tiempo determinado... el tiempo que hubiera estado preso (el reo) le será contado como parte de la pena...». Los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 guardan silencio sobre los posibles abonos en la duración de las penas. Luego, el primer párrafo del art. 114 CP 1928, tomando como ejemplo el Decreto de 9 de octubre de 1853 y la Ley de 17 de enero de 1901, prevé un confuso abono que, indudablemente preceptivo respecto a las penas de prisión, parece abrirse también a cualquier otra. El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas” (Manzares Samaniego, 2014)

La que ha despertado el interés de un importante sector doctrinario español (Rodríguez Fernández, 1983; Llorca Ortega, 1999; Lopez Barja, 2002)

derechos; cabe reevaluar los motivos atinentes al abono, en particular en los casos en que se ha de imponer penas conjuntas de privación de la libertad y de multa o limitativas de derechos y multa. Vale la pena tomar en cuenta, además, que nuestro Código Penal prevé para una muy amplia y creciente cantidad de delitos la imposición conjunta de pena privativa de la libertad con la de días-multa (unidad de la pena de multa); en la actualidad hay más de 400 supuestos de aplicación conjunta de privación de libertad y multa. Esto ocurre aun con más frecuencia especialmente cuando corresponda aplicar una pena privativa de libertad de corta duración, o de sustituir la pena privativa de libertad que decide el Juez, en dimensión inferior a los cuatro años, por prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

La aplicación “pro reo” de esta regla legal no debería restringirse, por determinación pretoriana a solo una de las penas del catálogo legal (aunque esta sea la forma de castigar más importante por ahora), y menos aún sin expresión de motivos para justificar la exceptuación de la o las co-penalidades (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993, artículo 139).

3. Ante tal panorama, es necesario volver a analizar el alcance de la institución del abono como una forma de redención para una integral comprensión de sus alcances, con especial atención a los casos de concurrencia de penas. Para ello, corresponde primero asumir que, aunque la detención o prisión preventiva no constituye un adelanto de la pena misma, resulta incuestionable que toda limitación de la libertad, por mandato judicial, acarrea efectos ulteriores que son pasibles de compensación (propuesta de aplicación) siempre que sobre el procesado recaiga firmemente una sentencia condenatoria.

Por lo tanto, del reconocimiento de que el abono de la detención o prisión preventiva es una institución legal de naturaleza compensatoria, surge del imperativo normativo de que la entidad inmediata sobre la cual ha de recaer este efecto es la pena estimada en abstracto; esto es, indistintamente de la clase de pena que corresponda ser impuesta por hallarse conminada en el tipo penal respectivo (bien privativa de la libertad, de multa o una limitativa de derechos), y tanto si deba aplicarse como sanción individual como en los casos en que deba serlo en concurrencia con otras.

De ello se deduce que el cómputo bonificador de la detención preventiva, tal cual se plantea en el párrafo segundo del artículo 47 del Código Penal, debe ser determinado desde una interpretación sistémica de sus efectos justificantes, teniendo a su vez en cuenta el tercer y el cuarto párrafos del artículo 56° del propio Código. El planteamiento que postulamos es, en este momento, una postura judicial minoritaria, y ha merecido poca atención por la doctrina en nuestro país, sin embargo, fuera de los límites patrios el interés es creciente: Esta problemática ha sido abordada por el debate jurídico de países como Argentina y Chile (Guzmán Dálbora, 2009, pág. 381; Fleming & López Viñals, 2009, pág. 674).

4. Así, en el Perú, la influencia de la interpretación restringida se manifiesta en el voto en discordia que en mayoría se expidió en el Recurso de Nulidad N° 1208–2013 Tumbes. En dicho pronunciamiento se esgrimen tres argumentos centrales sobre el sentido y finalidad del párrafo segundo del artículo 47 del CP

Artículo 47.- El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. (1991)

El primero de ellos mantiene como premisa básica que el abono del cómputo de la detención no se aplica sobre penas conjuntas, en tanto el legislador ha previsto que se efectúe exclusivamente cuando se trate de penas únicas; es decir, o bien cuando se imponga como pena principal la privativa de la libertad, o bien cuando se trate sólo de las penas de multa o limitativa de derechos.

Pero deviene en legalmente imposible efectuar el abono sobre la pena de multa y/o las limitativas de derechos en condición de pena principal, debido a que los delitos conminados con esta clase de sanciones no son pasibles de imposición de la medida cautelar de detención o prisión preventiva; por tanto, pierde sustento aquel argumento, al atribuir al legislador el dictado de un supuesto de Derecho penal sustantivo, impracticable a partir de las previsiones y exigencias taxativas del ordenamiento procesal penal. El planteamiento restrictivo implanta, sin declararlo, una contradicción lógica, intrasistemática, y además irresoluble, entre el segundo párrafo del artículo 47 CP, y el literal “b” del artículo 268 Código Procesal Penal (CPP, 2004). Antinomia que, en realidad, no existe.

El siguiente argumento en contra de la aplicación extensiva del abono se refiere a los efectos de la detención o prisión preventiva que se dice no pueden ser homologados más que a la pena privativa de la libertad, sosteniéndose que no es posible aplicarse sobre la pena de multa en tanto esta afecta el patrimonio del condenado mas no su libertad. Estimamos que tal fundamento es compatible con la inicial concepción de la doctrina alemana sobre esta institución, que confundió el sentido de las medidas cautelares personales con el adelanto de la pena; noción bajo la cual se exige que para efectuar el abono deba tratarse de una situación aflictiva comparable.

Por último, se expresa en aquel voto mayoritario de discordia que hay riesgo de efectos no deseados derivados de la aplicación del abono sobre penas conjuntas a la privativa de la libertad, tales como la desaparición (por compurgación) de la multa o de las limitaciones de derechos, dispuestas en el caso concreto; deduciendo que de procederse al abono en dichos supuestos se estaría aprovechando un vacío de punibilidad que se contrapone a una necesaria vigencia de las consecuencias jurídicas del delito en concreto, de multa o la limitación de derechos impuesta. Un re-examen sobre este razonamiento nos conduce a descubrir una actitud contraria a la regla “*favor rei*”, por el cual las interpretaciones de las normas jurídico-penales deben efectuarse en cuanto sean beneficiosas al condenado.

Sobre el particular, la prisión preventiva es una medida temporal y excepcional, de modo que no constituye una decisión de general aplicación (característica de una regla y no de una excepción) y, una vez impuesta, se torne ilimitada en el tiempo. Aquí cobra materialidad e importancia el principio procesal de “plazo razonable”, tanto de la detención como del procedimiento penal; cualquier demora injustificada o extralimitación de los lapsos prudenciales en la tramitación provocará efectos que por un lado puede significar la cesación de la privación de la libertad y por el otro, puede connotar una reducción adicional del tiempo de la sanción. Sobre esto la CIDH en decisiones previas indica que “el plazo razonable debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse” pues “una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales” (19 Comerciantes Vs. Colombia, 05 de julio de 2004, párrafos 189 y 191). Por ello, la persona sometida a prisión preventiva merece un procesamiento especialmente célere (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976).

Es claro para todos que, si el sentenciado a pena de privación de libertad efectiva hubiera estado preventivamente preso por un lapso igual o mayor al tiempo impuesto en la condena, corresponderá compurgar la totalidad de esa pena. Si, por el contrario, el lapso de la prisión preventiva fuese breve, el cómputo del descuento (el abono) será menor (relación directamente proporcional). Por otro lado, el principio de oportunidad procesal, la terminación y la conclusión anticipada presentan un panorama de beneficios premiales que alientan el adelantamiento de la culminación del encausamiento penal. Hoy, más que ayer, es probable que buen número de causas finalicen prontamente, y en tales casos, respecto a las condenas que imponen penas conjuntas, la aplicación efectiva de alguna parte de la dimensión de los días-multa será mayor, tras efectuar los descuentos proporcionales de orden premial respectivos.

Es obvio que, si el procesado no padeció prisión preventiva y resulta posteriormente sentenciado con penas conjuntas, no podrá descontar en su favor lapso alguno, ni en cuanto a la prisión efectiva, ni respecto a la multa o, en su caso, a las limitativas de derechos.

5. En mayor sustento del planteamiento extensivo, en el acervo normativo nacional, haciendo interpretación intrasistemática, por ubicación, se encuentra la disposición del tercer párrafo del art. 56 CP, relativa a una de las reglas de conversión por incumplimiento de la pena de multa.

Ciertamente, la redención de la multa ya convertida en prisión (por impago), es diferente a la correspondiente por descuento (abono) con motivo de la prisión preventiva. Se trata de efectos del momento distinto en que se presentan dichos supuestos; por conversión, corresponderá descontar (compensar, rescatar o redimir) un día de prisión, por el pago en dinero de cada día-multa; una regla legal de proporcionalidad específicamente distinta. Por su parte, el cuarto párrafo del referido artículo 56, directamente establece una regla por la cual el lapso de la

prisión que resultó de la conversión de la multa impaga se sumará al tiempo de prisión establecida en la sentencia (Código Penal [CP], 1991).

Claramente, el legislador ha establecido parámetros de equiparabilidad para la ejecución de la multa y la privación de libertad y, de modo expreso, para el supuesto de penas conjuntas. No obstante, la razonable diferencia de tratamiento por el momento en que se ubica la redención o descuento, es trascendente resaltar que la ley nacional afirma la plasmación concreta del principio del abono o compensación.

6. El análisis de algunas decisiones muestra los efectos concretos de la aplicación y de la inaplicación del abono.

6.1 Con motivo del Recurso de Nulidad 2703-2016-Ayacucho, causa seguida por el delito agravado de tráfico ilícito de drogas (transporte de clorhidrato de cocaína con fines de comercialización), en que se condenó al ciudadano de iniciales R.C.O., imponiéndosele trece años de privación de libertad, doscientos días-multa e inhabilitación por el término de tres años. Los integrantes de la Sala Suprema Penal Permanente declararon por unanimidad no haber nulidad en la fijación de la privación de libertad y corrigieron el desnivel entre las penas conjuntas (ausencia de proporcionalidad de las copenalidades respecto a la dimensión de la privación de libertad) e impusieron también por unanimidad 156 días-multa y 5 meses y 6 días de inhabilitación. Cabe resaltar que el sentenciado estuvo privado de libertad durante 25 días antes de la emisión de la condena.

El suscrito emitió un voto singular, respecto al abono del lapso de privación preventiva de libertad en las dimensiones de los días-multa y la inhabilitación, aplicando el criterio de reducción en todas las sanciones que integran la summa punitiva impuesta en su contra. De no efectuarse el descuento, estimo que no solo se incumpliría el principio de legalidad en clave de punición, como se manda en el segundo párrafo del artículo 47 del CP (contra lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política), sino que se dejará sin valor, pese a que tal disposición no colisiona con norma fundamental alguna, y seguirá siendo ignorada sin ser objeto de expulsión del sistema jurídico, por control constitucional concentrado, ni mediante la operación jurisdiccional del control difuso (que dicho sea adicionalmente de paso no se efectúa en estos casos).

En la Tabla 1 a continuación se muestra gráficamente la aplicación material del planteamiento formulado.



**Tabla 1**

*Cómputo de pena de multa, al amparo del segundo párrafo del Art. 47 del Código Penal.*

<b>Encausado</b>	R.C.O.
<b>Fecha de Detención</b>	25 de agosto de 2016
<b>Sentencia a Primera Instancia</b>	19 de septiembre de 2016
<b>Días de Detención (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)</b>	25 días de detención
<b>Imposición concreta pena de multa</b>	156 días multa
<b>Aplicación del segundo párr., art. 47 CP. (1 x 2)</b>	25 x 2 = 50 (dúplica de días de detención) Dimensión menor a 156 días multa
<b>Estado de Cumplimiento</b>	Cumplió parcialmente con su libertad (quedan por cumplir 106 días multa)

**Tabla 2**

*Cómputo de pena de inhabilitación, al amparo del segundo párrafo, del artículo 47, del Código Penal.*

<b>Encausado</b>	R.C.O.
<b>Fecha de Detención</b>	25 de agosto de 2016
<b>Sentencia a Primera Instancia</b>	19 de septiembre de 2016
<b>Días de Detención (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)</b>	25 días de detención
<b>Imposición concreta pena de inhabilitación</b>	5 meses y 6 días
<b>Aplicación del segundo párr., art. 47 CP. (1 x 2)</b>	25 X 2 = 50 (dúplica de días de detención) Dimensión menor a 5 meses y 6 días
<b>Estado de Cumplimiento</b>	Cumplió parcialmente con su libertad la inhabilitación (quedan por cumplir 106 días)

Analizado el efecto de ambas tablas se tiene:

a) En cuanto a la multa, tabla 1, de seguir la senda marcada por la mayoría respecto a la negativa de abonar (reducir), al no pagar el íntegro de la multa, el condenado estará obligado a pagar 156 días y, de no hacerlo, (salvo que pueda ir compurgando), podría sufrir un embargo por el equivalente líquido con los intereses que le pudieran ser reclamados (y ulterior realización de sus bienes) por el monto líquido resultante de 156 días de sus ingresos en el porcentaje diario

correspondiente (CP, 1991, primer párrafo del art. 56). Lo que deviene en un exceso dado que bajo la regla normativa (2 días de multa por cada día de privación de libertad), se le debió descontar 50 días de multa, por lo que la legítima exigencia de pago sólo podía llegar en total a los 106 días; esto es, en principio, 30% menor a la que se le reclamará.

Es también de anotar que el tiempo y naturaleza de la detención consta en los registros oficiales (policiales y del INPE), esto es, se hallan en poder del propio Estado acreedor. Igualmente se debe tener presente que, dada la gran magnitud de la privación de libertad, no sería posible convertir la multa en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres por insolvencia del condenado (una jornada por cada día multa, según el segundo párrafo del art 56).

Pero siendo ya desfavorable tal panorama, se podría agravar aún más la situación ante el incumplimiento de pago de los 156 días-multa si se optara por la conversión del importe de cada día-multa, en un día de privación de libertad (segundo supuesto del primer párrafo de la norma recientemente referida: un día de prisión por cada día impago de multa); cabe recordar que en el caso de las penas conjuntas, de privación de la libertad y multa, por mandato normativo, se adicionará a la dimensión de la prisión decidida en sentencia, la dimensión que resulte de convertir la multa total o parcialmente incumplida (CP, 1991, cuarto párrafo artículo 56).

Si la condena es de 13 años de prisión, deberá estar preso 12 años y 340 días (descontando 25 días de prisión preventiva). Nótese que, con la adición del tiempo convertido, el lapso de 13 años se restituiría, desapareciendo completamente el abono.

b) En cuanto a la inhabilitación (como pena limitativa de derechos) referida en la Tabla 2, de seguir la postura mayoritaria el condenado padecerá las inhabilitaciones por 156 días, cuando por haber estado preso durante 25 días (cada día de prisión equivale a dos de inhabilitación) redimió 50 días de inhabilitaciones. No hay conversión normativamente posible. En consecuencia, la incapacitación durará el 30% más por inaplicación del segundo párrafo del art. 47 CP.

6.2. Por otro lado, con motivo del Recurso de Nulidad N° 3349-2014-San Martín, causa seguida por delito contra la salud pública en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas en perjuicio del Estado peruano, en el que se condenó al ciudadano de iniciales J.L.S.G., se le impuso diez años de pena privativa de libertad efectiva, ciento ochenta días multa, la inhabilitación prevista en el numeral 4, del artículo 36, del Código Penal por el tiempo que dure la condena, y se fijó por concepto de reparación civil la suma de dos mil nuevos soles.

Los integrantes de la Sala Suprema Penal Permanente declararon por unanimidad no haber nulidad en la fijación de la privación de libertad, haber nulidad en la sentencia, en el extremo que impuso al ciudadano de iniciales J.L.S.G., inhabilitación por el término que dure la condena; y, reformándola, le impusieron un año y nueve meses, conforme con lo expuesto en dicha ejecutoria suprema y

aclararon que la inhabilitación prevista en el numeral 4, del artículo 36, del Código Penal, está referida a la prohibición del comercio de productos fiscalizados (se suele enunciar la imposición imprecisa del alcance de la incapacitación). Cabe resaltar que el sentenciado estuvo privado de libertad durante 68 días antes de la emisión de la condena efectiva de primera instancia.

El suscrito emitió un voto singular respecto al abono del lapso de privación preventiva de libertad en las dimensiones de los días-multa, y la inhabilitación, aplicando el criterio de reducción en todas las sanciones que integran la *summa punitiva* impuesta en su contra.

**Tabla 3**

*Cómputo de pena de multa, al amparo del segundo párrafo del artículo 47 del código penal*

<b>Encausado</b>	JLSG
<b>Fecha de Detención</b>	02 de agosto de 2014
<b>Sentencia primea instancia</b>	08 de octubre de 2014
<b>Días de retención (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)</b>	68 días de detención
<b>Imposición concreta pena de multa</b>	180 días multa
<b>Aplicación del segundo párr. Art. 47 CP (1x2)</b>	$68 \times 2 = 136$ (dúplica de días de detención) Dimensión menor a 180 días multa
<b>Estado de cumplimiento</b>	Cumplió parcialmente con su libertad los días de multa (compurgación parcial) (quedan 44 días)

**Tabla 4**

*Cómputo de pena de inhabilitación, al amparo del segundo párrafo del artículo 47 del código penal*

<b>Encausado</b>	JLSG
<b>Fecha de Detención</b>	02 de agosto de 2014
<b>Sentencia primea instancia</b>	08 de octubre de 2014
<b>Días de retención (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)</b>	68 días de detención
<b>Imposición concreta pena de inhabilitación</b>	1 año y 9 meses (638 días)
<b>Aplicación del segundo párr. Art. 47 CP (1x2)</b>	$68 \times 2 = 136$ (dúplica de días de detención) Dimensión menor a la impuesta
<b>Estado de cumplimiento</b>	Cumplió parcialmente con su libertad la inhabilitación (compurgada parcialmente (faltan 502 días))

De la tabla 3 se colige que, en cuanto al cómputo de la pena de multa, el sentenciado cumplió parcialmente con la privación de su libertad antes de ser sentenciado. En este caso se le impuso 180 días-multa, y se debieron reducir 136 que se obtiene de multiplicar los días de detención que en este caso fueron 68 por dos, que viene a ser el factor dispuesto por la norma (dúplica de los días de detención); una vez obtenido dicho producto (días), este debe descontarse de la totalidad impuesta al sentenciado; en este caso, le queda aún por pagar al condenado de iniciales JLSG 44 días multa y no más que ello, pues de omitirse el abono en su favor, se le sometería a una sanción del orden del 75.55% más de lo que legalmente le corresponde.

Ello puede connotar un embargo por el equivalente líquido con los intereses que le pueden ser reclamados finalmente por una conversión de pena y, con ello, sumar como efecto de la equivalencia de un día de prisión por cada día multa que se estime no pagada, la extensión de la carcelería, probablemente, hasta seis meses más, cuando lo único que se podría cobrar en dinero (es decir, la equiparidad pertinente) o convertir en carcelería son 44 días.

Por su parte, de la tabla 4, en cuanto al cómputo de la pena de inhabilitación y de conformidad con la aplicación de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 47, se colige que estando detenido 68 días el sentenciado de iniciales JLSG y habiéndosele impuesto un año y nueve meses de pena de inhabilitación, es decir (638 días), faltarían 502 días, pues ya compurgó 136 días, de modo tal que de persistir en prescindir del segundo párrafo del artículo 47 del CP el sentenciado cumplirá una pena de inhabilitación mayor en un 16.61% de la que legalmente le corresponde.

6.3. Finalmente, con motivo del Recurso de Nulidad N° 2084-2017-Callao, causa seguida por el delito tráfico ilícito de drogas, en que se condenó al ciudadano de iniciales MCP, se le impuso quince años de pena privativa de libertad, trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación por el periodo de dos años (de conformidad con los numerales dos y cuatro, del artículo treinta y seis, del Código Penal), y se fijó en veinte mil soles el monto que deberá pagar como concepto de reparación civil a favor del agraviado.

Los integrantes de la Sala Suprema Penal Permanente declararon por unanimidad no haber nulidad en la fijación de la privación de libertad y en el pago de la reparación civil establecidas. Declararon haber nulidad en la dimensión de trescientos sesenta y cinco días multa; tras reformar tal extremo, le impusieron ciento ochenta, en el rango porcentual diario establecido en la primera instancia. De igual modo declararon haber nulidad en el lapso de inhabilitación por el periodo de dos años; tras reformarlo, le impusieron seis meses; precisando, adicionalmente, en cuanto a la inhabilitación materia de sentencia, que corresponde incapacitar al sentenciado para el comercio de productos fiscalizados (imprecisión de alta frecuencia en los estrados judiciales peruanos). Es de anotar que se extendió para otro encausado en similares condiciones el sentido de la decisión con el efecto benéfico de las dimensiones de multa e inhabilitación, y se persistió por mayoría

por la inaplicación del abono de los efectos del artículo 47 ya referido. Por razones prácticas, nos vamos a centrar en el primero de los sentenciados, no sin antes señalar que ambos estuvieron privados de libertad durante 579 días antes de la emisión de la sentencia de condena.

Surgiendo discordia respecto a la compensación (abono) en las penas de multa e inhabilitación llamaron para dirimirla al señor Juez Supremo que correspondía. El suscrito emitió un voto singular respecto al abono del lapso de privación preventiva de libertad en las referidas dimensiones de los días-multa e inhabilitación. Las tablas siguientes muestran las operaciones aritméticas pertinentes. Cabe resaltar que la antigua resistencia a la aplicación de los criterios derivados de la proporcionalidad en materia de dimensiones o magnitudes ha quedado superada por la moderna incorporación de los conceptos de: “un tercio”, “un sexto”, “un séptimo”, “la mitad”, que son expresiones matemáticas, y no valorativas.

**Tabla 5**

*Cómputo de penal de multa, al amparo del segundo párrafo del artículo 47 del código penal*

<b>Encausado</b>	MCP
<b>Fecha de Detención</b>	6 de noviembre 2015
<b>Sentencia primea instancia</b>	08 de junio de 2017
<b>Días de retención (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)</b>	579 días de detención
<b>Imposición concreta pena de multa</b>	180 días multa
<b>Aplicación del segundo párr. Art. 47 CP (1x2)</b>	$579 \times 2 = 1158$ (dúplica de días de detención da como resultado días multa) Dimensión mayor a 180 días multa
<b>Estado de cumplimiento</b>	Cumplió con su libertad (compurgada)

**Tabla 6**

*Cómputo de penal de inhabilitación, al amparo del segundo párrafo del artículo 47 del código penal*

<b>Encausado</b>	JLSG
<b>Fecha de Detención</b>	02 de agosto de 2014
<b>Sentencia primea instancia</b>	08 de octubre de 2014
<b>Días de retención (un día antes de la fecha de la emisión de la citada sentencia)</b>	68 días de detención
<b>Imposición concreta pena de inhabilitación</b>	6 meses
<b>Aplicación del segundo párr. Art. 47 CP (1x2)</b>	579 X 2 = 1158 (dúplica de días de detención da como resultado días Inhabilitación) Dimensión mayor a 6 meses.
<b>Estado de cumplimiento</b>	Cumplió parcialmente con su libertad la inhabilitación (compurgada parcialmente (faltan 502 días))

Claramente las dimensiones de la multa e inhabilitación impuestas para el condenado fueron cubiertas con la duración de la privación de libertad que precedió a la primera sentencia de condena; al haber sido sentenciado a 180 días multa y haber permanecido detenido antes de la sentencia por el plazo de 579 días. Como se aprecia de las tablas 5 y 6, el cumplimiento resulta excesivo pues en caso de la pena de multa con la detención sufrida había cumplido 1158 días multa de sólo 180 impuesta, mientras que en cuanto a la pena de inhabilitación de igual modo habría cumplido 1158 días de inhabilitación de 6 meses (180 días) impuestos.

No obstante, se le obligará a pagar 180 días multa en el porcentaje diario correspondiente o sufrirá el embargo por el equivalente líquido con los intereses que le pueden ser reclamados. Finalmente, de no ser abonada se puede convertir en 180 días (seis meses) añadidos de prisión a los quince años de condena fijados. Y en cuanto a la inhabilitación, el desconocimiento del abono convierte en inútil la redención que honró con la privación de su libertad y que estimo debió serle reconocida. De modo que el criterio extensivo del abono o compensación puede generar un efecto de total compurgación o de una parcial detracción, todo en estricto cumplimiento de la ley.

7. En cuanto a la multa, hay por tanto en concreto, dos formas de descontar el lapso: una como efecto de la detención policial y/o prisión preventiva y otra como efecto de la conversión en prisión de la multa impaga. Hay además una forma de tratamiento compensatorio para el insolvente que, debido precisamente a su condición económica, no puede pagar la multa impuesta, convirtiéndola por ejemplo en prestación de servicios a la comunidad. La tabla 7 a continuación muestra esas particularidades:

**Tabla 7***Formas legales de redención de los días-multa*

a) En caso de prisión preventiva	1. Por un día de PP = dos días de pena día-multa.
b) En caso de conversión de multa impaga	2. Por un día de multa no pagada = un día de prisión
c) En caso de conversión de multa impaga insolvente	3. Por un día de multa no pagada = una jornada de prestación de servicios comunitarios

Esas facultades normativas son poco ejercitadas en el Perú. Pero ciertamente es labor que en estricto debería corresponder al juez de ejecución penal, que tiene mayores atribuciones hipotéticas que el de vigilancia penitenciaria. Esta clase particular de jueces desaparecida en el Perú, debería restituirse, más allá del restablecimiento circunstancial de los jueces de emergencia penitenciaria, instituidos recientemente con motivo de la emergencia generada por la Pandemia del COVID-19 según el considerando octavo de la Resolución Administrativa Nro. 000170-2020-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Octavo. Que, asimismo, el mencionado Decreto Legislativo en su Segunda Disposición Complementaria Final dispone que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitirá las disposiciones pertinentes para que cada Corte Superior del país designe a los jueces de emergencia penitenciaria y jueces de emergencia de centros juveniles, y sus respectivos asistentes judiciales, que se encargarán de la aplicación de los procedimientos especiales establecidos en dicha norma, función que deberá ser asumida por jueces penales o mixtos y de familia, según corresponda.

Para tal finalidad, se debe considerar que se ha establecido dos procedimientos claramente diferenciados en atención al grado de lesividad de los delitos que generaron, por un lado, la imposición de la medida cautelar de coerción personal o imposición de la pena privativa de la libertad conforme se verifica de los artículos 2°, 6°, 16° a 20° de la norma citada y; por otro lado, la medida cautelar de internación preventiva o la medida socioeducativa de internación, según se verifica de los artículos 6° a 8° y 14°, 15°, 21° a 25° de la norma señalada.

En los supuestos indicados, es necesario disponer la designación de Jueces de emergencia penitenciaria y Jueces de emergencia de centros juveniles con sus respectivos asistentes, atendiendo al grado de simplificación y celeridad en que se debe de tramitar y resolver la situación jurídica de las personas privadas de su libertad.

Asimismo, en cuanto a los supuestos distintos a los precisados en los artículos precedentes, esto es, aquellos que no estén comprendidos en los delitos de mínima lesividad y de acuerdo a las reglas de exclusión previstas en el ítem 1 del inciso 2.1 del artículo 2° cuyo trámite ha sido regulado por el artículo 3° y siguientes; así como en relación a los beneficios penitenciarios cuyo procedimiento está



previsto en los artículos 11° a 13° de la norma precisada; corresponde mantener la competencia de los jueces penales y/o mixtos que actualmente ya están habilitados para conocer de los mismos, conforme a las resoluciones administrativas emitidas por este órgano de gobierno. (RA Nro. 000170-2020-CE-PJ, 12 de Junio del 2020)

8. Como un apunte de lo aún pendiente, es necesario hacer presente que la regla de compensación plantea nuevos retos en cuanto a las inhabilitaciones a partir de la modificación del artículo 38 CP (duración de la inhabilitación principal, por el D.L. 1367) que establece un lapso simple de 6 meses a 10 años; un lapso de inhabilitaciones agravadas para dos grupos de supuestos delictivos (segundo y tercer párrafos) y una inhabilitación perpetua para supuestos específicos señalados en el segundo y cuarto párrafos del propio Art.38 CP.

Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal: La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36. La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias. La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal. En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas. (Código Penal [CP], 1991)

Es de anotar que la perpetuidad es incompensable, pero seguramente corresponderá que en algún momento se contemple en tanto resulte razonable (por apreciarse progreso verificable en el sancionado), como ocurrió en la antes irreversiblemente cerrada forma de encierro en prisión de por vida, la revisión tras un prudente lapso y de ser el caso, la suspensión condicional, desde luego en supuestos concretos. Tales complejidades merecen ser abordadas en otro análisis que por sus particularidades efectuaremos con detenimiento en otra oportunidad. En cambio, la legitimidad de la regla compensatoria, hasta hoy postergada

en su ejecución, se halla expedita en el caso de las inhabilitaciones denominadas “accesorias” (que en realidad son adicionales) previstas en el Art. 39 CP de la siguiente manera,

La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal. (Código Penal [CP], 1991)

9. En síntesis, propongo que ante la cada vez más frecuente casuística judicial de condenas con imposición de penas conjuntas o copenalidades, se reconozca el efecto de abono o compensación establecido en el vigésimo segundo párrafo del Art. 47 CP, restando el lapso de la medida de detención policial y/o la cautelar de naturaleza personal de prisión preventiva (haciendo las operaciones de proporcionalidad pertinentes como se encuentran señaladas expresamente en la ley), sin exclusión de la clase de sanción establecida en el tipo penal respectivo, superando la actualmente mayoritaria interpretación restrictiva, en tanto esta última contradice el auténtico fundamento del abono del cómputo sobre toda forma de detención provisoria.

## REFERENCIAS

- 19 Comerciantes Vs. Colombia. (05 de julio de 2004). *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. CIDH.
- Blay, E., Cid, J., Escobar, J., Larrauri, E., & Varona, D. (2012). El sistema de penas y su ejecución. En J. M. Silva Sánchez, & N. Pastor Muñoz, *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma* (págs. 121 - 170). Madrid: La Ley.
- Código Penal [CP]*. (1991). Perú.
- Código Penal Español [CPe]*. (1995). (España): Ley Orgánica 10/1995.
- Código Penal Procesal [CPP]*. (2004). DL N° 957, 2004. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993 ). [*Constitución*]. (Perú).
- Fleming, A., & López Viñals, P. (2009). *Las penas*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal - Culzoni.
- Guzmán Dálbora, J. (2009). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: B de F.
- Jescheck, H. H. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares.
- Llorca Ortega, J. (1999). *Manual de determinación de la pena: Conformar al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lopez Barja, J. (2002). Abono de la prisión preventiva. En C. G. *Judicial: Código Penal Español de 1995* (págs. 342 - 344). Madrid: Osezno.
- López Barja, J. (2004). *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Manzanares Samaniego, J. L. (2014). El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas. *Diario La Ley*.
- Manzanes Samaniego, J. L. (1977). *La pena de multa*.
- Maurach, R. (1997). *Derecho Penal: Parte general Vol II*. Buenos Aires: Astrea.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (23 de marzo de 1976).
- RA Nro. 000170-2020-CE-PJ. (12 de Junio del 2020). [*Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*].
- Rodríguez Fernández, M. D. (1983). El abono de la prisión preventiva en el proyecto de Código Penal. *Estudios penales y criminológicos VI: Cursos y Congresos de la Universidad de Compostela*, 85 - 102.
- Salas Arenas, J.L. (2015). *Abono legal de la detención preventiva en la dimensión de las penas de multa y limitativa de derechos (redención de las penas): interpretación sistemática del segundo párrafo del artículo 47 , con el tercer y cuarto párrafos del art. 56 del código penal peruano*. Auditoría Social a los Sistemas de Justicia.
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial [TUOLOPJ] . (3 de junio de 1993). DS N° 017-93-JUS, 1993. Perú.



## EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER<sup>1</sup>

*Ramiro Salinas Siccha<sup>2</sup>*

Con este trabajo, que tiene por finalidad realizar algunos planteamientos dogmáticos sobre el bien jurídico en los delitos funcionariales y sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, rindo homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros, quien, con sus libros e incansable docencia en la universidad peruana, inclinó a muchas y muchos a especializarse en Derecho penal.

### **1. El Bien Jurídico en los Delitos de Infracción de Deber**

Los delitos funcionariales más conocidos como delitos contra la administración pública están tipificados en el Código Penal de 1991, específicamente en el Título XVIII. Al implicar hechos punibles cuya finalidad es la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV, Título I de la Constitución: De la función pública, su justificación tiene explicación constitucional (Tribunal Constitucional, 3 de mayo de 2012, fundamento 14).

Corresponde determinar, en consecuencia, qué debemos entender por administración pública. En ese sentido, debemos señalar que, si administrar es servir, se debe entender que administración pública es el servicio, trabajo, labor o actividad pública que realizan determinados ciudadanos peruanos dentro de la administración para lograr su fin último, el cual es lograr el bien común. La administración pública no es otra cosa que el Estado jurídicamente organizado. Al ser la administración pública algo abstracto, el servicio o actividad pública, que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores o trabajan, a cambio de una remuneración, dentro de una institución que forma parte de la administración estatal. A estos trabajadores en nuestro sistema jurídico se les conoce con el nombre de funcionarios o servidores públicos. En tanto que el empleador no es otro que el Estado o administración pública. No importa en qué sector de la administración se desempeñen, la función que realicen o el rol que se les asigne en determinada institución pública; tampoco interesa su jerarquía o su nivel intelectual, todos en representación del Estado sirven a la ciudadanía que normalmente se denominan público usuario, público de a pie o cliente público. Por ello resulta razonable afirmar o sostener que los funcionarios o servidores públicos, que según el artículo 39 de la Constitución están al servicio de la nación (1993), se deben al público usuario o público cliente.

---

1 Algunas de las ideas aquí expuestas ya se han desarrollado en Salinas Siccha (2016, 2018, 2019)

2 Profesor de Derecho penal en la AMAG, PUCP y Juez Superior de la Corte Superior Nacional de justicia penal especializada en crimen organizado y corrupción de funcionarios.

Los sujetos públicos se encargan de proteger y promover la organización del Estado, y su funcionamiento, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, “sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades” (Ferreira, 1995, pág. 4). Así, conforme el artículo 44 de la Constitución, los servidores del Estado sean civiles, militares o policiales, están obligados a los deberes primordiales de

Defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993)

“Tales fines son atribuibles a los funcionarios y servidores públicos” (Tribunal Constitucional, 3 de mayo de 2012). En efecto, el Estado por medio de los sujetos públicos, promueve el bienestar general o bien común de los ciudadanos.

La finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir, a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, a los derechos fundamentales, al principio democrático, a los valores derivados de la Constitución y al poder democrático.<sup>3</sup>

Y civil, en el ejercicio de la función pública (Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005, fundamento 14).

A la administración pública se la concibe,

En doble sentido: objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por los sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el funcionamiento, el movimiento o la dinámica de la función misma; y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados en sus competencias por la ley. (Alessi y Báez Martínez como se citó en Rojas, 2002, pág. 8)

Es obvio que los niveles, jerarquías, cargos, funciones o roles de los sujetos públicos en las instituciones públicas están debidamente delimitados por la ley, desde la Constitución hasta los reglamentos e incluso directivas. La administración pública en un Estado Democrático de Derecho como el peruano está debidamente organizada por nuestro sistema jurídico que lo forma el derecho objetivo (leyes sustantivas y procesales vigentes) que debe ser observado y cumplido por los funcionarios o servidores públicos en el desempeño de sus labores o actividades dentro de la administración pública.

---

3 No debe obviarse que el poder democrático se sustenta en cuatro principios y valores: “derecho al público a la información, principio constitucional de publicidad, principio constitucional de transparencia, y principio constitucional de proscripción de la corrupción.” (Tribunal Constitucional, N.º 0009-2007-PI/TC, 29 de agosto de 2007; Tribunal Constitucional, N.º 0010-2007-PI/TC, 29 de agosto de 2007, fundamento 58).

Sin duda, detrás de las disposiciones del capítulo de la Constitución<sup>4</sup> denominado De la función Pública, y en especial del artículo 39 que establece que “los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” (31 de diciembre de 1993), subyace el principio de buena administración. El capítulo IV del Título I de la Constitución regula la función pública. El artículo 43 de la Constitución define al Estado como

Una República Democrática. Del mismo modo, conforme al artículo 45, el poder del Estado emana del pueblo y el gobierno de la República del Perú es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución). (Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005, fundamento 11)

El principio de buena administración debe ser entendido no solo en el sentido de que los funcionarios y servidores públicos sirven y protegen al interés general, pues están al servicio de la Nación (Constitución, 1993, artículo 39), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente (Tribunal Constitucional, 18 de febrero 2005) según los parámetros de deberes y principios constitucionales.

Es más, de la lectura del contenido de los artículos 40 (carrera administrativa) y 41 (declaración jurada y enriquecimiento ilícito) de la Constitución, se verifica que estas normas constitucionales son justificadas “en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación” (Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005, fundamento 16).

El Tribunal Constitucional, tal como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Ahmed y otros vs. El Reino Unido, 2 de setiembre de 1998, fundamento 53), ha considerado y afirmado en forma razonable que: uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho es la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de ejercer dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima (Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005, fundamento 16).

En su caso, si los servidores de la Nación hacen todo lo contrario, significará quebrantamiento, lesión o no acatamiento de aquellas normas constitucionales

4 “La Constitución Política de un Estado, como conjunto de valores, principios y reglas, es el eje principal que asegura la unidad del ordenamiento jurídico, dado que representa la decisión política y jurídica por excelencia y el fundamento central del sistema constitucional en su conjunto. Si bien la Constitución nace en un momento específico por voluntad del constituyente, mantiene su vigencia a través de su conexión con el contexto sociopolítico, lo cual quiere decir que una Constitución será actual en tanto sirva de cauce para que los hechos mutables en la historia se vayan adaptando a ella y ésta logre incorporarlos. En suma, la Constitución puede definirse como una realidad integradora. Es más que una norma, es la constante renovación viva del Estado” (Tribunal Constitucional, 17 de mayo de 2004, fundamento 6).



que promueven determinados principios y deberes que fundamentan la organización del Estado y otros que fundamentan el funcionamiento o la dinámica misma de la administración y, por tanto, acarreará responsabilidad administrativa, civil o (dependiendo de la magnitud) penal por parte del sujeto público.

Desde el carácter fragmentario del Derecho penal, no es relevante toda perturbación de la actividad administrativa. “El legislador siempre escoge o selecciona las perturbaciones más graves” (Feijoo, 2013, pág. 16). No cualquier conducta de lesión o quebrantamiento de las normas que organizan la administración pública constituye hecho punible. Con base en el principio de legalidad que fundamenta al Derecho penal, solo constituirán delitos aquellas conductas cuando así estén tipificadas en nuestro Código Penal o leyes penales especiales. La explicación la encontramos en los fines de la dogmática penal que toda persona de derecho o aficionada al derecho penal debe conocer. En efecto, dos son los fines de la dogmática penal respecto de la teoría del delito: el primero, habilitar la intervención del poder punitivo del Estado cuando realmente se ha cometido por acción u omisión una conducta catalogada previamente como hecho punible; y, segundo, lo más importante, es impedir la intervención del poder punitivo cuando la conducta activa u omisiva realizada por un ciudadano no constituya hecho punible por faltarle uno o varios elementos objetivos o subjetivos que el tipo penal exige para que determinada conducta llegue a constituir delito. Es decir, la dogmática respecto a la teoría del delito se convierte en una barrera infranqueable para que el Estado, por medio de sus fiscales o jueces, no realice actos arbitrarios en perjuicio de los ciudadanos. Solo es delito aquella conducta contra la administración pública que previamente esté tipificada en nuestro sistema jurídico penal. Si la conducta efectuada por el sujeto público no se subsume o no se tipifica en algún tipo penal o fórmula legislativa, no será delito así esta se presente ante los ciudadanos de pie como la más reprochable moralmente.

Entendida la administración pública como toda actividad o labor que realizan los funcionarios y servidores públicos para sostener la organización y poner en funcionamiento al Estado y así este pueda cumplir sus fines, no existe voz o argumento razonable que se oponga a su protección por el Derecho penal. O, en todo caso, parece poco plausible poner en discusión que la administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y, por lo tanto, merece protección penal (Suárez, 2001, pág. 161).

No obstante, es necesario considerar no solo que,

el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección justifica ya la intervención del Derecho Penal, sino que la propia represión de toda forma de corrupción goza también de protección constitucional como se puede deducir del contenido de los artículos 39 y 41 de la Constitución. (Tribunal Constitucional, 29 de agosto de 2007a; Tribunal Constitucional, 29 de agosto de 2007b)

Tal conclusión, según el Tribunal Constitucional, es coherente con el preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, que establece:

La democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. (Tribunal Constitucional, 29 de agosto de 2007a; Tribunal Constitucional, 29 de agosto de 2007b; Tribunal Constitucional, 3 de mayo de 2012).

De esa forma, el interés constitucional de combatir los actos de corrupción se refuerza desde la Constitución.

En consecuencia, se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último, el cual es el bien común. La lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la administración pública pone en directo peligro la organización y funcionamiento del mismo Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que corresponde al Estado mismo cautelar, proteger y promover por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que se pretende proteger. Es obvio que la finalidad de la protección de los bienes jurídicos es uno de los pilares y, al mismo tiempo, límite del Derecho penal moderno (Schünemann, 2018, pág. 38). Este pilar se concreta en la prohibición al juez, incluso expresa, de imponer pena a un ciudadano por una conducta que no lesione, o cuando menos ponga en peligro, un bien jurídico determinado; es lo que se conoce como principio de lesividad previsto en el artículo IV del título preliminar del CP (1991). La ofensividad penal es una directiva dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta (el supuesto de hecho o *tatbestand* fáctico) si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sentencias en el marco constitucional (Zaffaroni, 2013, pág. 427).

Cualquier delito funcional que se realice por parte de los funcionarios o servidores públicos, lesiona o pone en peligro en forma directa los deberes o principios de organización o funcionamiento del Estado. Deberes o principios que el sujeto público los acepta voluntariamente cuando decide ingresar a trabajar en el Estado. El funcionario o servidor público es el que va al encuentro de la administración pública.

De ahí que el normal y correcto funcionamiento de la administración pública constituye el bien jurídico protegido general que se pretende cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativa recogidas en el Código Penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas pretenden, además, proteger un bien jurídico específico. Algunos tienen que ver con la misma organización estatal y otros tantos con el normal funcionamiento del Estado.

En la comisión de cualquiera de los delitos contra la administración pública, dos son los bienes jurídicos que se pretende proteger y promover con la tipificación de las conductas delictivas: el primero lo constituye el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública. Este bien jurídico general es afectado por todas las figuras delictivas que recoge nues-

tro Código Penal con el título de Delitos contra la administración pública. El segundo bien jurídico que se protege es particular a cada delito. “Cada fórmula legislativa, que regula los delitos funcionariales en particular, pretenden proteger bienes jurídicos específicos diferentes” (Muñoz, 2001, pág. 922).

En nuestro sistema jurídico penal, por ejemplo, el bien jurídico particular en el delito de colusión está constituido por los principios de transparencia, integridad y trato justo al postor en el sector de las contrataciones y concesiones del Estado, en tanto que el bien jurídico específico del delito de peculado lo constituye el principio o deber de no lesionar el patrimonio del Estado. El patrimonio del Estado no es el bien jurídico protegido del peculado y menos del delito de colusión, este a lo más, es el objeto de los citados delitos. Sobre el objeto del delito, en el Considerando primero de la Casación N.º 282-2018-Lambayeque, se prescribe, en forma razonable y coherente con la doctrina legal vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005, que “el objeto material del delito de peculado lo constituye los bienes sobre los que recae el uso o apropiación” (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, 11 de julio de 2019). Así, el bien jurídico específico en el delito de malversación de fondos es el principio de legalidad presupuestal; en cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito es el principio de no enriquecerse a costa de la función pública. De igual forma, el bien jurídico particular del delito de abuso de autoridad, lo constituye el principio de autoridad, etc.

Como se verifica, con la tipificación de la mayoría de los delitos funcionariales se pretende proteger y promover deberes por medio de la amenaza de la pena. Estos deberes no son institucionales ni positivos, como sostiene un sector de la doctrina, sino especiales de carácter penal. En efecto, si aceptamos que los deberes o principios que se lesionan o infringen en este tipo de delitos constituyen los bienes jurídicos a proteger, debemos concluir que es irrelevante calificarlos como institucionales o positivos. Y esto es así debido a que los bienes jurídicos en los delitos de dominio mayormente se representan como derechos, por el contrario, en los delitos de infracción de deber los bienes jurídicos se representan en deberes o principios. De modo que los bienes jurídicos siempre son positivos o valiosos para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable en sociedad. Los bienes jurídicos siempre se sustentan en deberes generales: no matar, no robar, no lesionar, no afectar bienes ajenos, no apropiarse del dinero del Estado, no afectar la organización del Estado, no afectar el desenvolvimiento del Estado, entre otros.

En los delitos funcionariales el deber general es el “no afectar o lesionar la organización del Estado”, asimismo, el “no afectar o lesionar el funcionamiento o desenvolvimiento del Estado”. Estos deberes alcanzan a todos los ciudadanos. Sin embargo, si estos deberes generales son quebrantados por los sujetos obligados (que trabajan para el Estado), aparecen inmediatamente lesionados los deberes específicos o especiales que sustentan la existencia misma del Estado, así como su funcionamiento. Deberes especiales que les corresponde a los sujetos públicos proteger y promover en tanto trabajan para el Estado y, por tanto, lo representan. Incluso, así aparece establecido en forma clara en el artículo 40 de la Constitución. Allí se precisa que la ley aparte de regular los derechos “regula los deberes y res-

ponsabilidades” de los sujetos públicos (Constitución Política, 1993). Es obvio que estos deberes y principios se verifican y reconocen en el derecho constitucional o teoría del Estado, de ahí que se denominen deberes o principios constitucionales (por ejemplo, el principio de imparcialidad, el principio de trato justo al postor, el principio de legalidad presupuestal, etc.). Por tanto, solo tendrán carácter penal cuando el legislador los coge como centro de alguna conducta punible. Es decir, cuando criminaliza una conducta y los coloca como bien jurídico protegido por la amenaza de la pena. Tómese en cuenta que los tipos penales o fórmulas legislativas prohíben algunas conductas particulares que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos. No hay tutela penal integral de algún bien jurídico, sino solo el requerimiento de que la conducta expresamente señalada (típica) lo ofenda o lesione en la particular forma que el tipo expresa o particulariza (Zaffaroni, 2013, pág. 428).

En otros términos, todos los bienes jurídicos que el legislador ha tomado en cuenta para criminalizar una conducta y, por medio de ella, protegerlos, siempre son elementos o requisitos indispensables para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable, por lo tanto, se deben proteger y promover. En tal sentido, el bien jurídico en el derecho penal, representado por derechos o deberes (según el delito de que se trate) siempre son bienes positivos que deben ser protegidos y promocionados. Por ejemplo, el derecho a la vida (homicidio) se protege y promueve tan igual que el deber de no lesionar el patrimonio del Estado (peculado). En el mismo sentido, el derecho a la propiedad (robo, hurto, estafa, etc.) se protege y promueve tan igual que el principio de imparcialidad o el principio de trato justo al postor (colusión). De igual modo, el derecho a la salud pública (tráfico ilícito de drogas) se protege y promueve tal igual que el deber de imparcialidad y deber de gratuidad del acto público (cohecho).

Desde nuestra perspectiva dogmática no existen derechos o deberes negativos merecedores de protección por parte del derecho penal. Todos los derechos y deberes que se pretende cautelar o proteger por medio del Derecho punitivo, más específicamente por medio de la amenaza de la pena, son de carácter positivo. Son necesarios protegerlos para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable.

En suma, si por el derecho penal no se protegiera los deberes y principios sobre los cuales se organiza y fundamenta un Estado, y los que guían y fundamentan la actividad de los sujetos públicos de un Estado democrático y social de derecho, no sería posible sostener su organización democrática ni menos su normal y recto funcionamiento.

## 2. Los Delitos de Infracción de Deber

En la división entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio verifica Roxin un reflejo de la realidad social: con los primeros se trata de proteger la “capacidad de función” de “diversos campos de la vida que ya se encuentran preformados” (2014, pág. 182), mientras que, en los segundos, el autor quebranta un espacio que, “según el derecho, debiera haber dejado intacto” (Roxin, 2014, pág. 182).

La diferencia entre estas clases de delitos no responde a dos conceptos de autor distintos (como figura central del suceso o acontecer típico), sino a la diversa estructura de los tipos penales. En cualquier caso, “el fundamento último de la punibilidad -señala Roxin- es también aquí, como siempre, la lesión de bienes jurídicos; el incumplimiento del deber especial fundamenta tan solo la autoría” (Sánchez-Vera, 2002, pág. 31). La delimitación entre delito de dominio y de infracción de deber no es, según Roxin, una delimitación lógico conceptual, sino una cuestión de interpretación de los tipos penales específicos:

mediante la división entre dominio y deber... no se introduce en la Ley una diferenciación doctrinal deducida de quien sabe qué conceptos genéricos, sino, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural que ya se encuentra trazada en los tipos penales concretos. (Roxin, 2000, pág. 421).

En otras palabras, los conceptos de dominio y deber que, aisladamente considerados muestran un mayor y menor carácter normativo, se encuentran frente a los tipos correspondientes como realidades previas ya conformadas, entre las que, si bien es cierto el legislador puede elegir, no lo es menos que cuando ya ha adoptado una decisión. Tales conceptos predeterminan las reglas a aplicar a todas las cuestiones de la autoría y la participación. Estas resaltan la delimitación entre la casuística y la incorporación a una relación normativa abstracta desligada de los tipos concretos.

En la construcción de los tipos penales, el legislador en los delitos de infracción de deber<sup>5</sup>, a diferencia de los delitos de dominio, describe las conductas socialmente intolerables vinculándolas “con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso

únicamente no evitadora del resultado típico se conmina con pena” (Roxin, 2014, 338). Aquí, lo decisivo para el legislador no es la configuración externa de la conducta del autor, sino la infracción de exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social asumido por aquel. En estos casos la figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber que le incumbe y, de ese modo, contribuye por acción u omisión al resultado, de manera que es indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o en el dominio del hecho; en palabras de Roxin, “son los delitos de infracción de deber” (2014, pág. 180).

La teoría de infracción de deber fue introducida en el Derecho penal junto a la teoría de dominio del hecho por el profesor Claus Roxin en 1963 en su obra *Autoría y dominio del hecho*. No obstante, debemos precisar que algunos de los

5 El profesor Schünemann enseña que “el concepto de delito de infracción de deber es, en la obra de Jakobs, uno totalmente diferente al de la obra de Roxin: mientras que Roxin quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para Jakobs se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño que para la vigencia de la norma penal genera” (2018, pág. 100).

planteamientos iniciales han sido modificados y reelaborados por el mismo Roxin, pues como se verá ya no se refiere a deberes extrapenales. En efecto, en el segundo volumen de su tratado de derecho penal publicado en el 2003, ya no hace referencia a “deberes extrapenales” y más bien, en su lugar hace referencia a “la infracción del deber específico del tipo” (Roxin, 2014, pág. 181). En concreto, hace referencia a deberes específicos de carácter penal. Asimismo, los delitos imprudentes y los delitos omisivos citados por Roxin como delitos de infracción de deber en la edición de 1963, fueron dejados de lado por él mismo debido a que con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva se determinó que el injusto culposo no depende de la infracción de un deber, sino de la creación de un riesgo permitido. Del mismo modo, respecto de los delitos de omisión impropia, hoy casi no se discute que depende de la asunción de una función de protección y no de la infracción de un deber: “bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado” (Schünemann, 2018, pág. 96).

El profesor Roxin inició su exposición sobre los delitos de infracción de deber señalando que si, por ejemplo,

Alguien determina, dados los requisitos de la tortura, a un funcionario a realizar torturas, tiene el dominio del hecho; sin embargo, no es autor de las torturas, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario público como sujeto del delito. (2000, pág. 385).

Según Sánchez-Vera, “calificar como autor a un no funcionario, incluso a un no funcionario con dominio del hecho, resultaría una extensión de la punibilidad en claro disenso con el principio de legalidad” (2002, pág. 28). El tipo penal señala en forma específica qué condiciones o cualidades debe tener el autor. Nadie más que aquel puede constituirse en autor del delito de que se trate. Aquellos que no tienen las condiciones o cualidades que exige el tipo penal, también responden penalmente por el delito, pero jamás como autores sino como cómplices.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, es *autor* aquel sujeto público que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, claramente, 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 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. Como ya se ha mencionado, en los delitos de infracción de deber es irrelevante si la lesión o puesta en peligro al bien jurídico se produce por acción o por omisión. De esta manera,

El que un funcionario público encargado de la custodia de un preso le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcional mediante la acción de abrir la puerta cerrada o mediante la omisión de cerrar la que se encontraba abierta es absolutamente intrascendente para la tipicidad del delito de quebrantamiento



de condena llevada a cabo por funcionario en favor del preso a su cargo. (Roxin como se citó en Sánchez-Vera, 2002, pág. 33)

“Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado” (Roxin, 1997, pág. 388). En el mismo sentido, Jakobs grafica este aspecto con el siguiente ejemplo:

El tutor a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal (Untreue), aun cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción. (Jakobs, 1997a, pág. 791).

Continúa Roxin, “es el quebrantamiento del deber especial extrapenal, producido del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni dominio del hecho” (2000, pág. 391).

Desde la óptica de los delitos de infracción de deber planteada por Jakobs, esto es más patente. En “estos delitos lo relevante no es - aunque lo haya- el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva estatal” (Sánchez-Vera, 2002, pág. 275). De ahí que es factible conceptualizar a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas activas u omisivas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que el personaje central abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social y de ese modo ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos<sup>6</sup>. En concreto, son conductas en las cuales el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por el rol social especial que posee, lesiona o pone en peligro un bien jurídico representado por principios y deberes funcionales.

En efecto, aquí es preciso dejar establecido que, en los delitos de infracción de deber, los bienes jurídicos que se pretenden 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, entre otros. En tanto que en los delitos comunes o de dominio, por regla general, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en derechos. Ejemplos de estos son, el derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas,

6 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” (2016, pág. 323).



derecho a un medio ambiente equilibrado en los delitos ambientales (Salinas Siccha, 2018, pág. 95; Salinas Siccha, 2019, pág. 24).

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un deber especial de carácter penal que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados indicados en la fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos candidatos a constituirse en autores del delito. Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos de infracción de deber solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige, por ejemplo, en los delitos de peculado (CP, 1991, art. 387) o colusión (CP, 1991, art. 384) solo pueden ser autores los ciudadanos que tienen la condición de funcionario o servidor público. Nadie más que ellos pueden ser autores, los demás que no tengan esas condiciones serán partícipes. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (CP, 1991, art. 376), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. Este delito no puede ser cometido por un servidor público, debido a que este no tiene autoridad. No está revestido con el principio de autoridad. Nadie puede lesionar, en calidad de autor, lo que no tiene.

No obstante, queda sobrentendido que el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que tenemos todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal, como, por ejemplo, el no ser desleal con el Estado; sino su fundamento se encuentra en la infracción de deberes especiales o específicos impuestos por la ley penal. Por ejemplo, en la mayoría de los delitos contra la administración pública, los sujetos calificados tienen deberes especiales impuestos por la ley como honestidad, veracidad, imparcialidad, transparencia, gratuidad del acto público, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En efecto, si el sujeto calificado con su conducta afecta 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 según el principio de legalidad, fundamento último del Derecho penal (Salinas Siccha, 2018, pág. 96; Salinas Siccha, 2019, pág. 25).

De ahí se deriva que, “en los delitos de infracción de deber, la figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial o específico de carácter penal” (Pariona Arana, 2011, pág. 79). Autor será quien intervenga en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial o específico; y partícipe quien intervenga en la comisión del mismo 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, o mejor, aquellos deberes específicos cuya materialización se refuerzan con la tipificación de la conducta delictiva, existen antes de la norma penal. La norma penal viene a protegerlos penalmente. La norma penal que tipifica una conducta lo que busca es reforzar su materialización en la realidad social. Por ello, no debemos desconocer que aquellos deberes específicos están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que se originan en otras ramas del derecho. Es obvio que cuan-

do se criminaliza una conducta lo central es el bien jurídico a proteger, el mismo que existe antes de la norma penal.

Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen y están en el derecho constitucional, más específicamente, en la teoría general del Estado. Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. En efecto, existen deberes sobre los cuales se organiza la administración pública y otros principios o deberes que sustentan su propio funcionamiento. Recuérdese que la administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. El Estado solo se puede organizar y, luego, funcionar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. Si no se protegen estos deberes y principios por medio del Derecho penal, el Estado mismo es inviable; el Estado se desintegra (Salinas Siccha, 2018, pág. 97; Salinas Siccha, 2019, pág. 26). De ahí la explicación de que los delitos contra la administración pública siempre han estado y estarán en los códigos penales.

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, pues este se constituye en el bien jurídico general que se tiene que cautelar; en tanto que los demás participantes en la comisión del mismo delito solo serán cómplices ya que no trabajan para el Estado y, por tanto, no tienen deber específico alguno que cautelar. Sobre este último el profesor Roxin enseña que se puede considerar cierto que solo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios, pero no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director del hecho delictivo lo que convierte a un sujeto en autor; más bien es el deber específico del implicado de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría (2000, pág. 386). De esta manera, Roxin afirma que solo puede ser autor del tipo de administración desleal, por ejemplo, la persona que infringe el deber que tiene de velar por el patrimonio ajeno, mientras que aquel que no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del hecho, solo responderá como partícipe. Así responde penalmente como partícipe debido a que la administración pública no es del todo ajena a él, pues también tiene el deber, pero general, de no afectarlo.

No obstante, en los delitos de infracción de deber especialísimos (como colusión, peculado, malversación de fondos, negociación incompatible, etc.) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores de estos delitos aquellos agentes públicos que tienen una competencia funcional específica con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero solo en su calidad de cómplices. Son delitos de infracción de deber especialísimos 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 solo puede ser autor aquel funcionario o servidor público que tiene la facultad funcional de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos (CP, 1991, art. 387). Nadie más que ellos pueden ser autores. En consecuencia, si en un hecho en 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. 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 aparte de ser funcionario público tiene la relación funcional específica de administrar los fondos de la Municipalidad, en tanto titular de la entidad; en cambio, el regidor de limpieza solo responderá como cómplice del delito, debido a que si bien es también sujeto público, no tiene alguna relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (patrimonio 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” (Salinas Siccha, 2018, pág. 97; Salinas Siccha, 2019, pág. 27).

La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel, según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito.

En este sentido, los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, respecto del delito especialísimo de peculado, establecieron como doctrina legal 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. (Corte Suprema de Justicia. Salas Penales, 30 de setiembre 2005, fundamento 6)

No le falta razón al profesor Roxin cuando enseña que se trata de deberes que no se extienden a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable 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, las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo de deberes. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes a través de

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. Y 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 en el Estado (Roxin, 2000, pág. 387).

“Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales” (Rojas, 2016, pág. 310). En otras palabras, los deberes y principios ya están allí, antes que la norma penal. En consecuencia, lo único que sucede es que cuando se tipifica alguna conducta que lesionan o ponen en peligro alguno de aquellos deberes, el Derecho penal viene a protegerlos y afianzarlos en la realidad social.

Por otro lado, según esta postura dogmática, 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 intraneus (funcionario) es el autor, mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (no infringe deber alguno). “Participe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial... fundamentador de la autoría” (Roxin, 2000, pág. 397). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría. Según Caro John este modelo rige el principio de autoría única, “en todos los supuestos, el intraneus responde como autor directo de un delito de infracción de deber” (2010, pág. 87). El intraneus 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 especial. Decimos aparentemente, debido a que el obligado especial responde siempre como autor directo 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, pág. 71).

Una importante característica de los delitos de infracción de deber lo 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” (Roxin, 2014, pág. 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, 2002, pág. 282)

Lo mismo sucede en los casos en los cuales participan solo funcionarios o servidores públicos en la comisión de los delitos de infracción de deber 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.

En línea con Díaz y García-Conlledo, podemos concluir que la idea de Roxin es materialmente correcta en el ámbito de los delitos contra la función pública cometidos por sujetos públicos (2018, pág. 169). Es cierto que en ellos lo relevante es que un sujeto cualificado infrinja su deber penal. Por lo que debe resultar, en general, indiferente si lo hace de un modo u otro, realizando él mismo la acción, induciendo a un extraneus a que lo realice, omitiendo impedir que lo realice, etc. La teoría de los delitos de infracción de deber “explica de forma muy gráfica el fundamento de la autoría en los delitos especiales” (De la Cuesta, 2013, pág. 95).

Consideramos que la aplicación de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva primordial del profesor Roxin resuelve razonablemente “los vacíos a los que llegan las teorías del dominio del hecho” (Pariona Arana, 2006, pág. 770), la teoría de infracción de deberes institucionales y la teoría de los delitos especiales de garantes en el tratamiento de los casos por delitos funcionariales que se judicializan.

La tesis de Roxin<sup>7</sup> 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 (Abanto, 2003, pág. 252; Abanto, 2014, pág. 408)<sup>8</sup>. Por lo demás, “esta teoría sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los extranei solo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores)” (Feijoo, 2013, pág. 29). De esa forma no le falta razón a la profesora Ossandón cuando sostiene que “esta categoría es necesaria dentro de la construcción del sistema penal, fundamentalmente porque responde de modo adecuada ante una realidad diferente de aquella a que se refieren los delitos de dominio o de organización” (2006, pág. 21).

No obstante, la aceptación de esta teoría no es pacífica. Desde otra posición doctrinaria, Sánchez-Vera ha pretendido desmerecerla alegando que

Roxin no la ha fundamentado de manera suficiente el delito de infracción de deber, ni ha investigado sus casos de manera detallada, no obstante, termina reconociendo que el nacimiento de dicha categoría es fruto de negar que ciertos supuestos delictivos se puedan resolver según el criterio del dominio del hecho y de una envidiable intuición jurídica. (2002, pág. 33)

7 Aun cuando, como nos da cuenta Abanto, “en Alemania hay más autores que aceptan total o parcialmente la admisibilidad y los alcances de la tesis de Roxin, en la doctrina alemana todavía continúa la discusión” (2014, pág. 397); el mismo Roxin señala que, por diversas tesis doctorales, así como por los trabajos de Schünemann y Jakobs, “el derecho de existencia de los delitos de infracción del deber no puede seguir siendo puesto en duda como grupo delictivo autónomo” (2014, pág. 309).

Y según el profesor Schünemann, la teoría de los delitos de infracción de deber deja dos cuestiones sin resolver: primero, las necesarias diferencias “entre deberes internos y externos de una institución, como puede explicarse con el ejemplo de la corrupción” (2018, pág. 104). De esta manera,

cuando un funcionario acepta dinero para cometer un acto ilegal en el ejercicio de su cargo, se trata de una infracción de los deberes externos de la institución, sobre los que ejerce el dominio en cuanto funcionario competente. En cambio, cuando cobra dinero para un acto debido y conforme a ley, entonces quedan intactas las relaciones externas y únicamente ha infringido un deber interno de la institución: el de contentarse con su salario mensual y no sacar ninguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo. (2018, p.104)

En este último caso, la infracción puede ser castigada mediante sanciones administrativas. Segundo,

la lesión individual de un deber institucional no perjudica todavía a la institución en su conjunto, sino que, ante el mal ejemplo ofrecido, solo fundamenta un lejano peligro para la lenta decadencia de la institución; o sea, un peligro abstracto que se diferencia esencialmente del concepto de peligro en los delitos de dominio. (Schünemann, 2018, pág. 104)

Estos cuestionamientos no tienen mayor sustento por lo siguiente: en primer término, podemos aceptar la diferencia entre deberes internos y externos de una institución pública como al parecer así lo ha concebido el legislador del Código Penal de 1991 al regular los artículos 393 (cohecho pasivo propio) y 394 (cohecho pasivo impropio), pero ello de ningún modo puede servir para alegar que no lo resuelve la teoría de infracción de deber. En efecto, cuando el sujeto público acepta dinero para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, lesiona el bien jurídico protegido representado por los deberes de imparcialidad y gratuidad del acto público. En cambio, cuando el sujeto público cobra dinero para realizar u omitir un acto propio de su cargo o empleo lesiona también el principio de gratuidad del acto público; y no el deber de contentarse con su salario mensual y no sacar alguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo como supone Schünemann. La materialización de cualquiera de estas conductas lesiona o resiente el bien jurídico general que no es otro que el normal y recto funcionamiento de la administración pública. Según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, será autor de cualquiera de estas conductas aquel sujeto público que infringió aquellos deberes que representan al final el bien jurídico específico, y los demás que colaboran con aquel, serán cómplices; y por supuesto, con la realización de cualquiera de las conductas se afectará a la institución pública, pues esta, ya no funcionará normalmente. En nuestro sistema jurídico, ambos supuestos están sancionados con la misma pena privativa de libertad, esto es, no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación.



Segundo, la lesión individual de un deber institucional perjudica directamente a la institución pública. Debemos tener en cuenta que en los delitos de infracción de deber el bien jurídico siempre se representa en deberes o principios de organización y funcionamiento del Estado. Esto es, la realización de un cohecho, por ejemplo, lesiona inmediatamente el deber de imparcialidad y el principio de gratuidad del acto público que sirve de sustento a la administración pública, por tanto, directamente se afecta a la institución pública donde ha ocurrido el hecho ilícito. No debe obviarse que muchos delitos funcionariales tienen la calidad de ser delitos de mera actividad, lo que significa que para su configuración y sanción penal no es necesario lograr algún resultado material, como al parecer lo sugiere el profesor Schünemann al indicar que el peligro de una lesión individual de un deber es muy lejano para la lenta decadencia de la institución. Como ya se ha mencionado, todo depende de qué consideremos como bien jurídico en los delitos de infracción de deber.

Otra crítica que se hace a la posición de Roxin, la misma de la que da cuenta el profesor Díaz y García-Conlledo, es que “múltiples tipos penales de los delitos especiales describen acciones y, por lo tanto, no se puede obviar estas circunstancias, pues al hacerlo infringiría el principio de legalidad” (2018, pág. 169). Esta crítica no tiene mayor sustento, pues como ya hemos mencionado, por ejemplo, en el delito de peculado previsto en el tipo penal 387 del CP (1991), para llegar al menos a la tentativa resulta necesario que el agente público infringiendo su deber especial de no lesionar el patrimonio público dé inicio a la sustracción. El delito no se agota con la simple ideación o planificación de sustraer el patrimonio público, la estructura de la fórmula legislativa exige que el agente público, lesionando su deber especial, inicie la acción de sustracción o apropiación. Si el agente no da inicio al acto de sustracción no hay forma de verificar si realmente se ha violentado o lesionado el bien jurídico protegido representado por un deber. De esa forma no es necesario recomendar al legislador, como propone Díaz y García-Conlledo,

de cuidar la redacción de los tipos penales para no hacerlo incompatible con la que debe ser su naturaleza en materia de autoría. O bien, si resulta demasiado arduo buscar verbos típicos que en todo caso lo permitan, recomendar la introducción de cláusulas generales para grupos de delitos en que quede claro que, sea cual sea la redacción típica en la descripción de la configuración externa de la conducta, autor será el sujeto que infrinja su deber penal, sea cual sea su modo de actuación. (2018, pág. 171)

No obstante, esta crítica puede tener sentido respecto a la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs, cuyo contenido es otro al que aquí se sostiene.





## REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). Delitos especiales y participación necesaria. dos contribuciones de la ciencia penal alemana. En *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica T. I., Libro homenaje a Claus Roxin*. Mexico D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Abanto, M. (2005). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista peruana de Ciencias Penales*(17).
- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Ahmed y otros vs. El Reino Unido. (2 de setiembre de 1998). *Sentencia*.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Barcelona: Marcial Pons.
- Caro John, J. A. (2003a). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*, 49 - 71.
- Caro John, J. A. (2003b). Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. En E. Montealegre, *Libro homenaje Al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en Derecho penal, T. II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Caro John, J. A. (2010). *Dogmática penal aplicada 4*. Lima: ARA editores.
- Caro John, J. A. (2015a). La autoría delictiva del funcionario público. *Ius Puniendi*, 2(1).
- Caro John, J. A. (2015b). La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad. *InDret*.
- Cerezo, J. (1990). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II. Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Tecnos.
- Chanjan, R. (2012). El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. En *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: IDEHPUCP.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993 ). [Constitución]. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (11 de julio de 2019). *Casación N.º 282-2018-Lambayeque*.
- Corte Suprema de Justicia. Salas Penales. (30 de setiembre 2005). *Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116*.
- De la cuesta, P. M. (2013). Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública. En Álvarez, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Díaz y García-Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho Penal*. Barcelona.
- Díaz y García-Conlledo, M. (2018). Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias. En *Libro homenaje al profesor Claus Roxin*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Díaz y García-Conlledo, M. (2019). La influencia de la teoría de la coautoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas. En Urquiza, *Estudios de dogmática penal, y derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Taller de dogmática penal UNMSM - Ideas.
- Feijoo, B. (2000). *Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*. México.
- Feijoo, B. (2006). El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*(16).
- Feijoo, B. (2013). Delitos contra la administración pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. En F. Heidegger, *Delitos contra la administración pública*. Lima: Idemsa.
- Ferreira, F. (1995). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá.
- García, P. (2014). La responsabilidad penal del partícipe extraneus en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos. En Castañeda, *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista Editores.
- García, P. (2019). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Ideas.
- Gómez, V. (2006). *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F.
- Gómez, V. (2014). Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español. En R. Robles, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Guimaray, E. (2015). *Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios en Aproximación multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú*. Lima: IDEHPUCP.
- Guimaray, E. (2019). Sobre las implicancias económicas de la gran corrupción y su relación criminológica con el derecho penal. *Actualidad penal*(55).
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Hassemer, W. (2003). *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*. México: Instituto nacional de ciencias penales.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997a). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997b). *Estudios de Derecho penal*. (Cancio Meliá, Peñaranda Ramos, & Suarez González, Trads.) Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2000). *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Lima: Palestra editores.
- Jakobs, G. (2000). *La omisión: estado de la cuestión, en Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. (J. M. Silva Sánchez, Ed.) Madrid: Cuadernos Civitas.

- Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del cominio del hecho. *REJ*(14), 41.
- Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. (J. Sanchez-Vera, & Gomez-Trelles, Trads.) Bogota.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Montealegre, E., & Perdomo, J. (2005). Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs. En G. Yacobucci, *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI*. Lima: ARA Editores.
- Montoya, Y. (2015). *Manual de Delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP.
- Muñoz, F. (2001). *Derecho penal. Parte especial* (13 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ossandón, M. M. (2006). Delitos especiales y de infracción de deberes en el anteproyecto de Código Penal. *Revista electrónica semestral de políticas en materias penales, Política Criminal*, 1(1).
- Padilla, A., Gonzales, M., Torres, D., & Chanjan, R. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: IDEHPUCP-NED.
- Pariona Arana, R. (2006). *Autoría mediata por organización*. Lima: Idemsa.
- Pariona Arana, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias de deber. *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, 69 - 83.
- Pariona Arana, R. (2014). La autoría mediata en los delitos de infracción de deber. En *Libro homenaje al profesor Bernd Schünemann*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pawlik, M. (2008). El funcionario policial como garante de impedir delitos. *InDret*.
- Peñaranda, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Dykinson.
- Peñaranda, E. (2014). Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: Una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber. En R. Robles, *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Delitos y penas, una aproximación a la Parte Especial*. Lima: Ideas.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Derecho penal, Parte especial: los delitos*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Robles Planas, R., & Javier Riggi, E. (2014). El extraño artículo 65.3 del Código Penal". En R. Robles Planas, *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Roca de Agapito, L. (2013). Concepto de autoridad y de funcionamiento público a efectos penales. En Álvarez, *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roca de Agapito, L. (2013). El delito de peculado en España y en Perú. En F. Heydegger, *Delitos contra la administración pública*. Lima: Idemsa.

- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & thesis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*. Madrid - Barcelona: Editorial Pons.
- Roxin, C. (2000). Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En J. M. Silva, *Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Roxin, C. (2004). *Problemas actuales de dogmática penal*. Lima: Ara.
- Roxin, C. (2007). *La Teoría del delito en la discusión actual*. (Abanto, Trad.) Lima: Grijley.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal: Parte general. Formas especiales de aparición de delito*. Pamplona: Civitas.
- Rueda, M. A. (2013). Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. En F. Heydegger, *Delitos contra la administración pública*. Lima: Idemsa.
- Rueda, M. A. (2014). La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal. En R. Robles, *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Salinas Siccha, R. (2016). Penas efectivas para los autores de peculao y colusión. A propósito de la modificación del artículo 57 del CP. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(80).
- Salinas Siccha, R. (2017). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios - Casación N° 782-2015-SANTA. En *Análisis y comentarios de Las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En J. Hurtado, *Anuario de Derecho Penal 2015 - 2016. Problemas actuales de política criminal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Iustitia.
- Sánchez-Vera, J. (1999). Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general. *Revista canaria de Ciencias penales*(3).
- Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez-Vera, J. (2014). Delitos de infracción de deber. En R. Robles, *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*. Montevideo-Buenos Aires: IB de F.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. (J. M. Silva Sánchez, Trad.) Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2000). *La culpabilidad: estado de la cuestión, en Sobre el estado de la teoría del delito (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Cuadernos Civitas.

- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa.
- Schünemann, B. (2008). El propio sistema de la teoría del delito. *InDret, revista para el análisis del derecho*.
- Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. (J. Cuello, & J. Serrano, Trads.) Madrid: Pons.
- Schünemann, B. (2009). *Obras* (Vol. I y II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista de derecho PUCP*(81).
- Schünemann, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del derecho penal. En *Libro homenaje al profesor Claus Roxin*. Lima: Universidad Garcilaso de la Vega.
- Silva, J. M., & Suárez, C. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*. Lima: Grijley.
- Suárez, C. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley.
- Tribunal Constitucional. (12 de agosto de 2005). N.º 008-2005-PI/TC.
- Tribunal Constitucional. (17 de mayo de 2004). N.º 020-2003-AI/TC-Lima.
- Tribunal Constitucional. (18 de febrero 2005). N.º 2235-2004-AA/TC-Lima.
- Tribunal Constitucional. (29 de agosto de 2007a). N.º 0009-2007-PI/TC.
- Tribunal Constitucional. (29 de agosto de 2007b). N.º 0010-2007-PI/TC.
- Tribunal Constitucional. (3 de mayo de 2012). N.º 0017-2011-PI/TC.
- Villavicencio, F. (1990). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Cuzco.
- Villavicencio, F. (2001). *Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP.
- Villavicencio, F. (2003). Concurso de delitos y concurso aparente de leyes. En A. Paredes, *Estudios penales: libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Lima: Editorial San Marcos.
- Villavicencio, F. (2014). *Derecho Penal. Parte general I*. Lima: Grijley.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontifical Universidad Católica del Perú.
- Villavicencios, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán*. (Bustos-Yanez, Trad.) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo-Buenos Aires: IB de F.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. (R. Pariona, Trad.) Lima.

- Zaffaroni, R. (2013). Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones. En *Libro homenaje al profesor Jose Hurtado Pozo*. Lima: Idemsa.
- Zaffaroni, R. (2016). *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.



# NORMAS PROCESALES DEL CÓDIGO PENAL<sup>1</sup>

*César Eugenio San Martín Castro*<sup>2</sup>

## 1. Introducción

1. No puedo empezar esta breve presentación sin expresar mi profundo pesar por la prematura desaparición de mi querido amigo y colega, Profesor Doctor Felipe Villavicencio Terreros, a quien conocí desde mis primeros pasos en la enseñanza universitaria en la PUCP, en el año 1982, y, luego, en la magistratura y en la labor pre-legislativa; ambos integramos varias comisiones de reforma de la legislación penal nacional. Sin duda el Derecho penal peruano perdió, con su sensible fallecimiento, a un jurista de fuste, de gran experiencia internacional, preocupado por la evolución y expansión del sistema penal, y siempre fiel a los postulados del Estado Constitucional y al Derecho penal mínimo.

2. Si bien soy procesalista penal, reconozco con Zaffaroni, por lo menos tres nociones básicas respecto de la relación entre Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Son las siguientes: Primero, que el Derecho procesal penal debe guardar una vinculación estrecha con el Derecho penal y con un determinado grado de dependencia respecto de éste, debido a que el Derecho procesal siempre constituye un medio y no un fin en sí mismo, y entre ambos media una clara dependencia teórica o ideológica (es decir, político criminal). Segundo, que sus principios son estrictamente paralelos y cada principio limitador tiene su versión penal y procesal penal. Tercero, que ambos derechos tienen como fuente primaria la Constitución y el Derecho Internacional; y, además, es de reconocer que el Derecho procesal penal tiene una fuerza penal configuradora básica (Alagia, Sloka y Zaffaroni, 2000).

3. En esta perspectiva, y por razones de tiempo, me concentraré en el Derecho penal nuclear, enraizado en el Código Penal, con exclusión del expansivo Derecho Penal complementario. Este último Derecho está integrado por un conjunto disperso de dispositivos legales penales independientes, al margen del Código Penal, y que, en su mayoría, tienen un carácter estatutario (reúnen normas penales materiales, procesales e, incluso, de ejecución). También existen, claro está, preceptos referidos a diversas materias, que incluyen normas penales y normas procesales penales, de las que tampoco me puedo ocupar, pero que, lamentablemente, son numerosas.

En nuestra legislación es de identificar, como integrantes del Derecho Penal complementario, las siguientes disposiciones con rango de ley: (a) Delitos

---

1 Algunas ideas aquí planteadas se han desarrollado en San Martín Castro (2014 y 2015).

2 Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Juez Supremo titular

Aduaneros (contrabando y defraudación de rentas de aduana), Ley 28008, 19 de junio de 2003, y Decreto Legislativo 1111, 29 de junio de 2012; (b) Delitos Tributarios en Decretos Legislativos 813, 20 de abril de 1996, y 1114, 5 de julio 2012; (c) Delitos de terrorismo: Decreto Ley 25475, de 6 de mayo de 1992, y Decretos Legislativos 921 (18 de enero 2003), 985 (de 22 de julio 2007), 1233 (26 de septiembre 2015), y 1249 (26 de septiembre 2016); (d) Delitos informáticos, Leyes 30096, de 22 de octubre 2013, y 30171, de 10 marzo 3, 2014; (e) Organización Criminal: Ley contra el crimen organizado 30077, de 20 de agosto 2013; (f) Delito de Lavado de Activos: Decretos Legislativos 1106, de 19 de abril de 2012, 1249, de 26 de noviembre 2016, 1249, de 26 noviembre 2016, y 1352, de 7 de enero de 2017.

Tal expansión, al margen del CP y, en mucho, sus principios, sin duda vulnera el principio de exclusividad de Código Penal, que debe concebirse ya no solo integrado por normas con rango de ley, como una garantía penal básica alrededor del Código Penal.

4. Es de indicar que los enunciados normativos procesales del Código Penal son diecinueve. En la Parte General, son seis; y, en la Parte Especial, son trece. Así tenemos, de un lado, los artículos V y VI del TP del CP, y los artículos 75, 78, 92 y 99 del CP; y, de otro lado, los artículos 124, 134, 135, 138, 158, 213, 212, 221, 224, 241-B, 314-C, 314-D y 401-B del CP.

Reconocer la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal no hace sino admitir lo complicado de su diferenciación con las normas sustantivas o materiales y lo entrelazado de ambos Derechos (sustantivo y procesal), sino que obliga a reconocer, acota García-Pablos, que la naturaleza de un precepto no depende únicamente de la naturaleza sustantiva o procesal de la ley o cuerpo legal al que pertenece, sino de su función y contenido. (2009).

Los citados preceptos procesales, desde el Libro I o Parte General del CP, están enlazados (i) al principio del debido proceso; (ii) a la norma-principio que guía el proceso penal de ejecución; (iii) a la pericia médica para determinar la extensión de medida de seguridad de internación; (iv) a los presupuestos procesales (extinción de la acción penal); y, (v) a la reparación civil (ejercicio de la acción civil y anulación de actos jurídicos). Desde el Libro II o Parte Especial del CP, están vinculados (i) a la determinación de delitos “privados”, es decir, sujetos a ejercicio privado de la acción penal: delitos de lesiones culposas leves, contra el honor y contra la intimidad (artículos 124, 138 y 158) y de delitos semipúblicos: delitos contra el sistema crediticio (artículo 213); (ii) a los límites probatorios a la *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor (artículos 134 y 135); (iii) a la imposición de la medida de coerción de incautación cautelar: delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, ambientales y de corrupción de funcionarios (artículos 221, 224, 314-C y 401-B); y, (iv) a los mecanismos premiales por colaboración eficaz: delitos contra el sistema crediticio y ambientales (artículos 212 y 314-D).

5. Es de recordar que por norma procesal se entiende aquella que regula materias vinculadas a la jurisdicción, la acción y el proceso. Son normas que, de un lado, disciplinan la actividad procesal del juez y de las partes, entre sí o con el

objeto del proceso; y, de otro lado, definen los actos procesales (presupuestos, requisitos, condiciones, efectos y formas). Disciplinan el sí y el cómo de la sentencia, no el qué de ella, que corresponde a la norma material o sustantiva (San Martín, 2015).

## 2. Derecho Penal General

### 2.1. Garantía Procesal Genérica del Debido Proceso

**2.1.1 Regulación Legal.** El artículo V del TP del CP estipula que: “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida por la ley” (1991). Se regula el quién (el juez) y la forma o el cómo (procedimiento) de la sanción penal, así como adicionalmente la clase de sanción penal y su entidad. Este precepto es muy parecido al artículo V.2 del TP del CPP, rotulado “competencia judicial”, que estatuye: “Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la ley” (2004); la competencia judicial a su vez está contemplada en el artículo I.1 del TP del mismo CPP: “Se imparte [la justicia penal] por los órganos jurisdiccionales competente” (2004).

**2.1.2 La Garantía Genérica del Debido Proceso.** Es una institución jurídica, de fuente anglosajona. Propiamente es una meta-garantía; la más genérica del proceso jurisdiccional. Puede definirse, siguiendo a Gimeno, como el instrumento de la jurisdicción que incorpora, esencialmente, un conjunto de requisitos que implican la necesaria presencia de un juez independiente, objetivo, imparcial y competente (figura del ‘juez legal’), y el cumplimiento efectivo, para la debida satisfacción de pretensiones y resistencias, de un marco general de principios procesales y procedimentales, así como de derechos o garantías específicas (ne bis in idem, plazo razonable y doble grado de jurisdicción) en los marcos de un ordenamiento procesalmente previsto (legalidad procesal penal) (Gimeno, 2012).

No cabe duda que la competencia es una institución que pertenece al Derecho Funcional o Procesal, la cual establece, desde los denominados “fueros”, al juez individual llamado a conocer de un proceso concreto. Además, que solo un Juez puede imponer sanciones penales y a través del proceso, como instrumento neutro de la jurisdicción, que asimismo consagra la garantía de exclusividad de la jurisdicción para imponer sanciones penales. Por último, a nadie se le puede desviar de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometido a procedimiento distinto que el preestablecido, reza el artículo 139.3, 2do. Párrafo, de la Constitución (31 de diciembre de 1993 ). Se trata, en buena cuenta, de una garantía inmanente de la jurisdicción.

Distinto es el caso, desde luego, del principio de legalidad penal, que, entre otros aspectos, establece que solo se puede imponer la sanción penal

preestablecida por la ley (artículo 2, 24, 'd', de la Constitución). La norma procesal solo consagra, primero, que un juez, el juez predeterminado por la ley, debe dictar la sanción penal; y, segundo, que solo puede hacerlo a través del proceso (forma establecida por la ley).

## 2.2. El Proceso Penal de Ejecución

**2.2.1 Regulación Legal.** El artículo VI del TP del CP estipula que: “No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente” (1991). Desde luego se está ante un precepto que integra el Derecho de Ejecución Penal, el tercer pilar del Derecho Penal (Jescheck, 2002). La primera parte de este precepto tiene un contenido material: la ejecución de la pena se rige por el Código de Ejecución Penal y su Reglamento, es decir, también está sometida al principio de legalidad penal. La pena impuesta ha de ser la prevista por la ley y, extensivamente, debe ser ejecutada conforme ésta lo dispone. Una norma clave es el Reglamento del CEP, que desarrolla el CEP y fija los marcos específicos de la actuación de la Administración Penitenciaria y del propio Juez.

Lo procesalmente destacable, sin duda, está en la segunda oración del precepto: “En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente” (Código Penal [CP], 1991). El Código Penal prevé una norma-principio fuerte, pero de carácter procesal. Si bien la Administración es la encargada de ejecutar la pena conforme a los principios, mayormente preventivos, que la informan, corresponde al órgano jurisdiccional controlar su legalidad, y éste lo hace en los marcos de un proceso debido, preestablecido, conforme a la legalidad.

Como se sabe, ésta es la base del proceso penal de ejecución, regulado en el Código de Ejecución Penal y en la Sección I, del Libro Sexto del Código Procesal Penal, artículos 488/496; y, en algunas disposiciones legales no codificadas, como, por ejemplo, la Ley que regula la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, Decreto Legislativo 1191, de 22 de agosto 2015; la Ley de Vigilancia Electrónica Personal, Decreto Legislativo 1322, de 6 de enero de 2017; y la Ley de conversión de penas (Decretos Legislativos 1300, de 30 de diciembre de 2016, y 1459, de 14 de abril del 2020). Inicialmente, se dictó el Decreto Legislativo 927, de 20 de febrero de 2003, sobre Ejecución de Penas en materia de delitos de terrorismo, pero fue derogada por Ley 29423, de 14 de octubre de 2009.

**2.2.2 El Proceso Penal de Ejecución.** En lo Penal, como se sabe, existen tres clases de procesos: declarativo de condena, de ejecución y de coerción. El proceso de ejecución tiene dos notas características: se promueve de oficio y el único título ejecutivo es la sentencia condenatoria firme. El límite en materia de

Derecho penal de ejecución es la pena impuesta, pero ésta puede ser modificada según lo determine la ley (básicamente por razones de prevención especial): revocada por otra más grave bajo pautas predeterminadas y criterios de medición precisos o de ejecución suspendida a efectiva, que tiene como base las equivalencias respectivas en función a la pena originaria, así como puede ser cesada o puede disponerse la excarcelación anticipada por algún beneficio penitenciario o una regla de derecho puntual.

### 2.3. La Medida de Seguridad y Prueba Pericial

**2.3.1 El Artículo 75 del Código Penal.** El citado artículo regula un mecanismo para hacer cesar anticipadamente la medida de seguridad de internación. Estatuye que el Centro de Internación debe remitir cada seis meses una pericia médica para determinar si las causas de la internación han desaparecido o no, de suerte que pueda hacerla cesar. La conclusión de la internación está, pues, en función al éxito del tratamiento. Y su evaluación ha de estar antecedida de una prueba pericial, cuya necesidad y regulación pertenece al Derecho procesal.

**2.3.2 La Prueba Pericial.** Según doctrina conteste, y conforme al artículo 177 CPP, es un medio de prueba complementaria, por el que (a) se obtiene diversas actividades de observación y/o recojo de vestigios materiales y de análisis consiguientes, que (b) dan lugar a la emisión de dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de experiencia calificada, indispensables para poder conocer o apreciar hechos relevantes de la causa, y (c) en cuya virtud su autor proporciona en la audiencia las explicaciones y aclaraciones sobre su contenido.

Tratándose de la anomalía psíquica grave o de otra grave alteración de la percepción, el Código Penal, en orden a la peligrosidad, eje de la medida de seguridad (artículos 72 y 73 CP), dispone desde el citado artículo 75, párrafo 2, CP, que se realice una pericia médica. El Código Penal señala qué tipo de profesional perito debe encargarse de realizarla; y, obviamente, dentro de la profesión médica, corresponderá al médico psiquiatra. En esta perspectiva, los artículos 75 y 76 CPP hacen mención a la necesidad de un “perito especializado”, sin identificarlo (perito psiquiatra obviamente, al que hacía referencia el artículo 189 del Código de Procedimientos Penales de 1939, no así el artículo 156 CPMC de 1920 que solo hacía mención al nombramiento de dos peritos), siendo más vaga esta referencia pericial que la indicación del Código Penal, que exige que esa especialización corresponda a un médico. El artículo 77 CPP, en casos de enfermedad del imputado (dato genérico sobre la salud del sujeto pasivo del proceso) menciona, ya no a un perito especializado, sino más concretamente al médico-legista o a otro perito médico.

De igual manera, a los efectos de la determinación de una cosmovisión cultural distinta, y en aras de la aplicación del artículo 15 CP, el artículo

172.2 CPP impone la pericia cultural (obviamente por un antropólogo). Felipe Villavicencio explicaba que el citado artículo 15 CP diferenciaba dos modalidades de condicionamientos: el error de comprensión culturalmente condicionado y la conciencia disidente. Obviamente la primera modalidad es la que se refiere el Código Procesal Penal, esto es, “cuando el sujeto por su cultura comete un hecho punible, sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión” (2006, p. 624). En estos casos, indicaba Villavicencio, la norma solo será aplicable cuando “el infractor campesino o nativo efectúa la comisión del delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura” (2006, p. 632). Esta institución trata, como acota Zaffaroni, de la “inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente”, entendiéndolo, además, que la comprensión es el “más alto nivel de captación humana que implica internalización o introyección, encierra y presupone el simple conocimiento” (Alagia, Slokar, & Zaffaroni, 2000). El artículo 201-A CPP otorga el carácter de pericia institucional extraprocesal al Informe Especial de la Contraloría General de la República, regulado además por el artículo 15, literal f), de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República 27785, de 23-7-2002, que le dio el carácter de prueba preconstituida.

**2.3.3 *El Derecho Procesal Penal Complementario.*** Algunas leyes especiales exigen que se realicen pericias institucionales. Es el caso, por ejemplo, de: El artículo 3, numeral 5, del Decreto Legislativo 1249, de 26 de noviembre de 2016, que al modificar la Ley de creación de la UIF-Perú 27693, de 12 abril 2002, le encargó la elaboración de Informes de Inteligencia Financieras en materia de los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo. El artículo 14 del Reglamento de la Ley de delitos aduaneros (Ley 28008, de 19 junio, 2003), aprobado por Decreto Supremo 121-2003-EF, de 27 agosto de 2003, y reformado por el Decreto Supremo 164-2012-EF, de 29 del mismo mes de 2012, otorga el carácter de pericia institucional a los informes de Aduanas, elaborados en el marco de sus atribuciones legales, en delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana. La jurisprudencia suprema, asimismo, otorgó a los informes de la SUNAT en el ámbito tributario interno ese carácter de pericia institucional.

**2.3.4 *Disposiciones orgánico procesales complementarias.*** El artículo 195 CPP hace mención al médico legista y al perito de criminalística, cuya regulación estatutaria se encuentran en leyes propias. El Instituto de Medicina Legal “Leonidas Avendaño Ureta” se creó por Ley 24128, de 23 de mayo de 1985, adscrito al Ministerio de Justicia, pero mediante Decreto Ley 25993, de 24 de diciembre de 1992, Primera Disposición Complementaria, se transfirió al Ministerio Público. Por Resolución



de Fiscalía de la Nación 4513-2018-MP-FN, de 14 de diciembre de 2018, se le configuró como una Unidad Ejecutora y pasó a denominarse “Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses”, cuyo documento normativo más importante es el Manual de Operaciones MOP. Uno de sus fines es “[e]mitir dictamen pericial científico y técnico especializado al Poder Judicial y al Ministerio Público, cuando le sea requerido” (Manual de Organización y Funciones del Ministerio Público, 2019, artículo 1).

La Dirección Ejecutiva Criminalística de la Policía Nacional del Perú mediante el Decreto Legislativo 1219, de 24 de mayo de 2015, vio fortalecida su función criminalística, y le corresponde emitir pericias oficiales criminalísticas, a través de sus laboratorios, el central y los desconcentrados. Esta norma y denominación fue ligeramente modificada por la Ley de la Policía Nacional del Perú, Decreto Legislativo 1267, de 18 de diciembre de 2016, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 026-2017-IN, de 15 de octubre de 2017. Estas disposiciones legales instituyeron la Dirección de Criminalística como un Órgano de Apoyo Policial (artículo 6.3.5 de la Ley), integrado en la Sub Dirección General de la Policía Nacional (artículo 10, literal ‘c’, del Reglamento), y encargado de “organizar, dirigir, sistematizar, supervisar y practicar a nivel nacional los peritajes oficiales y emitir los informes periciales de criminalística para efectos de la investigación que se derivan del cumplimiento de la función policial, solicitadas por los diversos órganos de la Policía Nacional del Perú o por el Ministerio Público y Poder Judicial” (artículo 26 del Reglamento).

## 2.4. Las Causales de Extinción de la Acción Penal y los Presupuestos Procesales

### 2.4.1 *Interrelación Entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal.*

El artículo 78 del CP regula, como señala su enunciado normativo, las causales de extinción de la acción penal; dice “acción penal”, no “delito”, de suerte que, como apunta García Caveró, su tenor u orientación procesal es obvio (2012). Este precepto menciona expresamente cinco supuestos: muerte del imputado, prescripción, amnistía, derecho de gracia y cosa juzgada (en función a todos los delitos), así como otros dos supuestos: desistimiento y transacción, en el caso de los llamados *delitos privados*. Desde tal perspectiva, el artículo 6 del CPP incorpora como excepciones la cosa juzgada, la amnistía y la prescripción; asimismo, el artículo 4 del CPP reconoce la cuestión previa para denunciar la omisión de un requisito de procedibilidad, que exige, por ejemplo, la querrela en delitos privados, la aquiescencia de la víctima en delitos semipúblicos, el informe de la autoridad en determinados delitos (ambientales, financieros, etc.), la autorización parlamentaria en delitos cometidos por Congresistas y otros Altos Funcionarios Públicos: acusación constitucional e inmunidad (Código Penal Procesal [CPP], 2004). La vigencia de la jurisdicción peruana (la extraterritorialidad), como presupuesto procesal vinculado al órgano



jurisdiccional, se plantea propiamente, atento a lo señalado por Gómez Colomer, como una cuestión de competencia atípica (Montero Aroca, Gómez Colomer, Barona Vilar, Esparza Leibar, & Etxebarria Guridi, 1997).

**2.4.2 Identificación.** La doctrina no es conteste en el entendimiento de los denominados *presupuestos de la punibilidad* y *presupuestos procesales*, y en su adscripción, en función a la identificación de cada concreta institución, al Derecho penal o al Derecho Procesal Penal. La razón de la diferencia reside en determinar si se trata de categorías referentes a la cuestión de la culpabilidad (expresión entendida en sentido anglosajón o procesal) referida a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y de la pena, otras condiciones o causas de exclusión de la punibilidad, en cuyo caso corresponderá al Derecho penal material (Volk, 2016). Todo aquello que no está comprendido en estas categorías se puede entender como *presupuestos procesales*, de ellos depende la admisibilidad de todo el proceso o ciertas etapas del proceso; es decir, obstaculizan o impiden la persecución penal (Roxin & Schünemann, 2019). Aunque, siempre es del caso reconocer que, de uno u otro modo, en ambos casos se incide en la cuestión de la pena y en valoraciones político-criminales.

Los *presupuestos de la punibilidad*, explica Stratenwerth, condicionan la necesidad de protección del orden social, más allá de la realización culpable del delito (2005); la *punibilidad*, apuntan Berdugo, Arroyo y otros, es otro eslabón dentro de la teoría del delito, caracterizada por ser un límite para la intervención penal fundamentado en la persecución de determinados objetivos pertenecientes a la política criminal, de suerte que al merecimiento de pena se agrega la necesidad de pena (Berdugo, Arroyo, Garcia, Ferré, & Serrano, 1996). Y, los *presupuestos de la procedibilidad*, como puntualiza Cuello, engloban todos aquellos supuestos en los que, por razones de economía procesal (en el sentido de razones situadas más allá de los bienes penalmente protegidos en concreto), no conviene que la maquinaria procesal se ponga en marcha (2002).

Existen, aclara Stratenwerth, soluciones penales y procesales para los delitos de bagatela (artículo 68 CP: exención de pena, y artículo 2 CPP: principio de oportunidad) (2005). En estos casos, revela Roxin, el legislador, mediante disposiciones meramente facultativas, dejó en manos del Fiscal y, excepcionalmente, del juez, mayor libertad para decidir la no represión del injusto culpable, pues no quiso hacer uso del procedimiento de subsunción en la decisión sobre la imposición de la pena (1997).

Como esta técnica, insiste Stratenwerth, no siempre es suficiente en razón de variadas circunstancias adicionales del caso particular, se reconocen en el Derecho penal sustantivo otras tres categorías: (a) condiciones objetivas de punibilidad, por ejemplo, requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido, artículo 215 in fine CP, 2004); (b) causas personales de exclusión de la pena; por ejemplo, expresiones injuriantes de un

congresista y delitos patrimoniales de parientes: artículo 93, párrafo 2, de la Constitución (1993) y artículo 208 del CP (1991); y (c) causas de eliminación de la pena, como por ejemplo, impunidad por desistimiento voluntario: artículo 18 CP (2004).

De todas ellas depende el derecho de penar del Estado; pertenecen, en términos de Gallas y Schmidhäuser, al complejo o situación del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídico-penal (Roxin C. , 1997), por lo que es de rigor distinguirlas de las condiciones de la persecución penal (o condiciones de perseguibilidad), que atañen solamente a la admisibilidad del proceso penal (a sucesos que están situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho), lo que desde luego no significa que al estar referidas también a la pena son ajenas al Derecho procesal. Por consiguiente, como postula Roxin,

Las circunstancias que excluyen la pena y que por su falta de vinculación con el complejo del hecho no están sujetas a la prohibición de retroactividad [artículo 103 de la Constitución], o cuya apreciación se encomienda al arbitrio de las autoridades encargadas de la persecución penal sin vinculación a la determinación legal, pertenecen al Derecho procesal. (1997, p. 992)

**2.4.3 Legislación Nacional.** En el CPP se conciben, desde una estimación procesal, los puros presupuestos de la persecución penal, que son (a) la cuestión de competencia para la denuncia de la falta de jurisdicción peruana por incumplimiento de las disposiciones de los artículos 1 al 4 del CP (2004); (b) la falta de autorización de la autoridad administrativa o política, para jueces y fiscales: decisión del Fiscal de la Nación; y, en los delitos contra los derechos de autor, delitos ambientales, delitos contra funcionarios del sistema financiero y delitos contra la formalización de la propiedad: informe de la autoridad técnica; (c) la falta de autorización de la víctima en delitos semipúblicos (corrupción al interior de órganos privados) y la falta de querrela en los delitos privados (lesiones culposas leves, contra el honor, contra la intimidad, lesiones culposas leves y corrupción privada); (d) la muerte del imputado; y (e) la cosa juzgada.

Desde una consideración material, ya como presupuestos de la punibilidad, por integrar mayormente el complejo del hecho, lo que justifica su tratamiento en el Código Penal, son, en primer lugar, la prescripción [con reservas] y en segundo, la amnistía. Es decir, el derecho de gracia, incluida como tal por el artículo 118.21 de la Constitución como una atribución del Presidente de la República, al lado del indulto y de la conmutación de penas (1993). Por incidir en razones distintas del complejo del hecho, es de configurarla como un presupuesto de la persecución penal, aunque, como manifiesta Jeskeck, están ordenadas o dispuestas desde el punto de vista jurídico-procesal (2002), y así también lo señala el CPP (2004), como un obstáculo procesal.

## 2.5. La Reparación Civil y el Ejercicio de la Acción Civil Ex Delicto

**2.5.1 *Presupuestos Legales.*** El artículo 92 del CP estatuye que: “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena” (1991). A no dudarlo, este precepto es de naturaleza procesal, pues en buena cuenta afirma la acumulación obligatoria de las acciones penal y civil derivadas del delito; y, por lo demás, todas las disposiciones materiales sobre esta materia no son Derecho penal, sino de Derecho civil patrimonial.

Postula este precepto, con diversas matizaciones que luego se precisaran, en palabras de Velásquez Velásquez, un sistema de la interdependencia entre las dos acciones, lo que no les quita su autonomía e independencia, y pueden concebirse, solo a efectos procesales, de manera conjunta conducta punible y daño (2009).

Empero, no puede desconocerse, como precisa Bustos, que la sanción penal está en función al principio de la responsabilidad por el hecho, en cambio la reparación civil se rige por el principio del daño causado (2004). Su inserción formal en el Código Penal solo puede explicarse por una tradición legislativa, ya iniciada con mayor amplitud incluso por primer CP, el de 1863 (artículos 18-22 y 87-94), y continuada por el CP de 1924 (artículos 65/80). Cabe resaltar que una lógica más privatista tienen las normas del CP vigente respecto del anterior, al punto que no reprodujo la prohibición de contratar sobre la reparación civil entre responsable civil y damnificado, ni la prohibición de transferir la reparación a tercero antes de la sentencia, que estipulaban los artículos 76 y 75 del CP de 1924.

**2.5.2 *Perspectivas Procesales.*** La acumulación heterogénea de acciones desde 1920 se plasmó en las leyes procesales nacionales (por ejemplo, artículos 57, 225.4, 227, 276 y 285 del Código de Procedimientos Penales de 1939, siguiendo la fuente francesa, que a su vez siguió al Código de Procedimientos en Materia Criminal, CPMC, de 1920); no siguió esta línea la primera Ley procesal penal nacional (Código de Enjuiciamiento en materia penal de 1863). Además, la incorporación de aspectos materiales de la reparación civil en el Código Penal, tomó como fuente la legislación española.

El artículo 92 CP examinado, sin embargo, fue modificado por el Código Procesal Penal. La acumulación ya no es rígidamente obligatoria y, además, si se persona el actor civil, el Ministerio Público deja de perseguirla. De otro lado, el Código Procesal Penal vigente ya no sigue el modelo del Código anterior que adoptaba la concepción de la accesoriadad absoluta de la reparación civil respecto de la decisión sobre el objeto penal, sino instauró la concepción de la autonomía de la acción civil respecto de la acción penal. Hacerlo, en todo caso, como explica Asencio, es una decisión del legislador y su sede es, sin duda, el Código Procesal (2004). Es patente que los criterios de imputación de la responsabilidad penal y de la responsabilidad difieren en varios puntos y, por ello, el artículo 12.3 CPP estipula que el sobreseimiento o la absolución no impiden imponer la reparación civil.

**2.5.3 La Declaración de Nulidad de Actos Jurídicos Post Delictivos.** El artículo 97 del CP, reiteró el artículo 74 del CP de 1924, que incorporó una norma sui generis en el ámbito de la reparación civil: la anulación de los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, “en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros” (Código Penal [CP], 1991); frase última que no tenía el artículo 74 del CP anterior.

Lo que el artículo 15 CPP añadió fue el procedimiento para declarar la nulidad de tales transferencias, que incluyó los bienes materia de la consecuencia accesoria de decomiso (2004). Siguió el modelo del trámite incidental con la realización preceptiva de una audiencia, pero dejó su decisión al juez sentenciador del juicio.

### 3. Derecho Penal Especial

#### 3.1. Delitos Privados y Delitos Semipúblicos

**3.1.1 Identificación.** Es al legislador a quien corresponde determinar si un concreto delito debe perseguirse de oficio o, alternativamente, a instancia del ofendido, con un determinado nivel de autorización de aquél, bajo una línea de definición de alta intensidad, que es el caso de los llamados *delitos privados*; o de baja intensidad, que es el caso de los *delitos semipúblicos*.

Los delitos privados y semipúblicos, según explica Volk, son ilícitos penales leves, que no tienen mucho peso y que, si bien afectan el círculo del ofendido, difícilmente perturban a la generalidad (2016). Siendo las normas que lo definen de carácter procesal, propiamente presupuestos de la persecución penal, pues están fuera del complejo del hecho, empero, tradicionalmente el Código Penal es el Cuerpo de Leyes que ha definido cuándo se trata de un delito público, semipúblico o privado.

**3.1.2 Los Delitos Privados.** En esta perspectiva, en el caso de los delitos privados, se tienen los artículos 124, 138, 158 y 241-B CP, referidos a los tipos delictivos de lesiones culposas leves, contra el honor, contra la intimidad y corrupción al interior de entes privados (1991). Cabe resaltar que las disposiciones originarias del Código Penal solo comprendían como tales a los delitos contra el honor y contra la intimidad. Para estos delitos, en todo caso, rige la *Privatklage*.

El Código Procesal Penal, respecto de los delitos privados, se limita, primero, a exigir que la legitimación activa corresponde al ofendido por el delito, no al perjudicado por él; segundo, a determinar que el instrumento procesal para hacerlo es la querrela; y, tercero, a instaurar un proceso especial “por delito de ejercicio privado de la acción penal” (Código Penal Procesal [CPP], 2004), con exclusión del Ministerio Público; luego, el

ofendido es dueño de la incoación del proceso y de la pretensión punitiva y civil (rige el principio de disposición). Es de resaltar que el ofendido, revelan Roxin y Schünemann, a diferencia del Ministerio Público, no tiene el deber de persecución, ni el deber de objetividad (2019).

El Código Procesal Penal no identifica los delitos privados, pues ya lo hizo el Código Penal. En tales ilícitos penales se reconoce el desistimiento, la transacción, el perdón y el abandono (concordancia de los artículos 78.3 CP y 464 CPP, 2004). Cabe puntualizar que el Código Procesal Penal no hace mención al perdón del ofendido, pero reitera lo que el Código Penal había sancionado: desistimiento y transacción, a la vez que agrega el abandono, institución típicamente procesal, propia del proceso civil en el que prima el principio dispositivo.

**3.1.3 Los Delitos Semipúblicos.** En lo atinente a los delitos semipúblicos, el Código Penal solo los acepta bajo la modalidad de semipúblicos con interés público, aunque así lo hizo desde la reforma operada por el Decreto Legislativo 861, de 22 de octubre de 1996, pues originariamente no los había admitido. Es el nuevo artículo 213 del Código Penal el que la contempló para los cuatro delitos de atentados contra el sistema crediticio: insolvencia fraudulenta, quiebra culposa, utilización de información falsa y actos contra la finalidad del patrimonio de propósito exclusivo (artículos 209, 210 y 211 CP, modificados por la Ley 27295, de 29 de agosto 2000, así como artículo 213-A, introducido por el inicialmente citado Decreto Legislativo 861).

En el caso del delito semipúblico con interés privado, el ofendido es el dueño de la incoación del proceso, pero, como enfatiza Gimeno, no ostenta la pretensión punitiva (2012). La Ley se refiere, sin duda, a los acreedores. Pero, los delitos aludidos son delitos semipúblicos con un interés público, representado por INDECOPI, de suerte que si los acreedores no denuncian puede hacerlo, en vía de sustitución procesal, el INDECOPI, que intervendrá como parte interesada.

Recuérdese que un caso algo similar era, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Procesal Penal, el delito tributario; en este caso se requería de la denuncia de la SUNAT, órgano nacional administrador del tributo que incluso tenía potestades materiales de disposición sobre la persecución penal.

El ofendido por el delito semipúblico, una vez autorizado el ejercicio de la acción penal, puede constituirse en actor civil pero no tiene control del proceso. No puede desistirse del mismo y, menos, perdonar al condenado, aunque sí transigir sobre la reparación civil. Es decir, no puede impedir la continuación del proceso.

### 3.2. Exceptio Veritatis y Límites a la Actividad Probatoria

**3.2.1 Ubicación de la Exceptio Veritatis.** La exceptio veritatis, como se sabe, es una causa de exclusión de la penalidad, de naturaleza objetiva, aplicable cuando el hecho atribuido al sujeto pasivo resulte ser cierto, aunque tiene una operatividad residual (Cobo del Rosal, y otros, 2004). Esto es, excluye la punición en aquellos supuestos en que, aun concurriendo el tipo (esto es, aun habiendo actuado el autor de modo subjetivamente inveraz) se acredita en juicio la verdad objetiva de las imputaciones (Gonzales, y otros, 1990).

**3.2.2 Funcionamiento de la Exceptio Veritatis.** El artículo 134 CP, desde una perspectiva procesal, instituye respecto del delito de difamación un ámbito concreto y pautado en los cuatro supuestos del precepto material en cuestión (1991), de ciertas imputaciones bajo el sistema de numerus clausus (Salinas Siccha, 2007) para que el imputado inste la exceptio veritatis. En el proceso deben quedar probados, objetivamente, “los hechos, cualidad o conducta” (Código Penal [CP], 1991), objeto de imputación, materia de la ofensa. Tal ámbito probatorio, en la medida en que se trata de la alegación de un hecho excluyente de la penalidad, y como no se está ante un elemento del tipo o, más aún, ante un injusto penal, sino ante un supuesto vinculado a la punibilidad como cláusula de excepción, es de cargo del imputado, quien si no prueba la verdad de las ofensas que profirió contra el sujeto pasivo será condenado, siempre bajo el entendido de que el querellante ya habría demostrado la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de las ofensas emitidas. Señala Portocarrero (1999) que, en estos casos, la prueba ofrecida y actuada debe ser total; si es parcial no procede la aplicación de la garantía de presunción de inocencia como regla de juicio, el in dubio pro reo, porque en este caso especial el reo sería el ofendido y no el ofensor.

El artículo 135 CP fija una limitación general a la actividad probatoria en los delitos contra el honor, a fin de garantizar la cosa juzgada y la incolumidad de la vida íntima y familiar (Salinas Siccha, 2007), es un supuesto de inadmisibilidad de la prueba. Se presenta en los casos de cosa juzgada, en sede nacional o extranjera, y cuando se trata de imputaciones referidas a la vida íntima o sexual de la persona, incluyendo los delitos de violación de la libertad sexual y proxenetismo. Existe, pues, en estos casos, una prohibición probatoria, cuyo pedido de actuación debe ser declarado inadmisibile y, de no haberse rechazado liminalmente, corresponde inutilizar los medios de pruebas aportados y actuados, de suerte que no pueden ser base de la convicción judicial para dictar sentencia en este tipo de delitos.



### 3.3. La Incautación Cautelar y la Medida Anticipativa

**3.3.1 Aspectos Generales.** El Código Penal en sus artículos 221, 224, 314-C y 401-B expresamente consideró la posibilidad de que el juez dicte la medida de coerción real de incautación, como paso previo al decomiso en tanto consecuencia accesoria (Código Penal, 1991, artículo 102). Dichos preceptos comprenden los delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, ambientales y corrupción de funcionarios (cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito). Estas disposiciones, salvo el artículo 221 CP, se incorporaron con posterioridad a la entrada en vigor del citado Código, o sea los artículos 224, 314-C y 401-C, y, luego, fueron objeto de intensas modificaciones con el correr del tiempo, en los años 1992 y 2008 a través del Decreto Ley 25489, de 10 mayo de 1992, y de la Ley 29263, de 2 de octubre de 2008.

Una institución específica, en el campo de las medidas de coerción real, es la anticipativa de suspensión de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria en los delitos ambientales, estipulada por el artículo 314-C, primer párrafo, del CPP (2004). Tal vez la finalidad de estas instituciones, sin juzgar la pertinencia de su inclusión en el Código Penal, fue cubrir lagunas jurídicas determinantes de una menor protección social e instituir medidas provisionales procesales para asegurar debidamente las futuras sanciones o consecuencias accesorias.

**3.3.2 Los Delitos Contra los Derechos de Autor.** En cuanto a los nueve delitos contra los derechos de autor, el artículo 221 CP prevé la incautación “preventiva” (1991). La última expresión es una obviedad, pues toda medida de coerción es provisional y permite asegurar, en el caso de las reales o patrimoniales, los bienes vinculados a las consecuencias económicas del delito y del proceso (costas). El anotado precepto enumera los ejemplares y materiales, los aparatos o medios utilizados para la comisión delictiva y los activos, materia de incautación. Esto es, se refiere a los efectos, a los instrumentos del delito y a los productos del delito; o, en este caso, a las ganancias del delito, que recién fue incorporada, como tal, por la reforma del artículo 102 CP operada por el Decreto Legislativo 1351, de 7 de enero de 2017. La regulación procesal de desarrollo son los artículos 316/320 CPP (2004).

El citado artículo 221 CP también comprende la incautación instrumental (artículos 218/225 CPP), pues se refiere a la “evidencia” documental relacionada con el delito (1991). En mejores términos, se trata del cuerpo del delito, de la prueba material (el vocablo “evidencia” proviene del derecho anglosajón, no del derecho euro-continental, que hace mención a la locución “prueba”). Por lo demás, una medida previa, provisionalísima, es el aseguramiento de documentos, que recién incorporó el Código Procesal Penal en sus artículos 232-234 (2004).



La especialidad que contiene, por las propias características del delito, es la que indica que “Para la incautación no se requerirá identificar individualmente la totalidad de los materiales, siempre que se tomen las medidas necesarias para que durante el proceso judicial se identifiquen la totalidad de los mismos” (Código Penal Procesal [CPP], 2004, artículo 221). Es una aclaración necesaria, en atención a que por lo general se trata de obras, fonogramas, grabaciones audiovisuales o fotografías de producción masiva, lo que dificulta su plena identificación. Los delitos vinculados a esta medida hacen mención a obras y otros bienes intelectuales, así como a medidas tecnológicas utilizadas por los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes.

Asimismo, el artículo 221 CP prevé una medida instrumental restrictiva de derechos (medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, en la terminología del Código Procesal Penal, de fuente italiana). Se trata del allanamiento y registro de un lugar cerrado, desarrollada en los artículos 214/217 CPP. Dice: “el Juez, a solicitud del Ministerio Público, ordenará el allanamiento o descerraje del local donde se estuviere cometiendo el ilícito penal” (Código Penal [CP], 2001, artículo 221). Es de entender que el allanamiento procederá si se cumplen los presupuestos fijados en el artículo 214 CPP, y se procederá conforme a las disposiciones procesales respectivas.

**3.3.3 Los Delitos Contra la Propiedad Industrial.** Los tres delitos contra la propiedad industrial están sometidos al mismo régimen procesal, en cuanto a la medida de incautación (cautelar e instrumental) y a la medida restrictiva de allanamiento y registro que los delitos contra los derechos de autor. Así fluye del artículo 224 CP, que por lo demás la norma modificatoria es la misma que la del artículo 221 CP: Ley 29263.

En igual sentido, la especialidad procedimental que introduce, análoga a la disposición anterior: artículo 221 CP, estriba en que no se requerirá identificar individualmente la totalidad de los “ejemplares, materiales ilícitos, aparatos y medios utilizados para la comisión del ilícito” (1991). Los delitos concernidos hacen mención a productos, tipografías, topografías, servicios, sellos de fabricación, número de línea, número de serie electrónico, número de serie mecánico, y etiquetas, sellos o envases.

**3.3.4 Los Delitos Ambientales.** El artículo 314-C del CP instituyó dos medidas de coerción real penales: la anticipativa de suspensión de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, y la incautación cautelar de especímenes y aparatos presuntamente o medios utilizados para la comisión delictiva. En ningún caso cabe la devolución de los ejemplares ilícitos al encausado, desde que son bienes intrínsecamente delictivos obtenidos con violación de la legislación sobre flora y fauna silvestre. También previó la

medida instrumental restrictiva de derechos de allanamiento y registro.

El Código Procesal Penal incorporó la medida anticipativa genérica en el artículo 312, destinada a “evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito” (2004). La especialidad procedimental que instauró el Código Penal, mediante la modificación introducida por la Ley 29263 (2 de octubre de 2008), consistió en una específica medida anticipativa, propia para los delitos ambientales: suspensión de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria.

**3.3.5 Los Delitos de Corrupción de Funcionarios.** El artículo 401-B CP prevé la incautación de los bienes vinculados a los delitos de cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Estos bienes incluyen los donativos, las dádivas y los presentes, conforme al artículo 401-A CP (1991). Se trata en este último supuesto, propiamente de las ganancias provenientes del delito, en tanto, como apunta Manzanares, también se entiende, juntamente con el provecho obtenido con la ejecución delictiva, “del precio pagado para su comisión” (1977).

Cabe acotar que las ganancias como objeto del decomiso, y por obvias razones, también de la incautación, recién fue incluida en la reforma del artículo 102 CP operada mediante el Decreto Legislativo 1351, de 7 de enero de 2017; luego, la reforma instaurada por el Decreto Ley 25489 para los delitos de corrupción de funcionarios, de 10 de mayo 1992, se adelantó veinticinco años.

También integran el objetivo o componente del decomiso y, antes, de la incautación, los efectos provenientes del delito (las cosas o entidades producidas por la actividad delictiva) y los instrumentos del delito (los útiles y medios materiales utilizados para la ejecución delictiva), así como los objetos materiales del delito (bienes sobre los que recaen la acción delictiva), siempre que “atendiendo a su naturaleza no corresponda su devolución” (Código Penal [CP], 1991).

### 3.4. Exclusión y Reducción de Penas por Información Eficaz

**3.4.1 Regulación Legislativa.** El enunciado legal del artículo 212 CP fue introducido al cambiar el anterior texto normativo por la Ley del Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial 27146 (24 de junio de 1999). Está referido a los delitos de atentado contra el sistema crediticio: insolvencia fraudulenta, quiebra culposa y utilización de información falsa: artículos 209, 210 y 211 CP. El primer y el tercer tipo delictivo fueron, a su vez, modificados por la Ley 27295, de 29 de junio de 2000; o sea, solo mantiene su base originaria el artículo 210 CP.

La regla general, que posibilitará una reducción de pena hasta por debajo del mínimo legal o exención de pena, estriba en que el autor de los

referidos delitos proporcione a la autoridad penal información eficaz en tres niveles, siempre que permita: (a) Evitar la continuidad o consumación del delito. (b) Conocer las circunstancias en las que cometió el delito e identificar a los autores y partícipes. (c) Averiguar el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor.

En parecidos términos regula esta institución el artículo 314-D CP, introducido al Código Penal por el Decreto Legislativo 1102, de 29 de febrero de 2012. El enunciado legal se refiere al conjunto de delitos ambientales; delitos de contaminación, delitos contra los recursos naturales, y delitos de responsabilidad funcional e información falsa (Capítulo I al III del Título XIII, delitos ambientales, del Libro II del Código Penal, inicialmente modificado por la Ley 29263, de 2 de octubre de 2008). Este precepto, ya bajo la influencia del Código Procesal Penal de 2004, hizo mención a que el agente debía proporcionar información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito ambiental, de suerte que podría hacerse acreedor a la disminución de la pena si es autor y a la exención de pena si es partícipe, siempre que ésta logre: (a) Evitar la comisión del delito ambiental en que interviene. (b) Promover el esclarecimiento del delito ambiental en que intervino. (c) La captura del autor o autores del delito ambiental, así como de los partícipes. (d) Desarticular organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal.

**3.4.2 *Carácter de las Normas Premiales.*** La doctrina diferencia entre Derecho penal premial y Derecho procesal premial. En el primer caso (Derecho penal premial), el fundamento subyacente en las excusas absolutorias y atenuantes por colaboración con la justicia se encuentra en razones político-criminales basadas en el criterio de utilidad, al considerarse más beneficioso para la persecución y enjuiciamiento de determinadas conductas el hecho de rebajar o eximir la pena a quien colabore con la investigación, favoreciendo así a través de beneficios punitivos las delaciones y autodenuncias. Los beneficios premiales apuntan a la obtención de informaciones valiosas, útiles y eficaces para la persecución y enjuiciamiento de los delitos más complejos.

En el caso del Derecho procesal premial, su cobertura más allá de otorgar al colaborador post delictual determinados premios, propios del Derecho penal premial, por la aportación de información relevante o esencial que permita la obtención de pruebas decisivas para la identificación o capturas de otros responsables y para la desarticulación de la trama delictiva, localizar los efectos del delito y las ganancias provenientes del mismo, se vincula: primero, con la generación de un proceso especial; segundo, con cambios en la acusación y en el enjuiciamiento; tercero, con la modificación de su estatus procesal; y cuarto, con la inclusión de medidas de

protección y la aminoración de medidas de coerción, medidas de aseguramiento personal, entre otras.

Desde luego, a partir de la Ley 27378 (21 de octubre de 2000) que tuvo como fuente la Ley colombiana 81 de 2 de noviembre de 1993, y que luego se desarrolló en el Código Procesal Penal de 2004 (Sección VI del Libro V: artículos 472/481-A), se instauró un modelo de proceso transaccional de justicia penal negociada. El Código ha sufrido dos grandes modificaciones con el Decreto Legislativo 1301, de 30 de diciembre de 2016, y con la Ley 30737, de 12 de marzo de 2018, disposición última que incorporó a la persona jurídica en la colaboración eficaz.

Este proceso especial, en primer lugar, tiene cinco características: eficacia (que la justicia, como valor jurídico, se preserve), proporcionalidad (entre nivel de colaboración y gravedad de los delitos cometidos), condicionalidad (los beneficios, que se otorgan por una vez, están sujetos al cumplimiento de condiciones específicas), formalidad (manifestación expresa del colaborador a acogerse al procedimiento y proporcionar información), y oportunidad (el proceso en la medida en que se trate de un imputado o un sospechoso y que se presente voluntariamente, esté disociado, admita los cargos y delate a otros). En segundo lugar, es independiente del proceso declarativo de condena donde está encausado, es autónomo y no un mero incidente del anterior, requiere de un expediente propio, en él se aporta información y se corrobora, y de acreditarse datos relevantes se firma un “Acuerdo de Beneficios y Colaboración”. Y, en tercer lugar, tiene un carácter marcadamente subjetivo, pues se orienta a la obtención de información sobre conducta ajenas, en donde lo esperado de la colaboración dependerá del aporte de elementos heteroincriminatorios.

Si se toma en consideración toda la arquitectura legal construida en torno al colaborador, sin duda destaca el elemento procesal, sin desconocer desde luego el elemento sustantivo. La configuración de un proceso especial, la introducción de reglas *sui generis*, y la historia de estas fórmulas asociadas, primero, al delito de terrorismo; luego, al tráfico ilícito de drogas; y, finalmente, al crimen organizado, es claro que el legislador optó por otorgar más peso al Derecho procesal premial.

- 3.4.3 Alcance de los Artículos 212 y 314-D CPP.** El proceso penal por colaboración eficaz tienen como objeto los delitos previstos en el artículo 474.2 CPP: De un lado, organización criminal, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato; y, de otro lado, los casos vinculados a la ley de criminalidad organizada, así como los de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos aduaneros, de falsedad documental y contra el orden migratorio, siempre que se cometan por una pluralidad de personas. El artículo 475 CPP incide en los delitos asociados a la criminalidad organizada (2004).

Dado que los artículos 212 y 314-D CP, objeto de examen, se refieren a delitos no contemplados en el Código Procesal Penal, y tienen algunas pautas propias, ambos delitos, en su lógica de Derecho penal premial, se incorporan al listado de tipos delictivos señalados en el artículo 472.2 CPP. Se seguirá el procedimiento que fija el Código Procesal Penal, pero los requisitos que lo condicionan para la celebración del Acuerdo de Beneficios y Colaboración son los propios de ambos preceptos, sin perjuicio de que en lo contemplado rige analógicamente lo previsto en la Ley Procesal, claro está, siempre que no importe agravar la situación jurídica del solicitante.



## REFERENCIAS

- Alagia, A., Slokar, A., & Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Asencio, J. M. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Berdugo, I., Arroyo, L., Garcia, N., Ferré, J. C., & Serrano, J. R. (1996). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Praxis.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas, Tomo I, Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Cobo del Rosal, M., Carmona Salgado, C., del Rosal Blasco, B., Gonzales Rus, J., Morillas Cueva, L., & Quintanar Diez, M. (2004). *Derecho Penal Español*. Madrid: Dykinson.
- Código Penal [CP]. (1991). (Perú).
- Código Penal Procesal [CPP]. (2004). DL N° 957, 2004. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993). [*Constitución*]. (Perú).
- Cuello, J. (2002). *El Derecho Penal Español – Parte General*. Madrid: Dykinson.
- Decreto Legislativo 1351. (7 de enero, 2017). *Que modifica el código penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana*.
- Decreto Legislativo 861. (22 octubre de 1996). *Ley del mercado de valores*.
- García Caverro, P. (2012). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Jurista Editores.
- García-Pablos, A. (2009). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Editorial Universitaria Ramón Araces - Jurista.
- Gimeno, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Navarra: Civitas - Thomson Reuters.
- Gonzales, J. L., Vives Antón, T., Orts Berenger, E., Carbonell Mateu, J., Martínez-Bujan, C., Cuerna Arnau, M., & Borja Jiménez, E. (1990). *Derecho Penal - Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Grijley.
- Jescheck, H. H. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares.
- Manzares Samaniego, J. L. (1977). *La pena de multa*.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I., & Etxebarria Guridi, J. (1997). *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Portocarrero, J. (1999). *Delitos contra el honor*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. . (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, K., & Schünemann, B. (2019). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Didot.
- Salinas Siccha, R. (2007). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Grijley.
- San Martin, C. (2015). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Lima: INPECCP - CENALES - Jurista Editores.
- San Martin Castro, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*. Navarra: Aranzadi.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal - Parte General*. Bogotá - Medellín: Comlibros.



Villavicencio, F. (2001). *Código Penal Comentado*. Lima: Grijley.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Volk, K. (2016). *Curso fundamentala de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

# GARANTÍAS MATERIALES FRENTE AL NEO RETRIBUCIONISMO DEL LEGISLADOR PENAL PERUANO

*Armando Sánchez-Málaga<sup>1</sup>*

En el presente artículo escrito para el Libro Homenaje al profesor Felipe Villavicencio, se destaca la importancia de las garantías materiales como límite y fin del poder punitivo del Estado. A partir del análisis de tres recientes proyectos de ley, se pone en evidencia la tendencia neo retributiva del legislador penal peruano y los riesgos que esta conlleva para el sistema democrático. Se fundamenta entonces la importancia y vigencia de las garantías materiales como son los principios de taxatividad y vigencia de las garantías materiales como son los principios de taxatividad y vigencia de las garantías materiales como son los principios de taxatividad y vigencia de las leyes penales, de racionalidad de las penas y de respuesta no contingente.

## **1. Introducción**

Enfrentamos hoy el riesgo constante de desnaturalización de la protección de la libertad de los ciudadanos. No solo frente al resurgimiento de teorías de la retribución, que limitan la justicia a la imposición del castigo, lo que no es otra cosa que venganza, sino también cuando desde el Derecho Penal se postula que los ciudadanos tendríamos deberes ilimitados de cooperación con el Estado, cuyo incumplimiento habilitaría a este último a confirmar la vigencia normativa a través de la pena. La sanción penal se justificaría entonces en el simple incumplimiento de la norma, a partir de una construcción formal e ilimitada del Derecho Penal, en la que el reproche-castigo aparecería simultáneamente como fundamento, finalidad y concepto de pena (Corcoy, 2017, pág. 288).

Surge entonces la discusión de si es preferible un Estado que respete las reglas de la participación democrática o uno que priorice la paz y la seguridad de sus ciudadanos. ¿Es posible concebir como lo hace en Alemania Pawlik que, a quien quiera hacer uso de las libertades del Estado de Derecho se le exija que contribuya a la preservación y defensa de estas libertades, concerniéndole una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades en el que vive (2016, págs. 40 - 58)? En atención a ello, ¿es razonable que el legislador incremente penas sin referente alguno de proporcionalidad y humanidad de las sanciones, cree nuevos delitos sin fundamentar su lesividad y recurra a la sanción penal como primera y única respuesta a los problemas sociales, desatendiendo flagrantemente la atención de sus causas?

Por más esfuerzos que hagamos para responder negativamente dichas interrogantes, lo cierto es que el ímpetu neo retributivo, consciente o inconsciente, del legislador peruano resultaría imparabile. Clara muestra de ello es el amplio

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

listado de proyectos de modificación de leyes penales que en las últimas semanas se han propuesto en el Poder Legislativo. En este marco, la obra del profesor Felipe Villavicencio, para cuyo Libro Homenaje es un honor escribir estas líneas, constituye una base fundamental de respuesta y se ratifica como pieza esencial y vigente de la dogmática penal peruana. La importancia de los principios que limitan los procesos de criminalización primaria y criminalización secundaria es una constante en los textos del penalista sanmarquino y distinguido ex profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Encontramos en su obra herramientas para construir el necesario escudo dogmático frente a la tendencia neo retributiva y de punitivismo irracional del legislador peruano.

Sostenía el profesor Villavicencio que, en Perú, un efecto de la inseguridad ciudadana es la tendencia a la sobre criminalización en la legislación penal. Ante la desigualdad entre Estado y ciudadano, destacaba entonces la necesidad de que el Estado, al promulgar y aplicar determinadas normas penales, tuviera que mantenerse dentro del marco de los principios garantistas (2013, págs. 23, 88). Tarea que es nuestro deber como penalistas y académicos continuar.

## 2. ¿Eficacia o Garantía? ¿Realmente?

Para autores como Pawlik, más allá de si afecta o no un interés relevante, el autor de un delito lesiona su deber de ciudadano de cooperar al mantenimiento del estado existente de libertades. Entonces su deber primario de cumplimiento de la norma penal se convierte en un deber secundario de tolerancia, en virtud del cual deberá soportar que “se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación” (2016, págs. 56 - 57). A diferencia de las propuestas garantistas, que refuerzan el carácter instrumental del derecho respecto a los valores, necesidades e intereses extra-estatales y meta-jurídicos (Ferrajoli, 1995, pág. 905), las propuestas neo retributivas postulan la primacía de los procedimientos y los deberes formales como medio para garantizar la paz y seguridad de la sociedad. El gran problema se presenta cuando se limitan a asimilar su eficacia a la dureza de las penas a imponer. Sin embargo, como bien explica Corcoy, la dureza de las penas en sede de criminalización primaria no garantiza la intimidación, lo que sí podría ocurrir frente a una administración de justicia que funcione de forma eficaz y ágil, asunto esquivo a las propuestas neo retributivas (2017, pág. 295).

Ahora bien, defender una concepción garantista del Derecho Penal no tiene por qué implicar la negación de su eficacia. No es necesario tampoco lograr una propuesta extrema como la de Blackstone, quien sostenía que para la ley “es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra” (1769, pág. 352). Como señala Bajo Fernández, el Derecho debe asegurar “una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad”; sin embargo, solo es Derecho si cumple con unos valores de justicia mínimos y sirve al hombre (2011, pág. 35). En el mismo sentido, Hassemer explica que una comprensión exigente de la eficiencia “podría llegar a la conclusión de que sólo el Derecho penal conforme con el Estado de

Derecho y el derecho procesal resultan eficientes a largo plazo: minimizan las consecuencias negativas y fomentan las buenas consecuencias” (1998, pág. 75).

Una función del Derecho Penal es entonces servir de límite al poder estatal y político. Sin embargo, esta no debe ser su única o más importante función. En ese sentido, se propone un Derecho Penal limitado, en el que las garantías sean fines del Derecho Penal y no meros límites, a fin de que, como señala Couso, se conecte el Derecho Penal “con fines superiores (constitucionales), trascendentes a él, evitando la “miopía teleológica” de las concepciones que entienden todo fin del Derecho penal referido a los puros fines de la pena (la prevención)” (2006, pág. 33). Al respecto, resalta Silva Sánchez la capacidad del Derecho Penal para reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en una sociedad. Se trata de dos niveles distintos de reducción: reducción de la violencia social y reducción de la propia violencia punitiva del Estado (Silva Sánchez, 1992, págs. 181 - 183). En síntesis, como bien apunta Alcácer “la *estabilidad* del Derecho penal, es decir, el respeto a sus normas, dependerá en gran medida de su *legitimidad*, es decir, del libre reconocimiento de esa legitimidad por parte de sus destinatarios” (2002, pág. 156). Resulta necesario entonces analizar la intervención penal tanto desde una perspectiva deontológica, como desde una óptica consecuencialista, la que no necesariamente tendrá que asimilarse a una teoría utilitarista (Ortiz de Urbina, 2011, págs. 187 - 188).

En la línea de los autores citados, en otro lugar he defendido una versión restringida de la teoría de la prevención general positiva de la pena con algunos correctivos, siguiendo esto, lo que justifica la imposición de la sanción penal desde una perspectiva consecuencialista no utilitarista es el mantenimiento de un estado objetivo de confianza de la ciudadanía. Ello es medido a partir del funcionamiento de un sistema penal respetuoso de los límites propios del contrato social que fundamenta el ejercicio del poder punitivo estatal, lo que trae consigo el consiguiente efecto de pacificación por la adecuada aplicación del Derecho. Concibo entonces la confianza como una situación objetiva que permite concluir que los ciudadanos están en condiciones de ver reflejados los principios de la democracia constitucional en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. No es suficiente entonces la ilusión de que todos los ciudadanos hayan participado del “proceso de creación de las normas penales”, sino que debe centrarse la atención en que la pena se justifica cuando el Estado respeta los límites garantistas a la potestad punitiva, lo que genera confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema penal, incluso la de aquellos que no han podido gozar de autonomía comunicativa, pero cuyos intereses son objetivamente tutelados por el Estado (Sánchez-Málaga, 2018, pág. 105).

Llama la atención que la propuesta penal se oriente casi siempre a la reacción punitiva retributiva sin tomar en cuenta los efectos preventivos que podría operar desde una propuesta garantista, tanto en torno a la criminalización primaria como a la criminalización secundaria. Especialmente si, como reflexiona Corcoy, vivimos en una sociedad que es consciente de que “la prevención es más adecuada que la intervención cuando ya se ha producido el resultado, por ejemplo, en

la medicina” (2017, pág. 296). Ello podría ser un indicador de que no está todo resuelto, pues existe todavía una base que permitiría amparar una propuesta garantista de Derecho Penal que sea acogida por un buen sector de la ciudadanía.

### 3. Neo retribucionismo en la Legislación Penal Peruana

Con gran lucidez, Corcoy advierte que la expansión del Derecho Penal se debe, en gran medida, a una técnica legislativa que “desconoce la existencia de la Parte General del Derecho Penal, utiliza el casuismo y administrativiza el Derecho Penal” (2017, pág. 291). Observa entonces que la actual política criminal, sin base empírica alguna, legisla a través del populismo, el electoralismo y la alarma social, lo que podría explicar “el renacimiento del retribucionismo” (Corcoy, 2017, pág. 292).

He elegido para el presente artículo tres propuestas legislativas que se encuentran en trámite ante el Congreso de la República de Perú, las cuales evidencian el renacimiento del retribucionismo y ratifican la importancia de mantener vigentes los principios. Estos principios fueron ampliamente desarrollados en la obra del profesor Villavicencio, quien distinguió entre las garantías materiales, como límites materiales al poder punitivo del Estado, y las garantías procesales, de persecución o de ejecución, como límites formales. Entre las garantías materiales, destacaba la importancia de los principios de legalidad, prohibición de la analogía, irretroactividad, mínima intervención, exclusiva protección de bienes jurídicos, racionalidad y humanidad de las penas, culpabilidad, proporcionalidad, preferencia de las normas de derechos humanos y constitucionales, protección de la víctima, entre otros (Villavicencio, 2013, pág. 89 y ss.).

En primer lugar, he elegido el Proyecto de Ley N° 05556/2020 CR, que incorpora el Título I-A a la Parte Especial del Código Penal, referido a los delitos contra la dignidad humana, y tipifica el delito de explotación humana. Este Proyecto de Ley pone en cuestión la vigencia del principio de legalidad, específicamente en relación al sub requisito de taxatividad de la ley penal. El legislador propone la derogación de diecisiete tipos penales y la incorporación en su reemplazo del artículo 129-A al Código Penal que tipificaría el delito de explotación humana en los siguientes términos:

El que explota a otro será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años. Se entiende por explotación el aprovechamiento económico o de otra índole, para el agente o para un tercero, de la venta de niñas, niños o adolescentes; de la prostitución ajena u otro acto de connotación sexual; de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso u otras prácticas análogas de explotación laboral; de la mendicidad; de la extracción y el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos; o de cualquier forma similar de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquiera de las formas de explotación carece de efectos jurídicos y no constituye causa que exime o atenúa la responsabilidad penal. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de explotación humana será reprimido con la misma pena prevista para el autor.

El Proyecto de Ley N° 05556/2020 CR acude a un término genérico como “explotar” para tipificar distintas conductas actualmente recogidas como delitos autónomos en el Código Penal, entre los que destacan los de trabajo forzoso, esclavitud y explotación sexual. Esto traería graves consecuencias. Menciono a continuación únicamente aquellas que tienen relevancia de cara al principio de legalidad, que es objeto del presente análisis.

- Se condensaría en un solo tipo penal comportamientos que afectan intereses jurídicos distintos, que se ubican en distintas fases de ejecución de las formas contemporáneas de esclavitud y que responden a problemáticas criminológicas distintas. Por ejemplo, se pretendería sancionar bajo la misma conducta típica casos muy distintos como el trabajo forzoso, el proxenetismo y la intermediación onerosa de órganos y tejidos humanos.
- Se eliminaría tipificaciones claras y taxativas actualmente vigentes en el Código Penal, como aquellas que aluden al acto de sometimiento de la víctima, a la reducción de la víctima a una condición de servidumbre y a la reducción de una víctima a condición de esclavitud. Un ejemplo de una norma que pretendería ser eliminada es el artículo 168-B del Código Penal, que tipifica de forma clara y específica el delito de trabajo forzoso, al haber tenido en cuenta los tres elementos típicos de esta forma contemporánea de esclavitud recogidos en el Convenio número 29 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado internacional de derechos humanos reconocido por el Estado peruano. Actualmente para sancionar un caso de trabajo forzoso, el tipo penal exige la configuración de al menos tres elementos: la existencia de un trabajo o servicio personal, la amenaza de pena o coacción sobre la víctima y la ausencia de consentimiento de esta última. Como puede observarse, se trata de una tipificación clara y que garantiza la seguridad jurídica. En consecuencia, la eliminación de figuras delictivas como esta, que tienen referentes interpretativos claros en tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a nuestro Derecho interno, y su reemplazo por un concepto genérico de explotación, que no responde a tratado o norma relevante alguna y que carece de fuentes sustantivas para la interpretación, sería un grave error. Este es solo el caso de un tipo penal y el proyecto de ley propone la derogación de diecisiete.
- Se podría generar distorsiones interpretativas al incorporar la figura del aprovechamiento económico o de otra índole como contenido del acto de explotación. Esta figura podría plantear tanto interpretaciones objetivas, que conciben el acto de aprovechamiento económico como la ventaja que se obtiene de una determinada situación, como interpretaciones subjetivas que distorsionen la adecuada interpretación del tipo penal y exijan una actitud o motivación específica en el sujeto activo del delito. Ello iría contra el sentido de protección de la norma penal y podría reducir la seguridad jurídica. Se reemplazaría la normativa vigente, que define como un caso de explotación el acto objetivo de sometimiento de la víctima, por ejemplo, en

el delito de trabajo forzoso, por una normativa que generaría distorsiones interpretativas y soluciones disímiles que irían en contra de la seguridad jurídica.

- Se incorporaría en un solo tipo penal, como objeto del aprovechamiento económico o de otra índole, una serie de circunstancias que supuestamente responderían a los delitos actualmente tipificados en diecisiete artículos del Código Penal (153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 168-B, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A y 318-A). La propuesta legislativa generaría dificultades interpretativas al incorporar en un solo tipo penal circunstancias de distinta naturaleza: sexual (aprovechamiento de la prostitución ajena u otro acto de connotación sexual), laboral (aprovechamiento de la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso u otras prácticas análogas de explotación laboral) y de otra índole (aprovechamiento de la mendicidad, de la extracción y el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos). Asimismo, la propuesta legislativa no necesariamente incorporaría todos los tipos penales derogados a la figura de la explotación, lo que generaría controversia en torno a la posible impunidad de casos como la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes.
- La implementación del Proyecto de Ley 05556/2020 CR podría generar también un problema interpretativo al establecer que el consentimiento de víctima a cualquiera de las formas de explotación carece de efectos jurídicos y no constituye causa que exime o atenúa la responsabilidad penal. Se trata de una regla sin lugar a dudas válida cuando se trata de víctimas menores de edad; sin embargo, podría plantear dificultades interpretativas en los casos de mayores de edad, especialmente si se presenta un conflicto con el artículo 20° de la Parte General del Código Penal, en el que se exime de responsabilidad penal a quien realiza un acto con consentimiento expreso y válido del tercero. En ese sentido, sería más adecuado relacionar la irrelevancia del consentimiento con el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, situación que no es adecuadamente desarrollada por el proyecto de ley y que resta nuevamente taxatividad a la conducta típica propuesta.

El principio de legalidad es un cimiento de la democracia constitucional. Poner en cuestión su vigencia es un síntoma del modelo autoritario de Estado, cuyas terribles consecuencias son conocidas por todos (Gómez, 2007, págs. 139 - 140). Se trata de un principio derivado del modelo de Estado de Derecho de nuestra Constitución que se constituye como el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita (Villavicencio, 2013, pág. 89). La sanción penal sólo será legítima si existe una ley penal previa, escrita y estricta, que tipifique la conducta prohibida y establezca la correspondiente consecuencia jurídica. Al respecto, Roxin distingue cuatro prohibiciones derivadas del principio de legalidad: dos dirigidas al juez penal (prohibición de analogía y de recurrir al derecho



consuetudinario para fundamentar o agravar la pena) y dos dirigidas al legislador (prohibición de retroactividad desfavorable al reo y de leyes penales indeterminadas o imprecisas) (1997, pág. 140). Esta última prohibición estaría siendo afectada por el Proyecto de Ley comentado.

Ante tal escenario, es preciso recordar al profesor Villavicencio cuando planteaba que el principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal, que “se constituye en una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo” (2013, pág. 90). Dicha precisión está ausente en el proyecto de ley comentado y podría ser fuente del ejercicio inadecuado e ilegítimo del poder punitivo estatal. Con relación a la exigencia de una ley penal estricta, esta debe contar con un grado mínimo de precisión y debe excluirse su aplicación analógica cuando esta perjudique al reo. Mir Puig explica que el mandato de determinación excluye las cláusulas generales y constituye un aspecto material del principio de legalidad (2015, pág. 117). Remontándonos a Beccaria, cabe entender que, cuantas más personas entiendan las leyes, menos frecuentes serán los delitos, “porque no hay duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan la elocuencia de las pasiones” (2004, pág. 24). En ese sentido, Roxin sostiene que la prohibición de leyes penales indeterminadas permite al ciudadano reconocer qué características ha de tener la conducta punible (1997, pág. 141), mientras Jakobs indica que los tipos penales de la Parte Especial de un Código Penal sólo admiten las complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto que se correspondan con los preceptos legales, por lo que “no cabe introducir nuevas regulaciones no determinadas legalmente sino sólo hacer aplicables las existentes” (1997, pág. 91).

En síntesis, el análisis del Proyecto de Ley N° 05556/2020 CR evidencia la importancia de la taxatividad de la ley penal como garantía material del ciudadano frente a la intervención punitiva del Estado, toda vez que esta como mínimo:

- Garantiza la seguridad jurídica en torno a las decisiones que la justicia penal tome y que involucren la libertad individual de los ciudadanos.
- Garantiza la materialización del principio de culpabilidad y, específicamente, del criterio de evitabilidad, al solo ser sancionadas penalmente aquellas conductas que son claramente comprensibles y, por ende, evitables.
- Evita problemas concursales y de afectación del principio de *ne bis in idem*, al disponer una tipificación clara y la especificación de los elementos típicos de cada delito.
- Refuerza la confianza de los ciudadanos en el sistema legislativo penal, el cual es más claro, coherente y consistente, así como en el sistema judicial penal, cuya aplicación del Derecho resulta más predecible y concreta.

En segundo lugar, he elegido para el análisis el Proyecto de Ley N° 05744/2020-CR, el cual establece la pena de cadena perpetua para violadores y asesinos, y modifica los artículos 107, 108, 108-B, 108-C, 170, 171, 172 y 177 del Código Penal.

El legislador penal propone imponer la pena de cadena perpetua a quienes cometen los delitos de parricidio, homicidio calificado, feminicidio, sicariato, violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir y violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Como veremos a continuación, se trata de un Proyecto de Ley cuya Exposición de Motivos pone en evidencia la tendencia neo retributiva que subyace a gran parte de propuestas legislativas.

El problema manifiesto de este tipo de propuestas neo retributivas es su aparente pretensión de atribuir a la retribución una capacidad que no le es propia. Al respecto, la exposición de motivos del Proyecto de Ley comentado expresa que, además de “dotar de herramientas al juzgador para imponer condenas proporcionales al delito cometido”, ello debe ocurrir “en atención a las graves secuelas físicas y/o emocionales en las víctimas y sus familiares o deudos”. Reconoce entonces que el endurecimiento de las sanciones a imponer por la comisión de estos delitos “no ha frenado la perpetración de los mismos” ni ha tenido “el efecto disuasivo esperado”. Luego de calificar ciertamente con razón que este tipo de conductas son de las “más despreciables”, postula que, como respuesta a los altos índices de comisión de estos delitos, se deben endurecer las penas, recurriendo a la sanción más drástica posible. Combina entonces retribución y un supuesto efecto disuasivo (preventivo) que se pretende atribuir a la sanción penal.

Al analizar propuestas legislativas como la que es objeto de comentario es importante tener en cuenta que la retribución puede ofrecer una justificación deontológica de la pena como acto particular (“se justifica la imposición de la pena al condenado porque es la justa consecuencia de su culpabilidad”) o incluso frente a la colectividad (“se justifica la imposición de la pena porque es aplicación de principios de justicia frente a las conductas más despreciables que se realizan en la sociedad”). Sin embargo, cualquier justificación frente al condenado o frente a la colectividad que pretenda ir más allá de la imposición de la pena en sí misma no podrá ser ofrecida por el discurso retributivo. Constituirá en todo caso una referencia a la utilidad de la pena o a una función que cumple más allá de su propia imposición (prevención), como termina por hacerlo el proyecto materia de análisis. Este último es el terreno de la justificación consecuencialista de la pena, es decir una justificación en base a los efectos que la pena podría generar en el condenado (por ejemplo, inocuizarlo o resocializarlo) o sobre la sociedad (por ejemplo, intimidar la comisión del delito o restablecer la confianza de la ciudadanía en la vigencia normativa). Ahora bien, las teorías retributivas no tienen la capacidad, ni la pretensión, de ofrecer esta justificación consecuencialista de la pena ni frente al condenado ni frente a la colectividad (Sánchez-Málaga, 2017, pág. 81). Sin embargo, las propuestas neo retributivas, a pesar de tomar como punto de partida la negación de todo efecto preventivo de la pena, le atribuyen a ésta funciones que son impropias de la retribución. Lo que sucede es que, en el marco de un Estado social, no es atendible limitar la justificación de la sanción penal al principio deontológico, sino que aquella se justifica en gran medida en atención a principios consecuencialistas no utilitaristas. El problema es que la aplicación

de estos principios debe guiarse por pautas distintas a las retributivas y tener a las garantías materiales, como las propuestas en la obra de Villavicencio, no solo como límites sino como fundamento de la aplicación de la pena.

Esto último no ocurre en el Proyecto de Ley N° 05744/2020-CR, que pondría en cuestión al menos dos garantías materiales trabajadas con precisión por el profesor Villavicencio:

- Por un lado, el principio de racionalidad de las penas, que

rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo, pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria. (Villavicencio, 2013, pág. 107)

Ello es coherente con un modelo de Estado cuya piedra angular es la defensa de la persona y su dignidad, y en el que se proscribe la instrumentalización de los seres humanos para lograr supuestos fines colectivos como la paz y la seguridad ciudadana. Al respecto, el profesor Villavicencio enfatizaba que “la dignidad del individuo es el límite material que debe respetar un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas”; sin embargo, reconocía el proceso de sobre criminalización que enfrentamos y que el principio de racionalidad de las penas “es uno de los más ignorados por el poder penal” (2013, págs. 108 - 109).

- Por otro lado, el principio de proporcionalidad o de prohibición en exceso, el cual implica “la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado” (Villavicencio, 2013, pág. 115). El Proyecto de Ley objeto de comentario, sin mayor fundamento racional, no solo impone la pena máxima a conductas graves, sino que lo hace con conductas de distinta entidad y lesividad. Ello ocurre, por ejemplo, al igual la penalidad de delitos como el de violación sexual y el de violación de una persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, conducta esta última de mayor lesividad.

En tercer y último lugar, he elegido para este análisis el Proyecto de Ley N° 05087/2020-CR, que modifica los artículos 366 y 367 del Código Penal a fin de aumentar la pena cuando se ejerce violencia contra el personal médico y asistencial en los establecimientos de salud. Este Proyecto de Ley evidencia no solo la falta de una política criminal del Estado, sino también el desconocimiento de la teoría del delito y de la Parte General del Código Penal por parte del legislador, así como pone en cuestión el principio de respuesta no contingente desarrollado por el profesor Villavicencio.

En su exposición de motivos, el Proyecto de Ley parte de la supuesta evidencia de hechos sucedidos en contra de personal médico y asistencial en diversos lugares del Perú, y cita el caso específico de familiares de un fallecido por COVID-19 que agredieron a personal de salud y vigilantes de un hospital en San Juan de

Lurigancho. Concluye entonces que, frente a la grave situación de emergencia sanitaria, “urge habilitar y tomar acciones en todo ámbito del Estado”, pero se limita a proponer el incremento de penas “con el objetivo de disuadir las conductas tendientes a ejercer violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de las funciones, como en el caso de los profesionales médicos y asistenciales”. Más allá del claro error conceptual, consistente en equiparar el rol del funcionario público con el del profesional médico y asistencial, el Proyecto de Ley plantea objetivos irrealizables con la sanción penal como garantizar la bioseguridad y prevenir mayores contagios de una enfermedad epidémica. Asimismo, supone que el incremento de penas generará disuasión de las conductas tendientes a ejercer violencia contra los profesionales médicos y asistenciales y, por ende, garantizará la integridad del personal médico y asistencial. El salto valorativo es evidente.

Esta propuesta legislativa es un claro ejemplo de una respuesta contingente del Estado frente a un problema social grave. Se recurre a la vía penal como respuesta facilista y única, que proporciona un efecto simbólico a corto plazo que puede convenir a los intereses electorales del legislador. Sin embargo, ello vulneraría el principio de respuesta no contingente que el profesor Villavicencio definió como una garantía material del Derecho Penal. Defendió entonces la necesidad de ejercitar “una contención a la llamada administrativización del Derecho Penal entendida como la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales” (2013, pág. 121). Tras reconocer que se trata de una práctica usual del Estado frente al aumento de la criminalidad, Villavicencio, concluyó que la ley penal no podía ser una respuesta inmediata frente a todo tipo de conflicto social (2013, pág. 121).

En síntesis, el análisis del Proyecto de Ley N° 05087/2020-CR evidencia la importancia de garantías como la de mínima (o, al menos, racional) intervención punitiva del Estado, así como la de no respuesta contingente del Estado. La falta de vigencia de estas garantías trae una serie de riesgos como recurrir a generalizaciones intuitivas (Anderson, Schum, & Twinning, 2015, págs. 447 - 448) o a heurísticos o sesgos en el razonamiento judicial (Nieva, 2010, págs. 120 - 125), la desprotección de otros intereses sustantivos, la desatención de verdaderos conflictos sociales y, lo que es más grave, puede llevar a la desatención de las causas del delito, de los procesos de recuperación y reparación de las víctimas, manteniendo el statu quo y reduciendo el debate social.

#### **4. Balance**

La evaluación de la eficacia del Derecho Penal no puede desligarse del análisis de garantía, no al menos sin restar legitimidad al poder punitivo del Estado y reducir la confianza de la ciudadanía en el Derecho. Resulta entonces una tarea urgente efectuar una revisión crítica de la legislación penal, a partir de la aplicación de las garantías materiales, como las que propuso el profesor Villavicencio, al Derecho vigente y, especialmente, a las iniciativas de reforma, como las que han sido materia de análisis.

Paralelamente a lo anterior, es preciso entender que el proceso penal es la instancia en la que se pueden materializar los efectos del neo retribucionismo y

concretarse los riesgos de punitivismo irracional de la criminalización primaria. Por ello, es sustancial partir de la premisa de que el proceso penal tiene como funciones esenciales la autolimitación del Estado, la protección del imputado y la protección de la víctima (Asencio, 1998, págs. 27 - 29); con lo que el Derecho Procesal Penal se convierte en “el sismógrafo de la Constitución del Estado” (Roxin, 2000, pág. 10) y, además de ser una forma de realización del Derecho Penal Material, se consolida como una garantía para los derechos del ciudadano y para la libertad individual (Vera Sánchez, 2014, pág. 5).

En la experiencia anglosajona, destaca el vínculo estrecho entre teoría del delito y proceso penal, lo que genera que, a través de precedentes jurisprudenciales, se procure formular criterios claros y previsibles para la imputación penal (Sánchez-Málaga, 2020, pág. 29). La respuesta al neo retribucionismo se ubica entonces en la aplicación de las garantías materiales en los procesos de construcción de las estructuras de imputación del delito, así como en la aplicación de las garantías materiales y procesales en los procesos de determinación judicial de la responsabilidad penal.



## REFERENCIAS

- Alcácer, R. (2002). Prevención y garantías: conflicto y síntesis. *Doxa*(25), 139 - 175.
- Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Asencio, J. M. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bajo Fernández, M. (2011). El Derecho Penal: concepto y funciones. En *Introducción al Derecho Penal* (págs. 37 - 57). Madrid: Thomson Reuters - Civitas.
- Beccaria, C. (2004). *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*. Madrid: Alianza.
- Blackstone, B. (1769). *Commentaries on the Laws of England*.
- Corcoy, M. (2017). Prevención limitada vs neo retribucionismo. En M. Castineira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (págs. 285 - 297). Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Couso, J. (2006). *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Rarón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gómez, V. (2007). *El Derecho Penal de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (1998). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppetor.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ortiz de Urbina, I. (2011). Caso de los dos psiquiatras en el III Reich. En P. Sánchez-Ostiz, *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Madrid: La Ley.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho Penal*. Barcelona: Atelier.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sánchez-Málaga, A. (2017). *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento [Tesis Doctoral]*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Sánchez-Málaga, A. (2018). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Sánchez-Málaga, A. (2020). *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*. Madrid: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Vera Sánchez, J. S. (2014). *La legítima defensa en el proceso penal. Perspectivas probatorias [Tesis Doctoral]*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.





# LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA

*Juan Diego Ugaz Heudebert<sup>1</sup>*

## **1. Introducción**

Tuve el honor de conocer a Felipe Villavicencio en el año 2004 cuando ambos coincidimos en el mismo estudio de abogados, él como un jurista y abogado destacado y yo como un novel practicante. Recuerdo que, pese a sus innumerables ocupaciones, siempre contaba con una gran disposición para enseñar, sobre todo a los que recién empezábamos en el camino del Derecho. Su influencia sobre nosotros fue muy valiosa, y en mi caso contribuyó para decidir dedicarme exclusivamente a la rama penal y para preparar la tesis que me permitió graduarme como abogado. Felipe estuvo presente en otra etapa importante de mi formación académica, puesto que en el año 2009 fue nombrado jurado en la sustentación de mi tesis, la cual versaba sobre el análisis de la eximente de obediencia debida en el Derecho penal. Como parte de mi preparación fue imprescindible tomar especial atención a los pensamientos de Felipe sobre el particular, puesto que en su Manual de Derecho Penal trataba el tema de la obediencia jerárquica (Villavicencio, 2006, págs. 644 - 646).

Específicamente, en el mencionado manual hace referencia a las discrepancias que existen respecto a la naturaleza jurídica de esta eximente. Como ya lo podía anticipar, este tema fue materia de debate en la sustentación de mi tesis, generándose una retroalimentación muy enriquecedora en el que Felipe explicó claramente la problemática existente en cuanto a la ubicación sistemática de la obediencia debida.

Los comentarios de Felipe me sirvieron mucho para replantearme algunas ideas esbozadas en mi tesis y, así, poder mejorar la calidad de esta. Recuerdo especialmente haber tenido fructíferas conversaciones con Felipe relacionadas a la teoría de la tipicidad conglobante, que fue desarrollada brillantemente por su maestro Eugenio Zaffaroni. Gracias a estas charlas pude utilizar esa teoría para demostrar que el cumplimiento de una orden legal, en su forma y contenido, debe ser siempre considerado como una conducta atípica que no puede generar consecuencias penales sin importar que con su cumplimiento se afecten los bienes jurídicos de terceros (por ejemplo, el policía que procede a incautar un bien mueble en cumplimiento de una orden judicial válida) (Ugaz, 2011, págs. 38 - 29).

El presente artículo ha sido inspirado en mi experiencia académica y personal con Felipe, motivo por el cual haré un breve repaso sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida, tema sobre el que tuvimos la oportunidad de discutir.

---

1 Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 2. La Obediencia Debida Como Causa de Inculpabilidad

Como ya adelantamos, Villavicencio reconoce en su Manual de Derecho Penal la existencia de discrepancias sobre la naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, regulada en el inciso 9 del artículo 20° del Código Penal ([CP], 1991). Puntalmente, menciona que existen autores que la consideran una causa de justificación, mientras que otros creen que se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta. De hecho, Villavicencio finalmente se decanta por esta última posición al considerarla más aceptable (2006, pág. 644).

La no exigibilidad de otra conducta elimina la responsabilidad penal en los casos en que el agente actúa guiado por una motivación no deseada. Se considera que en estos casos el sujeto se encuentra ante una circunstancia en la cual el Derecho no le puede exigir que actúe de otra manera. De hecho, generalmente se utiliza como criterio de comparación la actuación del hombre promedio, que seguramente habría reaccionado de la misma forma en determinadas circunstancias (Mir Puig, 2002, pág. 598).

Por ejemplo, un hombre secuestrado es amenazado de muerte con pistola por uno de sus captores, quien le dice que lo matará si es que no mata a su compañero de encierro con un cuchillo que le entrega en ese momento. En un caso como este, se podría considerar que el hombre promedio habría accedido a matar a su compañero de encierro a cambio de evitar su propia muerte, motivo por el cual el Derecho no podría exigirle que actúe de otra manera.

Es importante tener en cuenta que para Villavicencio la no exigibilidad del subordinado se deriva del sistema de subordinación y disciplina al que se encuentra sometido el agente. Sin embargo, cree que habrá responsabilidad penal del subordinado cuando cumpla con una orden que sea manifiestamente ilícita o cuando conozca la ilicitud de la orden (Villavicencio, 2006, pág. 646).

Al igual que Villavicencio, considero que en las instituciones jerarquizadas (como, por ejemplo, el fuero militar), el inferior jerárquico se encuentra en una situación de subordinación que no le permite revisar minuciosamente la orden recibida por el superior. De hecho, por el solo hecho de cuestionarla, el subordinado puede ser sancionado. Vemos así que no será sencillo para el subordinado conocer la ilicitud de la orden, salvo en los casos en que sea manifiestamente ilícita.

No obstante, la discusión no es pacífica con respecto a si un subordinado que cumple con una orden manifiestamente ilícita deberá siempre responder penalmente por su cumplimiento. Tal problemática se presenta cuando el subordinado se encuentra ante una situación motivacional anormal que lo obliga a cumplir con una orden que sabe que es manifiestamente ilegal. Por ejemplo, un superior le pide a su subordinado que ejecute extrajudicialmente a un prisionero, bajo amenaza de que si no lo hace lo matará. Finalmente, el subordinado cumple la orden para no perder su propia vida.

Este ejemplo nos lleva a un supuesto clásico de no exigibilidad de otra conducta por miedo insuperable en el cual el sujeto pasivo es coaccionado bajo la amenaza de un mal, situación que lo lleva a actuar en contra de su voluntad (Mir Puig,

2002, pág. 602). Para algunos autores, en este tipo de supuestos el subordinado no debería responder penalmente tomando como referencia cómo habría actuado el funcionario medio en una circunstancia similar (Zuñiga, 1992, pág. 212).

Asimismo, existen autores que creen que en este tipo de casos el subordinado no deberá responder penalmente, no en aplicación de la eximente de obediencia debida, sino más bien por haber actuado bajo coacción. Esto se debe a que el subordinado no actúa motivado por la relación de subordinación, sino que por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (Fontán, 1980, pág. 348; Reynoso, 2003, pág. 174; Righi, 2003, pág. 160; Rodríguez & Serrano, 1993, pág. 549).

Contraria a las posturas citadas precedentemente, existe jurisprudencia según la cual en casos extremos como el del ejemplo previamente señalado, el subordinado deberá responder penalmente pese a la coacción sufrida debido a que de los soldados se espera una mayor capacidad de resistencia ante las amenazas, más aún si ellos están preparados para morir en el combate (Ragues i Vallés, 2001, pág. 116).

Sobre el particular, concuerdo con Villavicencio en que una orden manifiestamente ilícita no puede vincular a un subordinado. Sin embargo, considero que en casos como el esbozado, el subordinado sí podrá ser eximido de responsabilidad penal, mas no por la causal de obediencia debida; puesto que el inferior jerárquico no actúa motivado por la relación jerárquica que lo une con su superior. En dicho punto habrá que tomar en cuenta que el sujeto actuó coaccionado por el miedo de sufrir un mal grave, situación que genera que no se le pueda exigir que actúe de otra manera. Entonces, se podrá excluir la responsabilidad penal del subordinado, pero por haber actuado bajo coacción, y no por obediencia debida (Ugaz, 2011, pág. 121).

### **3. Obediencia Debida Como Causa de Atipicidad por Cumplimiento de un Deber**

Felipe Villavicencio menciona que hay supuestos en los que el inferior jerárquico actúa en cumplimiento de una orden legal en su forma y contenido, por lo que se podría entender como una actuación justificada por el inciso 8 del artículo 20° del Código Penal, el cual señala que será exento de responsabilidad el que actúa en cumplimiento de un deber (Código Penal, 1991), entendido como una causa de justificación. Sin embargo, refiere que algunos autores consideran que en este tipo de supuestos no nos encontraríamos ante una causa de justificación, sino que ante una de atipicidad (Villavicencio, 2006, pág. 646).

Como bien refiere Villavicencio, existe división en la dogmática sobre cómo interpretar los casos en los que un superior jerárquico cumple una orden legal que afecta a su vez los derechos de un tercero. El ejemplo clásico es el del policía que cumple con una orden judicial de arresto contra una persona que verá restringido su derecho a la libertad. Resulta evidente que el cumplimiento de una orden de esta naturaleza no debería acarrear consecuencias penales. La duda surge con

respecto a si debemos considerar esta conducta como justificada por cumplimiento de un deber o como una conducta atípica.

Considero el cumplimiento de una orden legal en su forma y contenido como una causa de atipicidad, y no de justificación. Ello se sustenta en que una causa de justificación sirve para, como su mismo rótulo lo anuncia, justificar un comportamiento que es considerado antijurídico. Ahora bien, para que una conducta sea considerada como tal tiene que ser contraria a las normas que regulan los comportamientos permitidos en nuestra sociedad.

No podemos olvidar que nuestra legislación permite que se puedan llevar a cabo actividades que son consideradas riesgosas que pueden afectar a terceros (por ejemplo, manejar un vehículo motorizado). No obstante, este tipo de conductas son toleradas porque sin ellas perderíamos eficiencia como sociedad. Por ejemplo, el avión es un vehículo de transporte cuyo funcionamiento entraña un riesgo. Sin embargo, una sociedad sin aviones sería probablemente menos eficiente en el transporte de personas o carga, por ello se tolera aquel riesgo, con lo cual pilotar un avión es una conducta riesgosa atípica (Jakobs, 2001, pág. 30). Pues bien, la detención de una persona por parte de un policía que cumple una orden legal de arresto puede ser considerada como una conducta riesgosa en la medida de que su realización implica la restricción al derecho a la libertad de otra persona. Sin embargo, es una conducta riesgosa tolerada.

En ese sentido, y como bien refiere el profesor Meini, una orden lícita en su forma y contenido constituye un comportamiento jurídico que no genera consecuencias penales para quien la emite y, por tanto, tampoco para el que la cumple sin extralimitarse. En esa misma línea, refiere que este tipo de conductas deben ser consideradas como supuestos de ausencia de tipicidad al tratarse de conductas que no superan el riesgo permitido (Meini, 2009, pág. 112).

Sin embargo, la jurisprudencia nacional no es del todo clara cuando analiza la naturaleza jurídica del cumplimiento de un deber. Así, por ejemplo, la Casación N° 1131-2018 Puno, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre del año 2019, señala lo siguiente:

Esta causal se fundamenta en que cuando la ley ordena un acto, ella crea un deber. Si el autor se limita a cumplir con este deber, y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código Penal, su acto no puede serle reprochado. Su acto es lícito, sería ilógico que el orden jurídico impusiere a una persona la obligación de actuar y hacerla al mismo tiempo penalmente responsable de su comportamiento. De este modo, una conducta lesiva a un bien jurídico penal estaría justificada siempre que el agente haya actuado en cumplimiento de los deberes que emanan de la función que cumple en la sociedad. (Corte Suprema de Justicia. Sala Permanente, 4 de diciembre de 2019)

En la citada sentencia se parte por reconocer que el cumplimiento de una orden lícita no puede tener consecuencias penales por más que su cumplimiento implique la realización de una conducta que podría ser subsumida en un tipo

penal. Por ejemplo, la privación de libertad contra la voluntad de una persona, en cumplimiento de una orden legal de arresto emitida por un juez en ejercicio de sus atribuciones. Dicha conducta, en principio, se podría subsumir en el tipo penal de secuestro, toda vez que se está privando de libertad a una persona en contra de su voluntad. Esto se debe a que, como se señaló, el cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido es una conducta atípica.

El problema surge cuando en la misma Casación se señala también que la conducta del sujeto en un caso como el mencionado se encontraría justificada. Esto significa que la conducta sería típica pero no antijurídica porque estaría justificada. Creemos que el legislador considera que la conducta será típica pero justificada porque si bien la conducta se realiza en cumplimiento de una orden legal finalmente se puede subsumir en un tipo penal, motivo por el cual será típica, pero justificada.

La referida problemática se puede solucionar solventemente mediante la aplicación de la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni (1981, pág. 229). El conflicto que surge entre el cumplimiento de una orden legal y la afectación del bien jurídico de un tercero como consecuencia de su cumplimiento se podrá resolver de la siguiente manera: el tipo legal constituido por la norma prohibitiva de no restringir la libertad de las personas será conglobado con el resto de las normas para verificar si es que es antinormativa y vulnera algún bien jurídico. Al existir una norma prohibitiva que impide al subordinado incumplir con la orden de restricción de la libertad, su comportamiento no será antinormativo ni vulnerará bienes jurídicos; será, entonces, atípico. Ello se debe a que no es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho (una ordena la detención de una persona y la otra impide la restricción de su libertad) (Ugaz, 2011, págs. 30 - 31).

#### **4. Obediencia Debida Como Error de Prohibición en Casos de Corrupción**

Ahora bien, cuando se trata el tema de la obediencia debida normalmente se le relaciona con el cumplimiento de órdenes en el ámbito castrense. Sin embargo, y como bien lo señala Felipe, la obediencia debida podrá ser también invocada en el ámbito del derecho público, y no solo en el militar (Villavicencio, 2006, pág. 646). La aplicación de la obediencia debida en relaciones jerarquizadas del sector público es un tema que ha tomado bastante relevancia en los últimos años en el Perú. Específicamente, en no pocos casos ha sido invocada esta eximente por funcionarios del sector público que son acusados de cometer delitos de corrupción.

Lamentablemente, la corrupción en el Perú es un problema bastante serio que lejos de tener solución parece empeorar cada día. De hecho, de acuerdo con la encuesta nacional sobre corrupción realizada por Proética en el año 2019, para el 61% de los peruanos la corrupción es uno de los tres principales problemas que tiene el país (PROÉTICA, 2019). Esta percepción de la ciudadanía tiene correlación al observar las pérdidas económicas que ha generado la corrupción en nuestro país. Por mencionar algunas cifras, el monto comprometido con la corrupción en el Perú ascendía a 10 mil millones de soles durante el año 2013. Hacia el 2016,

el cual el Perú perdió 12 600 millones de soles como consecuencia de la corrupción (equivalente al 10% del presupuesto general de la república durante ese año). Se calcula que el Perú pierde actualmente el 4% de su PBI por corrupción (aproximadamente 9 mil millones de Dólares) (Ugaz Sánchez, 2020, págs. 52 - 53).

No podemos olvidar tampoco la participación de altos funcionarios de distintos gobiernos en actos de corrupción vinculados por el caso *Lava Jato*. Ello trajo severas consecuencias políticas para los involucrados, pero sobre todo consecuencias penales, toda vez que la empresa Odebrecht reconoció haber pagado millones de dólares en sobornos a diferentes funcionarios públicos peruanos entre los años 2001 y 2016. Actualmente existen numerosos procesos penales por delitos de corrupción iniciados contra las personas y empresas vinculadas en estos actos de corrupción.

El problema de la corrupción en el Perú es tan crítico que ha sido imprescindible crear un subsistema anticorrupción en el cual participan Fiscales, Jueces y Procuradores que han sido nombrados para conocer únicamente casos de corrupción. La iniciativa de un sistema especializado, en el que diversos funcionarios coloquen todos sus esfuerzos en investigar y reprimir conductas vinculadas a la corrupción, se generó luego de los actos de corrupción descubiertos durante la dictadura de Alberto Fujimori, y lamentablemente tales comportamientos no han cesado en la actualidad.

Es en este contexto que muchos de los imputados por estos delitos han estructurado sus defensas argumentando que son funcionarios públicos de instituciones estatales jerarquizadas, motivo por el cual deben cumplir con las órdenes de sus superiores. Incluso se alega en muchos casos el desconocimiento de la ilicitud de la orden, señalando que en todo caso se habría actuado bajo error. Pues bien, dicha situación ha generado pronunciamientos judiciales que han llegado hasta la Corte Suprema de Justicia, la cual se ha pronunciado sobre las circunstancias en las que puede proceder la aplicación de la eximente de obediencia debida. Como ejemplo reciente se encuentra el pronunciamiento emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad N° 2575-2017/Ancash, de fecha 9 de mayo del 2018.

En tal causa, los funcionarios del Consejo Transitorio de Administración Regional de Ancash fueron condenados por el delito de peculado doloso. Según los hechos materia de pronunciamiento, estos funcionarios habrían participado en la adquisición directa de planchas de calamina por parte de su institución a fin de enfrentar las consecuencias del fenómeno del niño. Pese a que la institución cumplió con el pago de las calaminas, estas no ingresaron en su totalidad al almacén de la institución. Aparentemente, dichos funcionarios se coludieron con el dueño de la ferretería a la que se le adjudicó la compra de las calaminas para que no sean entregadas en su totalidad a la institución y que, en su lugar, se les entregue de manera personal otros materiales de construcción que nunca ingresaron a la entidad, por lo que se presume que fueron indebidamente apropiados por estos funcionarios. El tesorero de la institución, imputado en la causa, invocó la eximente de obediencia debida puesto que habría actuado en cumplimiento de una



orden verbal emitida por su superior. Este argumento fue rechazado por la Corte Suprema pues, a su criterio, la orden impartida fue manifiestamente ilegal (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, 9 de mayo de 2018). Este argumento también es compartido por Felipe Villavicencio, quien señala que no se podrá eximir de responsabilidad penal al subordinado que cumpla una orden manifiestamente ilícita (2006, pág. 646).

Personalmente, concuerdo con lo antes señalado toda vez que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° de la Constitución Política, el Perú es un Estado democrático de Derecho (31 de diciembre de 1993 ). En esa línea, en un Estado que ha adoptado el referido modelo, resulta incoherente considerar como vinculante al subordinado una orden manifiestamente ilícita que vaya en contra de principios fundamentales como la libertad, igualdad jurídica y aseguramiento de la legalidad (Ugaz, 2011, págs. 30 - 31). Por ejemplo, en un Estado democrático es impensable siquiera sostener que una orden del presidente de la República que solicite al Ministro de Justicia sobornar a los jueces que tienen a cargo una causa penal iniciada contra un familiar suyo, sea vinculante.

Lo dicho ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el expediente N.º 2446-2003-AA/TC Puno, de fecha 30 de septiembre de 2005. Resulta particularmente interesante la señalado en el fundamento jurídico N° 10 de la sentencia, en el cual se señala lo siguiente:

*Por ello, los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la Constitución, supone, ante todo, reconocer que, bajo los principios de supremacía constitucional y de Estado social y democrático de derecho, quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45° de la Constitución).*

Este es el motivo por el cual no cabe aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tanto quien exige el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la acata, quebrantan el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción directa a la relevancia del bien jurídico mellado a consecuencia de la ejecución del acto. (Tribunal Constitucional, 30 de septiembre de 2005)

Conforme a lo antes señalado queda claro que la orden de cometer un acto de corrupción jamás podrá vincular al subordinado, pues se trata de un acto ilícito que va en contra de los fundamentos y ejes esenciales de un Estado democrático como el peruano.

El funcionario imputado por un delito de corrupción que busque la aplicación de la eximente de obediencia debida deberá acreditar que no conocía la ilicitud de la orden, lo cual no será sencillo de comprobar puesto que se supone que se trata de una orden manifiestamente ilícita. Sin embargo, considero que en caso el funcionario público pueda demostrar que desconocía la ilicitud de la orden sí

podría llegar a ser eximido de responsabilidad penal pero no por la eximente de obediencia debida, sino que por haber actuado bajo error.

Este error podrá ser de tipo en caso el subordinado considere que está realizando una conducta atípica. Por ejemplo, y volviendo al caso Consejo Transitorio de Administración Regional de Ancash (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, 9 de mayo de 2018), imaginemos que el tesorero recibió una orden de su superior según la cual debía autorizar el pago a la ferretería por la compra de las calaminas porque ya habían ingresado todas las calaminas al almacén de la institución, adjuntando incluso a la orden un documento (falso) según el cual constaba que todos los materiales se encontraban en su totalidad en la entidad, lo cual nunca sucedió en la realidad. Guiado por este error, el tesorero autorizó el pago sin saber que las calaminas no ingresaron totalmente a la institución y que, además, su jefe se había coludido con el dueño de la ferretería para que le entreguen a título personal otros bienes con un valor equivalente al de las calaminas que nunca fueron entregadas a la institución.

En la hipotética circunstancia descrita, sí podría ser válido que el tesorero alegue que actuó bajo error tipo. Hay que recordar que este tipo de error se presenta cuando el sujeto considera que está realizando una conducta de riesgo permitido pero que en realidad ha cometido un acto ilícito motivado por una situación de error o ignorancia (Bacigalupo, 1988, pág. 144; Herrera, 1991, pág. 92; Salazar, 2003, pág. 35). En el caso en mención, el tesorero podría alegar que autorizó el pago porque la orden de hacerla fue una aparente orden legal en su forma y contenido, y que no tuvo cómo tener conocimiento del trasfondo ilícito de la orden, más aún si se le adjuntó un documento que acreditaba que las calaminas ingresaron en su totalidad al almacén de la institución.

Por otro lado, el error podrá ser de prohibición cuando el subordinado tenga conocimiento de que su comportamiento se puede subsumir en un tipo penal, pero tiene una valoración errada con respecto a la antijuridicidad de su actuación. Este problema generado con respecto al conocimiento de la antijuridicidad del hecho se debe trasladar al ámbito de la culpabilidad, puesto que la conducta realizada es típica y antijurídica (Gurruchaga, 1991, pág. 39; Luzón, 1999, pág. 462; Muñoz, 1991, pág. 138).

Ahora bien, en el caso de las relaciones de subordinación en las instituciones jerarquizadas, la discrecionalidad del subordinado para poder revisar la licitud de la orden es bastante reducida. Esto se debe a la propia naturaleza de estas relaciones de jerarquía, toda vez que podría resultar ineficiente que los subordinados siempre cuestionen las órdenes de sus superiores.

Sin embargo, esto no significa que un subordinado deba cumplir todo tipo de órdenes, así sean manifiestamente ilícitas. Ello porque si bien el inferior jerárquico tiene un nivel de discrecionalidad limitado, esto no significa que se le deba exigir que cumpla con cualquier tipo de órdenes (incluso las manifiestamente ilícitas), ya que como se ha venido explicando, este tipo de órdenes no pueden ser vinculantes en un Estado democrático de Derecho como el peruano (Meini, 2009, pág. 112).

Dicho ello, considero que el subordinado podrá alegar error de prohibición cuando cumpla con una orden que no es manifiestamente ilícita bajo la creencia de que su actuación antijurídica está justificada. Ahora bien, es importante tener en cuenta que no podrá alegarse error de prohibición cuando el propio rol del subordinado le exija conocer que no estaba actuando bajo una causa de justificación (Ugaz, 2011, pág. 120).

Como ejemplo de error de prohibición en relaciones de subordinación tenemos el caso de un escuadrón militar que recibe la orden de su comandante de atacar al recibir disparos de un supuesto grupo armado enemigo. El escuadrón logra responder con eficiencia el fuego enemigo abatiendo a todos los contrincantes. Luego de verificar la zona para confirmar que no hay más enemigos en pie, descubren que en realidad se trataba de un comando militar amigo que, por confusión, les disparó pensando también que se trataban de enemigos.

Resulta evidente que en una circunstancia como la descrita, los subordinados creen estar actuando de manera justificada porque están dando cumplimiento a una orden que no es manifiestamente ilícita, pues resulta razonable responder los disparos que se creen enemigos en un contexto de conflicto armado.

### 5. ¿Obediencia Debida?

De acuerdo con lo señalado por el artículo 20° inciso 9 del Código Penal, quedará exento de responsabilidad penal el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de funciones (1991). Tal como se ha venido señalando en el presente texto, para que una orden pueda ser vinculante para el subordinado, esta debe ser lícita. Como ya se dijo también, el cumplimiento de una orden lícita constituirá una conducta atípica por no superar el riesgo permitido. Tenemos así que la razón de ser del inciso 9 del artículo 20° del Código Penal es regular una conducta atípica, mas no una causa de exclusión de la responsabilidad. Por otro lado, las órdenes manifiestamente ilícitas no podrán vincular en un Estado de Derecho, por lo que su cumplimiento generará responsabilidad en el subordinado. Sin embargo, habrá casos en los que el subordinado que cumple una orden ilícita será excusado por haber actuado por error, miedo insuperable o incluso estado de necesidad. En todos estos casos ya existen causas de exclusión de responsabilidad que se encuentran también reguladas en el artículo 20° del Código Penal (Ugaz, 2011, pág. 143).

Luego de transcurridos más de 10 años de la sustentación de mi tesis, llego a la misma conclusión que tuve que defender ante Felipe y el resto de los jurados: La eximente de obediencia debida debe ser derogada.

### 6. Conclusiones

1. Un subordinado que cumple una orden manifiestamente ilícita por coacción será eximido de responsabilidad penal bajo el supuesto de no exigibilidad de otra conducta.
2. El cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido es una conducta atípica.

3. Las órdenes manifiestamente ilícitas no vinculan al subordinado.
4. Se podrá eximir al subordinado que cumpla una orden ilícita por error de tipo o prohibición.
5. Se debe derogar la eximente de obediencia debida puesto que el artículo 20° inciso 9 del Código Penal regula una causa de atipicidad y no exclusión de la responsabilidad.

## REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1988). *Tipo y error*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993 ). [Constitución]. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (9 de mayo de 2018). *Recurso de Nulidad N° 2575-2017/Ancash*.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Permanente. (4 de diciembre de 2019). *Casación N° 1131-2018 Puno*.
- Fontán, C. (1980). *Tratado de Derecho Penal, Parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gurruchaga, H. D. (1991). *El error en el delito*. Buenos Aires: DIN editora.
- Herrera, L. E. (1991). *El error en materia penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jakobs, G. (2001). El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Luzón, D. M. (1999). *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Madrid: Editorial Universitas.
- Meini, I. (2009). La obediencia debida en Derecho penal ¿órdenes ilícitas vinculantes? En *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*. Lima: ARA Editores.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: PPU.
- Muñoz, F. (1991). *El error en Derecho penal*. Valencia: Tirant le Blanch.
- PROÉTICA. (2019). PROÉTICA. Obtenido de Cuáles de los siguientes son los tres principales problemas del país en la actualidad?: <http://dashboard.proetica.org.pe/Webdash1.aspx>
- Ragues i Vallés, R. (2001). ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. *Revista de Derecho penal y Criminología*(7).
- Reynoso, R. (2003). *Teoría general del delito*. México D. F.: Porrúa.
- Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Rodríguez, J. M., & Serrano, A. (1993). *Derecho penal español. Parte general, 16 edición revisada y puesta al día*. Madrid: Dykinson.
- Salazar, M. (2003). *Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Tribunal Constitucional. (30 de septiembre de 2005). *Expediente N.º 2446-2003-AA/TC Puno*.
- Ugaz Sánchez, J. C. (2020). *La gran corrupción. El abuso sistemático del poder en perjuicio del bien común y su impacto en los derechos fundamentales de los más vulnerables*. Lima: Planeta, Lima.

- Ugaz, J. D. (2011). *La eximente de obediencia debida en el Derecho penal*. Lima: ARA Editores. Obtenido de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1381/UGAZ\\_HEUDEBERT\\_JUAN\\_DIEGO\\_EXIMENTE\\_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General (Vol. III)*. Buenos Aires: Ediar.
- Zuñiga, L. (1992). La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales. *Derecho PUCP*(46). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6181/6212>

# HACIA EL PROCESAMIENTO DE LA GRAN CORRUPCIÓN EN LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

*José C. Ugaz Sánchez-Moreno<sup>2</sup>*

## **1. Introducción**

Los años de amistad que compartimos con Felipe, me permiten dar testimonio de su permanente preocupación por la vigencia de los derechos humanos y el impacto negativo que el derecho penal podía tener sobre ellos, razón por la que siempre se adscribió a una posición garantista. Precisamente, esta preocupación lo llevó a integrarse como miembro de la división de derechos humanos de la Misión de Paz de Naciones Unidas para El Salvador, experiencia inédita que compartimos en los años 90, y fue también determinante para que fuera elegido en el 2011 como miembro del Sub-Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, cargo para el que fue reelegido en el 2014.

Si bien nunca tuvimos la oportunidad de hablar de la vinculación entre corrupción y derechos humanos, estoy seguro que, si no hubiera partido tan tempranamente, habría tenido una activa participación en el debate de gran actualidad que inspira este artículo. Por esta razón, creo que abordar esta temática en este libro es un justo homenaje al amigo, maestro y mejor persona que fue Felipe.

Nuestra propuesta parte de una reseña de las tendencias contemporáneas que van generando consenso en el sentido que no se puede analizar la corrupción, y específicamente la gran corrupción, sin tener en cuenta el grave impacto que tiene sobre la vigencia de los derechos humanos en sus diversos ámbitos.

La búsqueda de la ruptura de la impunidad de la que gozan los agentes de la corrupción, sobretodo los que la ejercen desde el poder, está llevando cada vez a más de los entendidos en la materia y a las instituciones que promueven la lucha contra la corrupción y la defensa de los derechos fundamentales a mirar con esperanza el papel que el sistema de derechos humanos podría jugar en defensa de las víctimas, así como en la reducción de la impunidad de la que tradicionalmente han gozado los victimarios.

## **2. Importancia de la Corrupción en la Agenda Global**

La corrupción se ha convertido, qué duda cabe, en uno de los grandes flagelos de la humanidad, a tal punto que, entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible planteados por Naciones Unidas como la agenda prioritaria mundial para el 2030, ha sido incluida en el objetivo 16 (25 de septiembre de 2015).

---

1 Algunas de las ideas del presente texto se han incluido en Ugaz Sánchez-Moreno (2020).

2 Abogado y Magister en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Presidente de Transparencia Internacional.



En septiembre de 2015, los líderes de las naciones del mundo aprobaron la agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la humanidad, que incluye 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Se trata de un llamado universal a la adopción de medidas para poner fin a la pobreza, proteger el planeta, y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad. Cada objetivo está compuesto por un conjunto de propósitos específicos e indicadores que permiten medir su avance. La Agenda 2030 adquirió impulso desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 hasta la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2015, y fue producto de extensas negociaciones. Los ODS son: i) fin de la pobreza; ii) hambre cero; iii) salud y bienestar; iv) educación de calidad; v) igualdad de género; vi) agua limpia y saneamiento; vii) energía asequible y no contaminante; viii) trabajo decente y crecimiento económico; ix) industria, innovación e infraestructura; x) reducción de las desigualdades; xi) ciudades y comunidades sostenibles; xii) producción y consumo responsables; xiii) acción por el clima; xiv) vida submarina; xv) de ecosistemas terrestres; xvi) paz, justicia e instituciones sólidas; y xvii) alianzas para lograr los objetivos.

El objetivo 16, “Paz, justicia e instituciones sólidas”, está integrado por doce metas específicas, de las cuales cuatro están relacionadas directamente con la corrupción:

16.4: Para el 2030, reducir de manera significativa las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de bienes robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada

16.5: Reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas

16.6: Crear instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles

16.10: Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales. (Objetivos de Desarrollo Sostenible, 25 de septiembre de 2015)

De esta forma, se plantea a las naciones del mundo asumir un compromiso por la lucha contra la corrupción, el soborno y el lavado de activos; y la promoción de la transparencia y el acceso a la información. Su importancia es de tal magnitud que actualmente se reconoce que el objetivo 16 y, en particular, la lucha contra la corrupción, constituye un presupuesto necesario para el logro de todos los otros objetivos. La corrupción impide el desarrollo y profundiza la pobreza, lo que la convierte en uno de los factores que tiene un impacto negativo más significativo en los derechos fundamentales de la persona humana. Según el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la corrupción “constituye uno de los obstáculos para la promoción efectiva y protección de los derechos humanos, así como el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y de otros objetivos de desarrollo acordados internacionalmente” (UN. Human Rights Council, 2013, Quinto considerando).

Los ODS constituyen un mapa de ruta que impone a los Estados la obligación moral de implementarlos como elementos esenciales de la Agenda 2030. Al

mismo tiempo, ellos proporcionan a las organizaciones de la sociedad civil una herramienta útil para exigir medidas y políticas que permitan reducir la corrupción y fomentar la transparencia. En muchos países, la implementación de estos objetivos se ha plasmado en planes nacionales.

La corrupción se ha convertido en un problema de tal magnitud en nuestro país, que en una reciente encuesta realizada por IPSOS y el Diario El Comercio a nivel nacional en el mes de abril del presente año, es decir en medio de la crisis generada por la emergencia sanitaria que obligó a una cuarentena generalizada para prevenir el contagio del virus COVID-19, a la pregunta ¿cuál es el principal problema nacional del Perú?, el 56% de la población respondió que el problema más importante del país era la corrupción (frente a un 33% que ubicó en segundo lugar al coronavirus como el principal problema del país).

### 3. ¿Qué es la Corrupción?

Existen muchos intentos de definir la corrupción, al punto que varios autores se preguntan si tiene alguna utilidad hacerlo (ciertamente ninguno de los instrumentos internacionales relevantes en la materia lo hace). Encontrar una definición que cubra todos los ámbitos de un fenómeno tan complejo no es una tarea fácil, pues puede haber diversas aproximaciones dependiendo la perspectiva desde la cual se le quiera abordar. Se puede hablar de corrupción pública o privada, moral, económica o política, sistémica o episódica, de pacotilla, generalizada o gran corrupción, entre otras acepciones.

El historiador peruano Alfonso Quiroz, en su libro *Historia de la Corrupción en el Perú*, la define como el

mal uso del poder político-burocrático por parte de camarillas de funcionarios coludidos con mezquinos intereses privados para así obtener ventajas económicas o políticas contrarias a las metas del desarrollo social mediante la malversación o el desvío de recursos públicos y la distorsión de políticas e instituciones. (2013, pág. 38)

En esta obra, el autor realiza un recorrido por nuestra historia desde el inicio de la república, y concluye que, en el Perú, nunca hubo ciclos bajos de corrupción; todos han sido ciclos altos o muy altos.

Contra lo que muchos creen, la corrupción no se limita al pago de sobornos. Es más, en muchos casos, y particularmente en estos tiempos de globalización y vertiginoso desarrollo de la tecnología de la información, inteligencia artificial y criptomonedas, entre otras características de la modernidad, este fenómeno se expresa a través de complejas redes en las que interactúan poderosos agentes, llegando incluso muchas veces a penetrar o capturar las estructuras mismas del Estado y generar una apariencia de normalidad en el desarrollo de sus ilícitas actividades. Es lo que se conoce como corrupción sistémica, o “reconfiguración cooptada del Estado” en los términos de Garay y Salcedo (Garay, Salcedo, León, & Guerrero, 2008).

La corrupción sistémica se produce cuando las estructuras permiten que las acciones corruptas aparezcan como normales y conformes con el sistema social (o,

por lo menos, con partes muy influyentes de él) por un período largo de tiempo (por ejemplo, las mafias en Italia o Japón). En este caso, las estructuras no son exitosas en resolver el conflicto entre los sistemas normativos en favor de las normas universalísticas. Al respecto, Graf Lamdsdorff, Taube y Schram señalan que la corrupción, como fenómeno, no es la causa primaria de debilidad institucional de un sistema. Por el contrario, la corrupción puede intensificar la debilidad institucional existente y conducir a un auto-refuerzo del proceso de declinación moral y desintegración social que los sociólogos llaman anomia (Graf Lamdsdorff, Taube, & Schramm, 2006, pág. 36).

A raíz de la caída del gobierno de Alberto Fujimori, el 22 de noviembre del 2000, se instaló el gobierno de transición dirigido por el entonces presidente del Congreso de la República, Valentín Paniagua. Debido a la magnitud de la captura del Estado por parte de esta red corrupta, el nuevo presidente creó la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA). Se trataba de una comisión plural cuyo objetivo era realizar un diagnóstico de la corrupción en el Perú durante el régimen de Alberto Fujimori. La comisión también debía presentar recomendaciones orientadas a recuperar niveles de integridad y salir de la caótica situación en que había quedado el Estado peruano. Una de las conclusiones del diagnóstico de la INA fue que,

La corrupción llegó a penetrar el centro mismo del poder del Estado, para ser utilizada como instrumento de gobierno. Para ello se organizó una red de corrupción que involucró a gran parte del Estado y que contó con la complicidad de sectores importantes de la clase dirigente. Se puede afirmar que el centro de la corrupción se trasladó del ámbito administrativo-institucional al núcleo del poder político. El Estado no se vio copado desde fuera por redes corruptas, sino que la iniciativa corruptora provino de su centro mismo, a través del Poder Ejecutivo y los servicios de inteligencia. (MINJUS, 2001, pág. 8)

Esta descripción de lo ocurrido en el Perú en la década de los años 80 con la red “Fujimori Montesinos” ilustra las características sistémicas de la gran corrupción, instrumental a un régimen que la instaló en el centro del poder.

Como señala la investigadora norteamericana Sarah Chayes:

[E]n unas 5 docenas de países alrededor del mundo, la corrupción no puede seguir siendo entendida como el accionar perverso de individuos. Más bien es el sistema operativo de sofisticadas redes que cruzan fronteras sectoriales y nacionales en su impulso por maximizar ganancias para sus miembros. Para competir en esta carrera, las élites de países subdesarrollados o desarrollados por igual, han venido escribiendo las reglas que gobiernan la actividad política y económica (o implementándolas selectivamente) para su propio beneficio. Corrupción como perversión del funcionamiento del gobierno y no solamente como dinero en efectivo en un sobre o una orden de compra sobrevaluada. El primer paso es reconocer la corrupción de estos tiempos como el sistema operativo intencional de redes sofisticadas y exitosas. (Chayes, 2017, págs. 112 - 114)

Con la introducción del concepto de gran corrupción como “sistema operativo”, Chayes da cuenta no sólo de un fenómeno en el que las estructuras permiten su desarrollo, sino de un diseño sistémico. En éste, el gobierno está ordenado intencionalmente, por las élites, sobre la base del control de la actividad económica y política para su exclusivo beneficio, con el obvio perjuicio para el bien común.

#### 4. La Gran Corrupción

Aunque la corrupción ha existido siempre, cabe preguntarse si en el mundo globalizado actual, caracterizado por el desarrollo exponencial de la tecnología y las comunicaciones, la existencia de mayores recursos y dinero, y el surgimiento de múltiples y nuevas formas de crimen organizado con un poder sin precedentes, nos encontramos frente al mismo fenómeno o se trata de uno de distinta naturaleza. Como afirma Chayes, “el sistema financiero globalizado, los paraísos offshore, las transferencias electrónicas de dinero, han revolucionado los usos a los que pueden ser destinadas las ganancias mal habidas. Así los controles son incapaces de determinar cómo la riqueza es adquirida” (2017, pág. 112).

Algunos analistas para diferenciar la corrupción contemporánea de gran dimensión de otras formas de corrupción (regular, administrativa, cotidiana, entre otras), han empezado a llamarla “gran corrupción”. Desde nuestro punto de vista, la corrupción contemporánea de grandes proporciones constituye un fenómeno cualitativamente distinto a la corrupción que hemos conocido en el pasado. Ella no sólo es diferenciable por la cantidad de recursos que moviliza, sino por un conjunto de elementos que la caracterizan.

Según la Guía técnica de la convención de las naciones unidas contra la corrupción,

Gran corrupción es una expresión usada para describir la corrupción que penetra los niveles más altos de gobierno, generando graves abusos de poder... la diferencia esencial entre gran corrupción (captura del Estado) y corrupción menuda (corrupción administrativa cotidiana), es que la primera implica la distorsión de funciones centrales de gobierno por funcionarios públicos de alto nivel, mientras que la última se desarrolla en el contexto de un gobierno en funciones e infraestructura social. (Naciones Unidas, 2010, pág. 23)

En opinión de Bloom,

[E]n contraste con las formas de corrupción de bagatela, la ‘Gran Corrupción’ involucra formas muy enraizadas de corrupción en los niveles altos de gobierno que generan una apropiación indebida de significativos recursos y distorsiones sociales generalizadas. La ‘Gran Corrupción’ se distingue por (1) el involucramiento de funcionarios públicos de alto nivel y (2) la importancia de su impacto, normalmente en términos de graves abusos de poder o apropiación de riqueza pública para beneficio privado. (2014, pág. 629)

La gran corrupción implica el abuso de poder a altos niveles para el beneficio de unos cuantos a costa de muchos. Esto incluye sobornos a gran escala,

malversación de activos del Estado y otros delitos de corrupción previstos en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Se entiende que la gran corrupción causa daños extendidos y violaciones de derechos humanos fundamentales (Naciones Unidas, 2003).

Como señala la profesora española Hava, Transparencia Internacional sostiene que “el fenómeno [de la corrupción] ‘puede clasificarse en corrupción a gran escala, menor y política, según la cantidad de fondos perdidos y el sector en el que se produzca’” (2016, pág. 64). Sin embargo, la misma organización ofrece otra definición, la de “corrupción a gran escala” (o *high corruption* en la versión inglesa), que es identificada con “actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común” (Transparencia Internacional, 2009, como se citó en Hava, 2016, pág. 64).

Recientemente, Transparencia Internacional ha desarrollado la siguiente definición legal de gran corrupción: “es el abuso de poder de alto nivel que beneficia a pocos al costo de muchos y causa un daño extendido y serio a individuos y a la sociedad. Usualmente permanece impune” (Transparency International, 2016). Esta definición puede servir de punto de referencia para identificar los elementos que caracterizan al fenómeno de la gran corrupción, a saber: a) los actores son personas que pertenecen a los niveles más altos de gobierno, es decir, cuentan con un nivel significativo de poder político o funcional, o individuos privados que detentan un poder económico relevante; b) los actos que cometen implican la distorsión de políticas o funciones centrales del Estado; y c) el beneficio se obtiene a expensas del bien común.

Partiendo de estos elementos, Hava deduce las siguientes características esenciales de la gran corrupción:

- a) Involucra enormes sumas de dinero (*factor económico*)
- b) Son actos ejecutados, auspiciados, dirigidos o tolerados por personas con altas cotas de poder en o sobre el gobierno (*factor político*)
- c) No constituyen comportamientos aislados, sino un conjunto de actos planificados que se insertan en el propio funcionamiento del país o región afectada (*factor sistémico*)
- d) El perjuicio causado no es sólo económico, sino que afecta también a los derechos fundamentales y libertades políticas del conjunto de los ciudadanos (*factor social*)
- e) La relación de los corruptos con las altas esferas del poder y el carácter planificado de sus actos les permiten eludir la acción de la justicia, ya sea impidiendo coactivamente su actuación, ya sea premiando su tolerancia (*factor impunidad*) (Hava, 2016, pág. 5)

## 5. El Costo de la Corrupción

Es evidente que la corrupción, y en particular la gran corrupción, tiene un impacto económico-social, pero también genera un daño político-institucional. No

todas las consecuencias negativas de la corrupción son medibles en cifras económicas, siendo muy frecuente que las consecuencias inmateriales acarreen efectos tan o más graves que los propiamente materiales.

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) señaló que, según el 48.1% de los peruanos, la corrupción pasó a ser considerada el principal problema del país en el 2017 (INEI, 2017). Además, según la encuesta de Ipsos Perú, realizada en abril del 2018, el 57% de los peruanos consideró que la corrupción era el principal problema del país (31% creía que es la educación y 25% el desempleo y la falta de trabajo) (La Rosa, 2018). Esto difiere de los años 2008, 2010 y 2015, en los que la corrupción fue considerada el principal problema por el 43%, 47% y 52%, respectivamente, sin ocupar el primer lugar, pese a ser percibida como uno de los tres problemas más importantes del Perú (Redacción RPP, 2018). Habla de su magnitud el hecho de que, en tres años, desde enero del 2013 hasta setiembre del 2016, la Contraloría General de la República denunció penalmente a 5,068 funcionarios públicos.

En el Perú, en términos económicos, en el 2013, el monto comprometido en la corrupción ascendía a S/10,000 millones de soles (30 veces el presupuesto del Programa Nacional Cuna Más) (Redacción RPP, 2018). Como lo ha establecido la Comisión Presidencial de Integridad<sup>3</sup> en su informe final presentado el 14 de diciembre de 2016, S/ 12,600 millones le son arrebatados anualmente al Perú por la corrupción, lo que equivale al 10% del presupuesto general de la república del 2016 (Redacción La República, 2016).

Otros cálculos sostienen que actualmente el Perú pierde el 4% del PBI al año por corrupción (US\$ 9,000 millones de dólares). La discrepancia en las cifras puede explicarse por la complejidad del problema y lo voluminoso de la “cifra negra”, particularmente abultada en este caso por los altos niveles de impunidad que siempre han rodeado a la corrupción y en particular a la corrupción de poder.

## 6. La Corrupción y el Sistema de Derechos Humanos

No es novedad que la impunidad en materia de corrupción ha sido la constante hasta hace muy poco. Los corruptos no sólo actúan con descaro y desvergüenza, sino que, en la gran mayoría de los casos, no sufren consecuencias por su proceder ilegal. Ello resulta explicable porque se trata de delincuencia de poder. Sus autores generalmente actúan revestidos de autoridad y controlan buena parte de

3 El año 2016, el presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, tuvo que hacer frente a un escándalo de corrupción originado por su asesor personal en materia de salud pública, Carlos Moreno, quien contaba con oficina en Palacio de Gobierno. A través de unos audios se supo que Moreno estaba traficando con la salud de pacientes pobres del sistema de salud pública en favor de algunas clínicas privadas. Para ello, el 26 de octubre del 2016, el presidente tuvo que dar un mensaje a la nación para zanjar con su asesor y anunciar la creación de la Comisión de Integridad Presidencial (CPI). La función de la CPI fue proponer medidas para prevenir y compartir la corrupción. Para ello, se designó como presidente al ex - Defensor del Pueblo, doctor Eduardo Vega, y como sus integrantes a destacados miembros de la sociedad civil peruana. Al culminar los cuarenta y cinco días de plazo, la CPI entregó un informe que contenía un diagnóstico y cien recomendaciones para el gobierno.



las estructuras del Estado. Cuando ello no ocurre, tienen los recursos suficientes (económicos, humanos, tecnológicos y de violencia) para asegurarse un blindaje que los proteja de cualquier consecuencia incómoda. Cuando la impunidad se ha roto para los actores de la gran corrupción, usualmente se ha debido a circunstancias políticas, que, en un contexto más amplio, han implicado un cambio radical de las reglas de juego. Como hemos señalado, actualmente estamos asistiendo a un fenómeno singular y sin precedentes en América Latina a raíz del caso Lava Jato. Por primera vez, personajes muy poderosos política y económicamente, están enfrentando investigaciones y procesos penales por corrupción, y varios de ellos con consecuencias personales y patrimoniales. Sin embargo, parece ser muy pronto para concluir que ésta será una tendencia sostenible y con buenos resultados.

La debilidad institucional de los sistemas de justicia en la mayoría de países donde campea la gran corrupción, exige pensar en nuevas opciones para enfrentarla eficazmente. Al tratarse de un fenómeno global, la comunidad internacional ha ido reaccionando, siempre a la saga del reto, mediante la creación de una infraestructura legal que permita lidiar con él. Instrumentos internacionales, nuevas tipificaciones y mecanismos de cooperación, incluidas las jurisdicciones supranacionales o universales, están siendo implementados. Además, a pesar de la dudosa voluntad política de los gobiernos, los Estados declaran su compromiso con la lucha anticorrupción, se reúnen para discutir el problema e, incluso, toman acuerdos donde plasman estrategias y planes. Ejemplo de esto es que en abril de 2018 se realizó la Cumbre de las Américas en Lima, evento auspiciado por la OEA que reúne a todos los países de la región, en el cual el único tema de agenda fue la corrupción, y para sorpresa de muchos, concluyó con la firma de un acuerdo que contiene 57 medidas a adoptar para prevenir y combatirla.

No obstante, todavía existe mucha corrupción e impunidad, y sus consecuencias para la ciudadanía, en particular para la que se encuentra en situación de pobreza, son terribles. Como hemos señalado, más allá de la discusión técnica sobre cómo medir el impacto de la gran corrupción en los derechos fundamentales, la relación causa-efecto que existe entre ambas es innegable y demostrable. Por ello, es indispensable explorar todas las vías posibles a fin de desarrollar los mecanismos más eficaces para eliminar o mitigar las consecuencias negativas de la gran corrupción en los derechos fundamentales.

Un primer y necesario paso es entender la gran corrupción desde una perspectiva de defensa de los derechos humanos. Las organizaciones vinculadas a la defensa y cautela de los derechos humanos y las instituciones abocadas a la lucha contra la corrupción están produciendo una nueva narrativa en la materia. Es el caso de la Resolución 1/17 de la CIDH, Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, expedida el 12 de setiembre del 2017, con relación a la amenaza de expulsión por parte del gobierno de Guatemala, del Comisionado Iván Velásquez, jefe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). Los fundamentos de la resolución señalan lo siguiente:



La lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos. (...) Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La Comisión observa con preocupación cómo el flagelo de la corrupción afecta a diferentes países de la región. En ese sentido, la Comisión reafirma la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuya efectividad depende de políticas y presupuesto públicos. (CIDH, 12 de setiembre de 2017, párrs. 1 y 2)

Con una narrativa clara, la Comisión señala de manera contundente la relación inversamente negativa entre corrupción e impunidad y la vigencia de los derechos humanos, estableciendo la obligación de los gobiernos democráticos de actuar con transparencia, honestidad y responsabilidad en el ejercicio de la gestión pública.

En su seguimiento a la situación de derechos humanos en el país, la Comisión observó las consecuencias de la corrupción, que afecta no sólo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario nacional, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, vida digna y justicia. De igual modo, señaló que la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva del Estado de Derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos que la Convención Americana reconoce a toda persona. Las consecuencias son particularmente graves para las personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en especial para quienes viven en situación de pobreza y pobreza extrema en el país. (CIDH, 12 de setiembre de 2017, párr.11).

La Comisión resalta la relación entre corrupción y gobernabilidad, así como su impacto en el erario público. Pone de relieve el vínculo entre Estado de Derecho, Derechos Humanos y Corrupción, y el efecto negativo de ésta en los sectores más vulnerables de la sociedad.

La Resolución 1/17 concluye reafirmando la “importancia que tiene la lucha contra la corrupción para combatir la impunidad mediante una justicia fortalecida, independiente e imparcial” (CIDH, 12 de setiembre de 2017). Además, la disposición afirma,

la importancia fundamental que tiene el pleno ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información pública, así como los derechos a la asociación y reunión pacífica, para la investigación y denuncia de la corrupción. (CIDH, 12 de setiembre de 2017).

Finalmente, luego de recordar a Guatemala y a los demás Estados de la región, la necesidad de “prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de corrupción que afecte el buen funcionamiento del sistema de administración de justicia y el Estado de Derecho” (CIDH, 12 de setiembre de 2017), la CIDH los insta a proteger a los defensores de derechos humanos. Según la resolución, ellos están en riesgo por investigar y difundir información sobre corrupción, cuyo combate debe ser priorizado para “garantizar los derechos de las personas, grupos y colectividades en situación de mayor vulnerabilidad, en especial de quienes viven en pobreza y pobreza extrema” (CIDH, 12 de setiembre de 2017).

En una resolución dictada meses después bajo el título “Corrupción y Derechos Humanos”, la CIDH afirma que “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta los derechos humanos en su integralidad – civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales –, así como al derecho al desarrollo” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018), motivo por el cual “el enfoque de derechos humanos se debe aplicar de manera transversal a todas las estrategias y entidades anticorrupción de la región” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018).

En dicha resolución, la CIDH reafirma la importancia de 4 elementos para asegurar una adecuada y eficaz lucha contra la corrupción: a) la independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; b) la transparencia, acceso a la información y libertad de expresión; c) efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; y, d) la cooperación internacional.

Resalta también la necesidad de “promover un ambiente con garantías para la libertad de denunciar actos de corrupción” y la importancia del periodismo de investigación, al que se debe proteger garantizando además la independencia de los medios de comunicación social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018, pág. 5). Según resuelve la CIDH,

La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018, pág. 6).

Para una mejor lucha contra la corrupción, se deben generar mecanismos jurídicos, legales y de política pública que permitan establecer claramente el impacto de las diferentes formas de corrupción en el efectivo disfrute de los DESCAs (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales). En ese sentido, recalca la importancia de contar con sistemas de supervisión, fiscalización y monitoreo de

programas sociales, proyectos de infraestructura, y de industrias y proyectos extractivos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018, pág. 6).

Finalmente, la resolución en comentario, destaca la importancia de la cooperación internacional para enfrentar con eficacia a la corrupción transnacional, sugiriendo la creación de unidades de investigación multilaterales, idea anteriormente recogida en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. También propone la adopción de medidas regionales para la reparación de las víctimas de la corrupción, entre ellas, la creación de un fondo de reparación (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2018, págs. 7 - 8).

Con meridiana claridad y contundencia, una institución clave para la defensa de los derechos humanos en las américas, expone la íntima relación entre la corrupción y la limitación que ésta impone al ejercicio y goce de los derechos humanos, en particular de los más vulnerables. A partir de este reconocimiento, corresponde identificar las acciones para combatir la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos.

Consistente con esta tendencia, el 6 diciembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aprobó el informe temático titulado “Corrupción y derechos humanos”, el mismo que constituye un hito en el enfoque de la corrupción desde la perspectiva de los derechos humanos.

Tal como lo señala en su introducción, el informe pretende “dar cuenta del impacto multidimensional de la corrupción sobre la democracia, el Estado de Derecho y, particularmente, para el goce y ejercicio de los derechos humanos en el continente” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Al referirse a las respuestas internacionales desplegadas por los Estados y los sistemas regionales y universal, en materia de lucha contra la corrupción y la protección de los derechos humanos, la CIDH advierte una tendencia a integrar en una agenda el enfrentamiento de dos fenómenos que históricamente han sido considerados separadamente. Concluye que la erradicación de la corrupción beneficia el goce de los derechos humanos, mientras que la protección efectiva de éstos, reduce las posibilidades de actos de corrupción.

En un extenso capítulo, aborda el impacto de la corrupción en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos en la región. Describe a la corrupción en sus diversas expresiones (menor, gran corrupción, captura del Estado), como un fenómeno vinculado al abuso de poder (lo que la emparenta con las violaciones a los DDHH), cuyos efectos no sólo son económicos sino también institucionales. La CIDH señala el carácter estructural de la corrupción en América Latina sustentada en elementos culturales de tolerancia frente a ella y en la concurrencia tanto de actores estatales como privados, resaltando su frecuente asociación con el crimen organizado.

Dada la magnitud de los efectos negativos que viene causando la corrupción, y en particular la gran corrupción en Latinoamérica, el informe recuerda la responsabilidad ineludible de los Estados, quienes están obligados por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos a respetar y garantizar la vigencia de

los derechos reconocidos, prevenir su violación, y cuando esto ocurra, investigar y sancionar a los responsables, reparando a las víctimas a través de procesos judiciales justos y garantistas. Para ello, señala el informe, se requiere que tanto el sistema de administración de justicia como el aparato electoral funcionen adecuadamente, pues un sistema judicial penetrado por la corrupción, impedirá el desarrollo de juicios justos basados en el debido proceso legal, mientras que la corrupción política impide la igualdad y afecta las garantías y vigencia de los derechos humanos.

Resalta la CIDH que es de especial preocupación la situación de grupos vulnerables y discriminados frente a la arremetida de la corrupción. No cabe duda que la corrupción afecta con mayor gravedad y prioritariamente a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema. También genera serias consecuencias a otros grupos vulnerables como las personas privadas de libertad, los pueblos indígenas, los migrantes y desplazados, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, personas LGBTI, los afrodescendientes, las personas con discapacidad y las personas mayores, todos los cuales sufren en mayor grado las consecuencias de prácticas corruptas, muy frecuentes en su realidad.

De otro lado, la comisión también expresa su inquietud por el riesgo que asumen aquellos que luchan contra la corrupción (activistas anticorrupción, defensores de derechos humanos, periodistas y ambientalistas, entre otros, que incluyen a los denunciantes y testigos de estos casos), quienes muchas veces son víctimas de amenazas y violencia, por lo que insta a implementar políticas de protección.

Probablemente el aporte más importante de este informe es lo que él mismo denomina “enfoque de derechos humanos en las políticas públicas de lucha contra la corrupción” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019) y que desarrolla resaltando que toda política anticorrupción tiene que centrarse en las víctimas a fin de desarrollar mecanismos de prevención, sanción y erradicación que sean eficaces y realistas, los que deben incluir medidas de reparación integral. Desde esa perspectiva, llama la atención sobre la importancia de que toda política anticorrupción, mirada desde los derechos humanos, tiene que apuntar al fortalecimiento de las instituciones. Ello demanda contar con diagnósticos adecuados sobre el impacto de la corrupción en la institucionalidad, y la implementación de medidas que disminuyan la discrecionalidad de los funcionarios públicos, fomenten la rendición de cuentas y que promuevan una cultura de la honestidad (buscando la erradicación de la tolerancia a la corrupción, desarrollando políticas educativas y el respeto a la legalidad).

Señala también que, dado que la corrupción es un fenómeno global, es indispensable contar con mecanismos de cooperación entre los Estados a fin de enfrentar los casos de corrupción transnacional que involucran varias jurisdicciones. Para ello se deben adoptar acciones conjuntas que hagan más eficaz la persecución penal y la recuperación de los activos desviados, los mismos que luego permitan reparar a las víctimas.

En el ámbito propositivo, la CIDH señala una serie de acciones para confrontar la corrupción desde su ámbito de trabajo: a) Mecanismos de monitoreo (relatorías

temáticas, requerimiento de informes a los Estados, seguimiento de casos, estrategias de visibilidad de casos de gran corrupción); b) Mecanismos de Medidas Cautelares; c) Sistema de Peticiones y Casos Individuales, y d) Mecanismos de cooperación técnica, al respecto señala expresamente que “las Relatorías especiales sobre libertad de expresión y DESCAs incluirán en sus programas de trabajo de manera transversal el combate a la corrupción destacando los casos más graves de violación a derechos humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

En términos estratégicos, coincidimos con Peters cuando afirma que una estrategia anticorrupción basada en los derechos humanos, debe centrarse en la

[i]ncorporación de los derechos humanos dentro de los esfuerzos anticorrupción [lo que] significará que el respeto de los derechos humanos sería una de las metas de la anticorrupción desde el principio... todos los procedimientos de derechos humanos deberían ser incorporados en aquellos relativos al combate con la corrupción (*corruption-mainstreamed*). (Peters, 2018, pág. 71)

Hoy, no cabe duda que los Estados deben asumir responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos. Esa responsabilidad comprende, no sólo los actos cometidos por funcionarios que representan al Estado o por omisión de cuidado por parte de éste, sino también por las violaciones derivadas de actos de terceros particulares. Al respecto, la CIDH, en su informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas, ha señalado lo siguiente:

Los órganos del Sistema Interamericano han reconocido reiteradamente que, en determinadas circunstancias, puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por particulares, lo que incluye claramente a las empresas privadas. Así, desde los primeros casos contenciosos resueltos, la Corte Interamericana y la Comisión han esbozado la aplicación de los efectos de los instrumentos interamericanos en relación con terceros. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 237)

Además, la CIDH, citando a la Corte IDH recuerda que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del

Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, como se citó en, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 237)

Es claro que, si la gran corrupción importa graves violaciones a los derechos fundamentales, el Estado debe asumir responsabilidad por sus consecuencias y el daño que genere. Esto ocurre ya sea porque la corrupción ha sido cometida por un funcionario que actuó premunido del poder conferido por el Estado, o porque éste omitió su obligación de respetar y proteger los derechos humanos violados debido a su inacción, incluso por terceros particulares. Por ello, en el informe citado, la CIDH, al abordar en sus conclusiones el tema de la rendición de cuentas, afirma que:

Las políticas públicas destinadas a erradicar la pobreza y la pobreza extrema en las Américas, deben ser sustentables y sometidas a mecanismos de evaluación y rendición de cuentas permanentes, en un escenario de amplia participación ciudadana y transparencia. Introducir procedimientos que hagan efectiva la rendición de cuentas de todas las autoridades con responsabilidad en esas políticas, a partir de mecanismos de control internos y externos, favoreciendo de esa manera la institucionalidad democrática y la transparencia. Combatir la corrupción y la impunidad con vigor. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

No es casual que la CIDH incluya la obligación de los Estados de erradicar la pobreza, y combatir la corrupción y la impunidad en un mismo párrafo. Si el Estado incumple con estas obligaciones, generará un impacto negativo en los derechos fundamentales de sus ciudadanos, por lo que debe asumir responsabilidad por ello.

## **7. La Corrupción en el Banquillo de los Derechos Humanos**

En ese sentido, identificado un caso de gran corrupción, hoy debe ser factible recurrir a los sistemas de derechos humanos para emplazar al Estado, y buscar una remediación del daño ocasionado, una sanción al Estado y, de ser necesario, medidas cautelares para el cese de determinadas prácticas corruptas o de impunidad.

Sostenemos que, para determinar la responsabilidad del Estado, bastaría con demostrar que un acto de gran corrupción es potencialmente dañoso para la vigencia y goce de los derechos fundamentales. Además, probar que los actores (sea un representante del Estado, terceros particulares o el Estado por omisión) pudieron representarse el daño que la práctica corrupta generaría y fueron indiferentes ante ese posible resultado.

De este modo, lo que sería materia de probanza no es la producción real del daño y el nexo causal entre éste y la acción corrupta, ni la intención directa de querer violar o afectar un derecho fundamental. Más bien, habría que demostrar la idoneidad del acto de gran corrupción para impactar negativamente en los



derechos fundamentales, y la capacidad de los actores y del Estado de prever la consecuencia generada por su acción u omisión. Ambos criterios deben ser capaces de sustentar un caso que pueda llevarse ante los organismos de los sistemas de derechos humanos.

En el sistema universal de derechos humanos, Naciones Unidas ha venido dando algunos pasos para incorporar la corrupción y sus negativas consecuencias en el goce de éstos, aunque parecen aún esfuerzos muy tímidos atendiendo a la actualidad y dimensión del problema.

La Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha presentado, a pedido del Consejo de Derechos Humanos, con fecha 20 de abril del presente año, un informe titulado Retos enfrentados y mejores prácticas aplicadas por los Estados para integrar los derechos humanos en sus estrategias y políticas nacionales para luchar contra la corrupción, incluyendo a aquellos actores no estatales como el sector privado. En dicho informe, se parte del hecho de que el impacto negativo de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos ya ha sido abordado por el Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos, se señala que es necesario profundizar en las investigaciones que documenten el efecto nocivo de la corrupción en esta materia.

Señala, sin embargo, que las estrategias anticorrupción deben ser incorporadas en iniciativas nacionales más amplias de desarrollo y crear sinergias con otras agencias, partiendo del hecho de que los Estados tienen el deber de proteger a la ciudadanía de los abusos cometidos en contra de los derechos humanos, incluso aquellos derivados de la corrupción, lo que implica adoptar medidas para prevenir, investigar, sancionar y remediar el daño causado por esos abusos.

Entre sus principales conclusiones, el informe señala que la corrupción es considerada por los mecanismos de DDHH de NNUU, como un obstáculo para la realización de los derechos fundamentales y como una causa potencial de su violación y abuso. Afirma también que la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos está desarrollando capacidades para apoyar a los Estados en sus esfuerzos por combatir la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos, y la ha incluido como un “tema de frontera” en su plan 2018 – 2021. En ese sentido, alienta a los mecanismos de derechos humanos y a las instituciones anticorrupción, a que incluyan el análisis de la relación entre corrupción y derechos humanos en sus respectivos trabajos.

Más importante aún, el Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos y el Reportero Especial en Tratos Inhumanos y Degradantes, han recomendado que el Consejo establezca un procedimiento temático especial sobre corrupción y derechos humanos para que esta problemática sea periódicamente evaluada en las revisiones periódicas universales y el procedimiento de quejas del Consejo. Finalmente, señala que el Secretario General de las Naciones Unidas ha establecido una fuerza de tarea global sobre corrupción para que desarrolle una posición común de NNUU en la materia, recordando que la Asamblea General de NNUU ha decidido tener una sesión especial sobre prevención de corrupción y cooperación internacional en la primera mitad del 2021.



En ese contexto de creciente interés del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas por integrar la corrupción en su agenda, algunas de las acciones que podrían realizarse para combatir la gran corrupción en clave de derechos humanos, podrían implicar solicitar al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas la evaluación de un determinado país en materia de gran corrupción, o que asuma una denuncia por violación de derechos humanos derivada de ésta, vía el procedimiento de queja.

Además de incluir el análisis del estado de la gran corrupción y su impacto en los derechos en sus revisiones periódicas universales de derechos humanos en los países y en sus reportes, este organismo también tendría que designar expertos para reportar y aconsejar en casos graves de violaciones de derechos ocasionadas por la gran corrupción. Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales, tendría que recibir y procesar denuncias de individuos o Estados que aleguen la violación de esos derechos como consecuencia de actos de gran corrupción.

La inclusión de la gran corrupción en la agenda de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, a fin de generar alertas e implementar correctivos indispensables para evitar violaciones de derechos derivadas de prácticas corruptas, es indispensable también para la lucha contra la impunidad en esos casos. En sus recientes informes sobre la situación de los DDHH en Venezuela, se ha incluido el tema de la corrupción, aunque en el de este año, la referencia ha sido mínima, lo que ha motivado el reclamo de organizaciones de la sociedad civil que afirman que el informe no refleja adecuadamente el gravísimo impacto negativo en los derechos fundamentales que produce la corrupción del régimen de Maduro.

Como hemos visto, en el nivel regional, los organismos interamericanos de derechos humanos vienen incluyendo la problemática de la gran corrupción en sus agendas, pero aún debe avanzarse hacia la afirmación de responsabilidades legales por esta razón. Tanto la CIDH como la Corte IDH pueden desarrollar esta labor en aquellos casos donde la gran corrupción es un factor evidente de violación a los derechos humanos, situación muy frecuente en América Latina. Ayudaría mucho en este proceso, realizar una audiencia temática en la CIDH sobre la problemática de la gran corrupción y los derechos fundamentales, o que se emita una opinión consultiva sobre la materia. Además, la gravedad del problema de la gran corrupción en la región justificaría la designación de un Relator Especial, como ocurre con el de la Libertad de Expresión y el del Medio Ambiente. Este podría dedicarse a tiempo completo a evaluar, alertar y actuar en los países miembros de la OEA para evitar o detener su impacto negativo en los derechos fundamentales.

Como sostiene Chayes, “[e]l peligro que las redes de cleptocracia transnacional plantean a los gobiernos y a los intereses de los gobernados, a la seguridad global, a la salud ambiental, es demasiado importante para aceptar el fracaso como una opción” (2017, pág. 114). La relevancia de la Gran Corrupción como amenaza a la seguridad del mundo y su viabilidad en términos ambientales es de tal magnitud, que la lucha contra ella no puede perderse.

## 8. ¿Hacia una Relatoría Especial Anticorrupción?

En nuestra opinión, el informe citado constituye un hito sin precedentes para el desarrollo de estrategias de lucha contra la corrupción enriquecidas por un enfoque complementario como es el de los derechos humanos. La experiencia de décadas acumulada por la comunidad de derechos humanos resultará un aporte invaluable para el diseño de nuevas estrategias anticorrupción (centralidad de las víctimas, formas de reparación, mecanismos de protección, cooperación interinstitucional e internacional, etc.), que incluso permitan procesar casos de gran corrupción ante los sistemas de derechos humanos regionales y universal.

Atendiendo a que la CIDH ha dado este importantísimo paso en la materia, creemos que, establecida ésta clara vinculación entre corrupción y derechos humanos, y dado que la corrupción en América Latina se ha convertido en uno de los principales problemas, con un nefasto impacto en la vigencia de los derechos fundamentales, particularmente de los más pobres y otros sectores vulnerables, ha llegado el momento de dar un paso más decidido.

Por ello, pensamos que, en lugar de limitarse a incorporar la agenda anticorrupción en las relatorías existentes de libertad de expresión y DESCAs, la CIDH debería proceder a la creación de una Relatoría Especial Anticorrupción. De esta forma, se evitaría el riesgo que el grave problema de la corrupción se diluya en las ya de por sí complejas agendas regionales de libertad de expresión y la vigencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Una relatoría anticorrupción permitiría realizar diagnósticos regionales, temáticos y por país, monitorear el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en la materia, realizar visitas in loco, preparar informes que contribuyan a la mejora de la situación en los países, auspiciar audiencias sobre casos o problemáticas emblemáticas, promover políticas públicas de prevención y cambio cultural, entre otras muchas acciones. La gravedad de la situación de la corrupción en América Latina; corroborada entre otros casos emblemáticos por el impacto del caso Lava Jato en 12 países de la región, lo reclama con urgencia.



## REFERENCIAS

- Bloom. (2014). Criminalizing Kleptocracy? The ICC as a viable tool in the fight against Grand Corruption. *American University International Law Review*(29).
- Chayes, S. (2017). *When Corruption is the Operating System: The case of Honduras*. Carnegie Endowment for International Peace,.
- CIDH. (12 de setiembre de 2017). *Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, Resolución 1/17*. OEA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2 de marzo de 2018). *Corrupción y Derechos Humanos, Resolución 1/18*. OEA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.164. OEA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Organización de los Estados Americanos.
- Garay, L. J., Salcedo, E., León, I., & Guerrero, B. (2008). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá.
- Graf Lamdsdorff, J., Taube, M., & Schramm, M. (2006). Corrupt contracting: exploring the analytical capacity of New Institutional Economics and New Economic Sociology. En J. Graf, M. Taube, & M. Schramm, *The new Institutional Economics of Corruption* (págs. 1 - 15). London and New York: Routledge.
- Hava, E. (2016). Gran Corrupción: Estrategias para evitar su Impunidad Internacional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 60 - 98.
- INEI. (12 de 06 de 2017). *La corrupción desplaza a la delincuencia como principal problema que afecta al país*. Obtenido de INEI: <https://www1.inei.gov.pe/prensa/noticias/la-corrupcion-desplaza-a-la-delincuencia-como-principal-problema-que-afecta-al-pais-9792/>
- La Rosa, R. (22 de abril de 2018). La corrupción, el principal problema del Perú. *El Comercio*.
- MINJUS. (2001). *Iniciativa Nacional Anticorrupción. Un Perú sin corrupción: diagnóstico de la corrupción y áreas vulnerables*. Lima: MINJUS.
- Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*.
- Naciones Unidas. (2010). *Guía técnica de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Objetivos de Desarrollo Sostenible. (25 de septiembre de 2015). *Naciones Unidas*.
- Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (20 de abril de 2019). *Retos enfrentados y mejores prácticas aplicadas por los Estados para integrar los derechos humanos en sus estrategias y políticas nacionales para luchar contra la corrupción, incluyendo a aquellos actores no estatales como el sector privado*. OEA.
- Peters, A. (2018). Corrupción y derechos humanos. En L. Tablante, & M. Morales, *Impacto de la corrupción en los Derechos Humanos* (págs. 23 - 82). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: IEP.
- Redacción La República. (29 de marzo de 2016). Corrupción le cuesta al Perú casi 14 mil millones de soles al año. *La República*.
- Redacción RPP. (22 de abril de 2018). Ipsos | El 57% de peruanos cree que la corrupción es el principal problema del país. *RPP*.
- Transparency International. (21 de septiembre de 2016). *What is grand corruption and how can we stop it?* Obtenido de Transparency International: <https://www.transparency.org/en/news/what-is-grand-corruption-and-how-can-we-stop-it>
- Ugaz Sánchez-Moreno, J. (20 de febrero de 2020). *Corrupción y derechos humanos en la agenda de la CIDH: ¿Hacia la creación de una Relatoría Anticorrupción?* Obtenido de Justicia en las Américas: <https://dplfblog.com/2020/02/20/corruptcion-y-derechos-humanos-en-la-agenda-de-la-cidh/>
- UN. Human Rights Council. (2013). *The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights*. Ginebra: UN.

# FUNDAMENTOS DEL DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN Y LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA DE DERECHO PENAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

*Roger Yon Ruesta<sup>1</sup>*

Este artículo se hace en memoria de Felipe Villavicencio, quien, en su calidad de maestro de Derecho Penal, siempre expresó su preocupación por la construcción de un Derecho penal peruano y que éste estuviera en consonancia con la realidad nacional. En las múltiples conferencias en las que participó y en sus recordados textos, reclamó de una manera alturada pero directa que las instituciones que se discuten o implementan en Europa, en especial España y Alemania, no sean ajenas al ámbito nacional, pero siempre exigiendo que estas sean útiles de cara a la justicia nacional. Mucho recuerdo que en sus conferencias de los años 80 y 90 convocaba al asombro del público oyente al señalar cómo había peruanos que aprendían el idioma español recién con su ingreso en las cárceles de Lima. Ello, como consecuencia de una migración masiva en un país evidentemente centralista.

## **1. Algunos Aspectos de la Escena Nacional**

### **1.1 Poco Aprecio por la Verdad o por Procurarse de una Razonable Información de un Sector Importante de la Ciudadanía**

Varios años atrás, un alumno, en uno de los pasadizos próximos a las aulas de la Facultad de Derecho de PUCP, me dio el encuentro y me preguntó si el ordenamiento jurídico penal peruano reprimía la discriminación; cuando le respondí que no, él abrió los ojos con expresión de asombro y se retiró presurosamente sin indagar el porqué de mi respuesta. Entendí que un alumno universitario y ex alumno de uno de mis cursos tenía pretensiones mucho más profundas y ambiciosas que la simple remisión al artículo 323 del Código Penal, pues para ello le hubiera bastado simplemente con abrir el Código Penal y encontrar el referido artículo. Lo que yo entendí, es que su pregunta se refería a un aspecto más trascendente; me permito explicarme aludiendo a algunos casos. En una reciente encuesta realizada a solicitud del Ministerio de Justicia, el 45% de encuestados opinó que “las personas se vuelven homosexuales por traumas en su infancia o malas experiencias” y un 19% sostuvo que “la homosexualidad es una enfermedad” (Pereyra, 2020); ello pese a que la OMS, hace varias décadas atrás ya, concluyó que no es el caso. En otro aspecto, un gran sector de la población, por toda explicación a la crisis política que llevó al cambio de gobierno y a que asumiera el poder el señor Vizcarra Cornejo, se refugió en información que circulaba en las

---

<sup>1</sup> Magíster en Investigación Jurídica, por la PUCP, abogado PUCP, socio fundador de Yon Ruesta, Sánchez Málaga & Bassino Abogados

redes sociales referida a que todo esto era producto de la “invasión venezolana” y de la ejecución de un plan, diseñado por los comunistas del foro de Sao Pablo, para que los peruanos viviéramos en crisis, con instituciones resquebrajadas, todo esto a fin de procurarse un eventual y desconocido rédito político.

Es decir, nos falta cultura por conocer lo que trasciende a lo aparente. También puede notarse cierta resignación por no informarse mejor para contar con una opinión fundamentada y, por lo menos, cercana a la realidad. Los actos de discriminación, en el Perú, a pesar de que están tipificados como delito, se dan con bastante frecuencia. Los ejemplos de cómo se percibe la homosexualidad y el trato a los migrantes dan cuenta de ello.

### **1.2 Un Poder Legislativo de Espaldas a la Realidad**

De otro lado, apreciamos como el nuevo Congreso, instalado para completar el periodo del anterior, a través de la sub comisión de acusaciones constitucionales ha reabierto la investigación contra cuatro miembros del Tribunal Constitucional por la decisión de judicializar las investigaciones de las muertes en El Frontón, a pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en tres ocasiones que se trata de actos propios de investigación que le corresponden al Tribunal Constitucional. Se afirmó en aquel momento que la mayoría del Tribunal Constitucional había votado porque la discusión respecto a si estos hechos configuraban un crimen de lesa humanidad debía ser resuelta en sede judicial. Se evidenció un claro entorpecimiento por parte del Congreso en la labor del Tribunal Constitucional sin descartarse la pretensión política de controlar y/o manejar la labor que realiza este tribunal.

También hemos presenciado con estupor cómo los legisladores se han mostrado renuentes a aceptar el filtro que prohíbe la postulación de personas sobre las que pesa una sentencia penal condenatoria en primera instancia. Así también, es de rechazo la reciente propuesta legislativa de reforma constitucional, como respuesta a la propuesta del ejecutivo para que se les retire prerrogativas a los congresistas, de que estas prerrogativas también sean retiradas al Presidente de la República, Ministros y Defensor del Pueblo. En cuanto a los magistrados del Tribunal Constitucional, se ha aprobado también sin discusión previa la propuesta en minoría (sin discutir la propuesta en mayoría) para restringir las prerrogativas y ámbito de actuación, generando con ello, un indebido e injustificado desequilibrio de poderes.

### **1.3 Operadores de Justicia: Unas de Cal y Otras de Arena**

En el plano judicial, un grupo de fiscales ha asumido la seria tarea de luchar contra la criminalidad organizada y, en general, actos de corrupción. Esta loable labor, pese a una gran oposición política y cuestionamientos de un sector al interior del propio Ministerio Público, dio a conocer que ex presidentes de la República, grandes empresarios y connotadas empresas, habían lucrado con el patrimonio del Estado, festinando contratos que habían sido arreglados con anterioridad. Por supuesto, esta labor de los operadores de justicia no ha sido ajena al error respec-



to del alcance de alguna de sus denuncias y es de esperarse que, la corrección de dichos errores, emerja del propio Ministerio Público. Esto legitimará, aún más, su labor de lucha contra la impunidad y búsqueda de la verdad.

Opuesta a lucha contra la impunidad es la existencia de la agrupación criminal, integrada por operadores de justicia, que vendía resoluciones judiciales al mejor postor; se afirma que estaría liderada por el ex vocal supremo Cesar Hinostroza e integrada por otros vocales, fiscales y miembros de la fiscalía y del poder judicial de las más altas esferas. La prensa la ha denominado “Los Cuellos Blancos del Puerto”.

#### **1.4 Defensas Técnicas encubiertas y Medios de Comunicación**

Otro aspecto que ha llamado nuestra atención es un sector de letrados muy afín al periodismo y a las entrevistas. Como señala Antonio Cuerda, esto responde a razones de publicitarse para, tras la fama, obtener nuevos casos o exponer una línea de defensa en determinado litigio (2001, pág. 200). Aunque afirman no defender o no conocer a las partes, pretenden que la ciudadanía, que conoce del caso por los medios de comunicación, presione en determinado sentido a los magistrados encargados del juzgamiento y de emitir la posterior resolución. Este accionar responde a la avidez de un sector del periodismo, no de informar a la ciudadanía para que ésta se forme una opinión, sino para alimentar el ya existente interés del público en casos judiciales, dando a conocer cierto aspecto del caso, pero en versión alarmista y violenta, coadyuvando todo ello al incremento de la inseguridad ciudadana. Basta con prender el televisor por las mañanas para que los noticieros nos inunden de casos de violaciones, muertes, secuestros, maltratos o violencia doméstica, etc. Esto es rating, esto es venta de publicidad, esto es puro negocio. Lo que aquí se afirma es que los estándares delincuenciales no se dan en la proporción en que cierto sector de los medios de comunicación informa. Mir Puig señala que los avances tecnológicos incluyen también los medios de comunicación clásicos; estos medios de comunicación, señala, amplifican la dimensión de las desgracias y de los delitos, y al informarlas respecto a su producción en el mundo producen en el destinatario la sensación de que ocurren mucho más que antes cuando la información estaba limitada al ámbito amical o familiar (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 10)..

Sería injusto, pese a lo dicho, no reconocer que otro sector del periodismo, en especial el de investigación, viene secundando la indagación de la verdad de lo acontecido con empresas públicas cuyos funcionarios, en los que aparecen un número significativo de políticos, transigieron a coimas y dádivas procedentes del sector empresarial privado con ocasión de la licitación o contratación de determinada obra pública.

#### **1.5 Producción Legislativa: Sobrecriminalización y Cualificación de los Tipos**

Frente a este panorama, la legislación penal se ha visto engrosada por nuevas formas de criminalidad debido a avances tecnológicos, científicos y en materia ambiental. Así, tenemos los delitos informáticos, ingeniería genética y nuevas for-

mulaciones típicas protectoras del ambiente. La industria nuclear y atómica es casi inexistente en el Perú, por lo que crear dispositivos penales para este sector sólo encontraría explicación en un Derecho penal simbólico.

También hemos presenciado cómo conductas que antes se encontraban reguladas en sede administrativa, hoy conforman un respetable sector de la parte especial del Código Penal<sup>2</sup>. A ello, hay que sumarle que un gran número de delitos ha visto incrementado su quantum de la pena como única medida de política criminal para hacer frente tanto a los viejos ilícitos (robo, secuestro, etc.), como a los nuevos en donde destacan el lavado de activos y la criminalidad organizada.

Hirsch señala que “para los órganos políticos la legislación penal es la vía más rápida y económica para demostrar que algo se hace por la población” (2004, pág. 33). Esto bien podría ser calificado por Carbonell como una “posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz ‘cara a la galería’” (2017, pág. 137). El legislador peruano ha abierto la posibilidad para que, en delitos cualificados por el resultado, se imponga la pena de cadena perpetua en diversos dispositivos de la parte especial (Implementada por el artículo 21 del decreto ley 25475 del 06 de mayo 1992). Esta pena indeterminada de la privación de la libertad, desde nuestro punto de vista, colisiona con el mandato constitucional establecido en el art. 139, numeral 22 respecto a que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993). Felipe Villavicencio levantó la voz para señalar el carácter inconstitucional de la modificatoria cuando, al año siguiente de haberse promulgado el código sustantivo, se modificó el art. 29 del Código Penal para instaurar la cadena perpetua (2001, pág. 159). Carbonell ha calificado a esta pena privativa de la libertad indeterminada como pena injusta contraria a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, responsabilidad por el hecho, orientación a la readaptación social de las penas privativas de libertad y opuesta al estado de derecho fundado en la libertad (2017, pág. 270).

Lo curioso es que, pese a que el legislador peruano recurre reiteradamente a su uso, los delitos cualificados por el resultado no se encuentran previstos en la parte general del Código Penal. Inicialmente se pensó que con la incorporación

---

2 García Aran destaca la Panpenalización, cuando se pretende extender “el derecho penal a comportamientos de mínimo reproche social o cuando resulta de mayor eficacia otro tipo de respuesta. Concluye señalando que la Constitución ha permitido dotar de un catálogo de derechos fundamentales y esto ha conllevado a la consolidación de una cultura jurídica, aunque en algunos casos, no ha sido entendido por la opinión pública. Agrega que aun cuando el principio de reeducación y reinserción social conlleva problemas de deslegitimación teórica, desde la constitución exige un discurso “humanizador de las penas” que contiene ideas de intimidación o de retribución”. Finaliza señalando que estamos presenciando la expansión del derecho penal con respecto del derecho administrativo y del derecho privado, y que es necesario levantar fronteras y límites de la intervención penal para que otorgue seguridad a los ciudadanos al momento de ser aplicado al ciudadano respecto a “cuando y bajo qué circunstancias le va a ser aplicado” (2001, págs. 292, 296 y 297).

de los concursos real e ideal (sancionando con la pena del delito más grave) y del delito continuado, la presencia de delitos cualificados por el resultado respondía tan solo a una desincronización en la redacción entre la parte general y la parte especial del código sustantivo. Esta “desincronización” fue aclarada drásticamente con el recurso frecuente del legislador a esta figura. Algunas modificaciones legislativas dan cuenta de ello: secuestro (art. 152, numerales 1 y 10, así como el numeral 3 de la parte final); circunstancias agravantes en la promoción de la explotación de menores (art. 181- A , numerales 1 y 2, parte final); robo (art. 189, párrafo in fine); extorsión (art. 200 literal c, parte final); comercialización y tenencia de armas y municiones (art. 279- A, párrafo in fine); tráfico migratorio (art. 303-B, numerales 1 y 2, parte final), formas agravadas en los delitos contra los recursos naturales (art. 310-C numeral 2, parte final).

No contento con la sobre cualificación de penas, el legislador ha modificado también las reglas de la determinación de la pena aplicables en caso de concursos, lo que permite la acumulación de penas (hasta el doble del delito más grave, con un máximo de 35 años en el caso de concurso real y aumentando hasta con un cuarto de pena por encima del máximo legal en el caso de concurso ideal) y abre la discusión a si es la culpabilidad el límite legítimo de la pena en su aspecto proporcional. Por si ello fuera poco, mediante la creación de los artículos 46B y 46C, el legislador ha reinstaurado la reincidencia y habitualidad como fórmulas para agravar las penas de los subsiguientes delitos que se cometan (Código Penal [CP], 1991), y mediante el artículo 50A, ante la pluralidad de faltas cometidas contra varias personas pero bajo un mismo precepto legal o uno de semejante naturaleza, quien las cometa será imputado como autor del delito homólogo a las faltas cometidas, imponiéndose pena privativa de la libertad (CP, 1991).

A este panorama se suma el hecho de que existen nuevos encargos para el Derecho penal en lo que se refiere a nuevos tipos necesarios pero que no contienen referencia a bienes jurídicos (Kuhlen, 2012, págs. 226 - 231). Así lo destaca Kuhlen en tres tipos de delitos. Los de aptitud, que tienen una estructura similar a los de peligro abstracto, pero, a diferencia de estos, se exige que el juzgador compruebe la peligrosidad de la conducta. Los de acumulación, en los que la conducta ni siquiera de modo abstracto es peligrosa pero en su continuidad o repetición puede alcanzarse un peligro; entendemos que por esta razón Silva Sánchez les atribuye una valoración negativa, porque atentaría contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas (Gómez, 2010, pág. 96). Por último, los delitos de preparación, en estos ni siquiera cuando se repiten en gran número lesiona un bien jurídico. A este respecto, y de cara al principio de fragmentariedad, es necesario revisar tipos penales que abiertamente no responden a protección de bien jurídico alguno, también llamados delitos de conducta cuyo objeto es proteger necesidades colectivas elementales o sentimientos. Dentro de estos podríamos consignar la perturbación del cortejo fúnebre, (CP, 1991, art. 318) o tabúes como el abandono del servicio a cargo del piloto o encargado de la conducción del transporte (CP, 1991, art. 284), así como la alteración del paisaje urbano o rural (CP, 1991, art. 313).

### 1.6 Lineamientos Para una Reforma Penal en un Estado Constitucional

Lo hasta aquí consignado lleva a preguntarse por la capacidad de respuesta del Derecho penal en un escenario tan caótico como el expuesto. Una respuesta relativa a mantener la confianza, pese a las condiciones de precariedad expuestas no pueden asentarse sólo en la ilusión de que las cosas cambiaran algún día: ¡Ese día nunca llegará! Se tiene que implementar una reforma penal partiendo de un profundo estudio sociológico para que la prueba empírica indique en qué situación estamos (Prittwitz, 2004, págs. 167 - 168). Si el postulado guía es un Estado Social y Democrático de Derecho, entonces debemos inocular al Derecho penal de un Derecho constitucional. A partir de dicho objetivo, se puede discutir si los bienes jurídicos son el objeto jurídico de protección del derecho penal o, tal vez, en su lugar, lo son los derechos fundamentales, que gozan de mayor legitimidad y coherencia. Carpio Briz menciona la necesidad de remodelar los tradicionales instrumentos que limitan el *ius puniendi*, haciendo expresa referencia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, proponiendo en su lugar la protección de los Derechos Humanos (2007, pág. 37). También sería la oportunidad para discutir si son de recibo las teorías preventivo-generales de tipo comunicativo, según lo expone Feijoo, asentada en las reales necesidades de estabilidades contra fácticas de la norma y diseñar cómo incide en la pena para detener los indeseables efectos desestabilizadores del delito (Feijoo, 2007, págs. 316 - 317).

El primer paso de aproximación, según lo veo, debe ser hacia la Constitución que, en palabras de Carbonell, “tiene como función primordial establecer los límites a la actuación de los poderes públicos, pero estos límites se establecen justamente desde la proclamación de la dignidad como “continente” de los derechos fundamentales, y estos configuran el sistema de valores” (2007, pág. 279).

Esta aproximación a la Constitución guarda sentido ab initio en la coherencia estructural entre los principios constitucionales esenciales del *ius puniendi* estatal y el modelo de Derecho penal de Estado constitucional. Según Demetrio, no se trata de la postergación de la víctima para favorecer al delincuente, sino de determinar razonablemente el conflicto existente entre la libertad del individuo y su limitación efectuada por el Estado. Ello con la finalidad de proteger a la generalidad. De esto se desprende que el derecho debe proteger un determinado sistema social teniendo al individuo como referencia y no en sentido inverso porque ello da pie a indeseables totalitarismos (Demetrio, 2007, págs. 59 - 61).

Nos parece coherente y lleno de legitimidad un sistema jurídico asentado en la defensa de los derechos fundamentales. Como lo anota Landa, estos tienen doble carácter constitucional, en tanto derecho subjetivo de la persona y como fundamento valorativo del orden constitucional. El carácter objetivo de los derechos fundamentales exige la actuación positiva del Estado de cara a la protección y desarrollo de la libertad. En esa línea, se circunscribe los límites al quehacer del legislador, comprometiendo su actuación en estos términos. Agrega que los derechos encuentran su núcleo y límites en la relación con otros derechos fundamentales (Landa, 2010, pág. 29). En los años noventa, ya advertía este profesor sobre la necesidad de profundizar en un Estado democrático y social de Derecho, lo que

significa que los Tribunales constitucionales tienen en los derechos fundamentales su origen, fundamento y límites. Esto genera un enfrentamiento directo con el poder gubernamental que, en caso no se cuente con un sistema de protección nacional e internacional para racionalizar el conflicto, impondrá el poder y no el Derecho.

Por su parte, Bernales señaló que la lucha contra la impunidad es tarea fundamental para un Estado de Derecho pues esta desconoce el principio de igualdad ante la ley ya que, al actuar contra el derecho, convierte a algunos en privilegiados, sugiriendo que la justicia no les va a alcanzar a pesar de las evidencias que los señalen como responsables; por lo tanto, la impunidad será un estímulo para nuevas violaciones de los derechos humanos (Bernales, 1998, pág. 161).

De esto se desprende que el Derecho constitucional debe impregnar al Derecho penal. En esa línea, apuntan los trabajos de Wolter, quien por ejemplo señala la existencia de causas jurídico-constitucionales de exclusión de la pena independiente del injusto y la culpabilidad (Wolter, 1997). Presenta el ejemplo de un agente provocador que determina una actuación ilícita en el delincuente, Wolter señala que el fundamento de exención de pena se encuentra en la inconstitucionalidad de la provocación estatal; es decir que la posibilidad y necesidad estatal de punición también se halla en necesidades político criminales y preventivas, y que son independientes del injusto y la culpabilidad (Wolter, 1997, págs. 108 - 109). Así lo hemos resaltado en un anterior trabajo (Yon, 2006).

En la línea de lo expuesto, también es de preguntarse si el Derecho penal puede encargarse de asumir tipos penales con nuevos riesgos, y si puede obtener una capacidad de respuesta efectiva frente a un gran porcentaje de los tipos que antes se encontraban en el ordenamiento administrativo y hoy se encuentren tipificados como ilícitos penales. La línea de respuesta a estas preguntas, a nuestro parecer, se encontraría en el tratamiento o la óptica desde donde se enfoque la tensión que existe entre seguridad y libertad. La profesora Corcoy<sup>3</sup> se ha opuesto a que otra

---

3 Son tres los ejes que fundamentan la posición de Corcoy. El primero referido a la asunción de conductas del derecho administrativo y mercantil en tanto el derecho penal es más eficaz cuando señala "no se acaba de comprender porque estas conductas pueden controlarse más eficazmente a través del derecho administrativo y mercantil, cuando en la aplicación de estas áreas jurídicas se utilizan conceptos eminentemente formales, mientras que el derecho penal actúa a través de conceptos y criterios materiales. Interpretación material que posibilita desenmascarar situaciones en las que las formalidades del derecho mercantil o administrativo se han utilizado para delinquir" (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 38). En segundo lugar, la mayor eficacia punitiva se encuentra en sede penal, así "cuando desde una perspectiva criminológica y político-criminal, es precisamente en estos casos que la única sanción que tiene eficacia preventiva es la privación de libertad o, en todo caso, que la sanción carente de eficacia preventiva es la multa, que es la que proponen" (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 39). En tercer lugar, una reformulación de los bienes jurídicos, cuando dice "proponemos aquí una tercera vía" sin que ello obedezca a una concepción del Derecho Penal puramente funcionalista, recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo bienes jurídico-penalmente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales" (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 40). La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la sociedad.

área del ordenamiento jurídico, que no sea la penal, se encargue de estos temas sintetizando que “no hay libertad sin seguridad” y que la libertad que se debe preservar es la de la víctima (2010). Se entiende que el desarrollo personal como expresión de autonomía requiere de seguridad; esto significa, que la esfera de individualidad no será invadida por otro. En cuanto a la libertad, o libre desarrollo de la personalidad, constituye “uno de los principios esenciales del bienestar del individuo” (Mir Puig & Corcoy, 2010), corresponde, como obligación, a que el Estado garantice la protección de la libertad. Es precisamente el Derecho penal el que tiene la tarea, como medio de control social, de proteger a la sociedad mediante la evitación de delitos; esto es, “la afectación o puesta en peligro de intereses relevantes para el propio individuo o las instituciones que permiten el libre desarrollo de la personalidad de este” (Mir Puig & Corcoy, 2010). En ese sentido, la libertad individual es el límite del *ius puniendi* y el sustento de la intervención penal. En razón de lo expuesto, parece aconsejable que en el Perú se adopte esta propuesta en el sentido de un Derecho penal más amplio, pero con todas las garantías constitucionales. Es de recibo, entonces, la postura relativa a que las conductas seleccionadas por el legislador deben responder a estos principios rectores de seguridad y libertad individual.

### **1.7 Descargo de la Imputación**

Otro de los puntos importantes en una eventual reforma penal versa, entre otros temas, con la temática del descargo de la imputación. Y es que en nuestro país la fase de incriminación se agudiza aún más con una supuesta obligación de corte empírico, a cargo de algunos operadores del Ministerio Público, asentada en la falsa creencia de que se tiene que iniciar una investigación para toda denuncia que se formule, sea que esta cuente con fundamento o no. Ello incrementa la carga procesal y destina un uso innecesario de personal de la fiscalía que debiera enfocarse en la investigación de casos razonablemente sustentados y que guarden relación con una mínima intervención del derecho penal. En ese sentido, la resolución de admisión a trámite de la denuncia se da con demasiada e innecesaria frecuencia.

Al legislador le ha merecido que las causas del descargo de la imputación se encuentren reguladas en el artículo 20 del Código Penal, junto con condiciones psicosomáticas que impiden al autor de un hecho antijurídico determinarse conforme a ella (1991, artículo 20.1), condición normativa de la mayoría de edad (20.2), ignorándose por qué ha consignado solo una de las tres causas de ausencia de acción (fuerza física irresistible) y las causas de exculpación, como el estado de necesidad exculpante (20.5) y miedo insuperable (20.7). También, ha mezclado otras causas que a nuestro entender son causas de atipicidad como el consentimiento (20.10) en su manifestación de “acuerdo”, cumplimiento de un deber y obrar por disposición de la ley (estos dos últimos en el 20.8). La ley 30151 del 13 de enero de 2014 consignó en el numeral 20.11 un acápite especial, a nuestro entender innecesario, para la exención de responsabilidad por el cumplimiento de un deber de los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional del



Perú. También señaló, sin explicación alguna, que todos estos dispositivos antes mencionados y las causas de justificación eximían de responsabilidad penal (Ley 30151, 13 de enero 2014). Es decir, que todas ellas tenían la misma consecuencia jurídica, con lo cual agudizó aún más la confusión.

Ya en lo que se refiera a estrictas causas de descargo de la imputación, ha mencionado cinco: la legítima defensa (20.3), el estado de necesidad justificante (20.4), el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (20.8), el ya mencionado consentimiento (20.10) y obediencia debida (20.9). A esta altura, es de mencionarse que diera la impresión de que para el legislador solo son de recibo estos números clausus de causas de justificación, cuando la doctrina enseña que las causas de justificación son abiertas a otros sectores del ordenamiento jurídico. Más aún cuando se habla de nuevos riesgos generados por los avances tecnológicos, biológicos, informáticos, entre otros, y de una sobre carga por la administrativización del Derecho penal (en los que se utiliza como elementos recurrentes la técnica de los delitos de peligro abstracto y las remisiones interpretativas o leyes penales en blanco).

Según Otto, hay que probarle al autor que su conducta fue antijurídica. Señala que

El concepto de antijuridicidad no se constituye por el hecho de que no se den causas de justificación... siendo que la ausencia de causas de justificación no es un presupuesto de la antijuridicidad, sino una consecuencia lógica de haber constatado positivamente la antijuridicidad. (2007, pág. 173)

Agrega, que, si elementos valorativos han sido colocados en el ámbito del juicio de antijuridicidad, entonces la conducta carecerá de configuración típica. Así, por ejemplo, “el consentimiento de la víctima en una imputación de violación que excluye la tipicidad, mientras que el consentimiento en operaciones estéticas solo excluye la antijuridicidad de las lesiones físicas” (Otto, 2007, pág. 174). Es decir, actúa como causa de justificación. Las causas de justificación deben distinguirse de las causas específicas de exclusión del injusto penal, toda vez que estas últimas no se oponen al reproche del injusto, pero si lo reducen tanto que el injusto restante ya no alcanza para fundamentar la punibilidad de la conducta. Siguiendo a Günther, Otto señala que deben considerarse como causas de exclusión del injusto la salvaguarda de intereses justos, el derecho de corrección, el consentimiento y el consentimiento presunto, entre otras. Según este autor, para la constatación de los presupuestos justificantes, opera el baremo desde una observación ex ante de un ciudadano racional medio y en la medida en que la norma permisiva igualmente a la norma de prohibición, sean consideradas exclusivamente como normas de conducta que solo afectan el desvalor de acción; si por el contrario, la norma de conducta también abarca la decisión valorativa y si a la consumación del delito se le reconoce un desvalor de resultado junto al de la acción, entonces los presupuestos de la causa de justificación tienen que darse objetivamente. Afirma que “el hecho de que el autor solo crea que están dados, no alcanza para justificar la acción” (Otto, 2007, pág. 175).



Por su parte, Jakobs define a las causas de justificación como “motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido” (1997, pág. 419). Señala que el comportamiento justificado en sí es anómalo, pero socialmente aceptado y soportable por el contexto. Enseña, este profesor, que el sustento de las causas de justificación puede estar en las teorías monistas que destacan el fin justo de su realización, o la ponderación de valores cuando se da un conflicto de estos, o el valor prevalente de un bien en la situación concreta, o la regulación socialmente conveniente de los intereses y contra intereses. En cambio, en las teorías pluralistas, posición que él comparte, existe una combinación entre el principio de ausencia de interés y el principio de interés preponderante o el principio del derecho preponderante como el de ausencia de injusto. Este autor agrupa en tres las causas de justificación: las primeras bajo el principio de la responsabilidad o principio de ocasionamiento, en las que la víctima de la intervención tiene que responder por la consecuencia de su comportamiento de organización. En este grupo se situarían la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo. El segundo grupo está referido al principio de definición de intereses de la propia víctima de la intervención. En este se encontrarían el consentimiento justificante y la autorización oficial justificante, estado de necesidad sobre bienes de la persona amenazada y el consentimiento presunto. En el tercer grupo se encuentran las causas de justificación que se fundamentan en el principio de solidaridad. Así, estarían incluidas en este grupo las causas de justificación del ejercicio legítimo de un cargo y el estado de necesidad agresivo. En cuanto a la unidad del ordenamiento jurídico, Jakobs utiliza como ejemplo el ejercicio de cargo que se encontraría en el derecho escrito o no escrito en la regulación del derecho privado y público, de tal forma que la aplicabilidad de todas las causas de justificación se daría por el concepto unitario de antijuridicidad. El autor advierte que hay

una unidad de ordenamiento jurídico en los principios de valoración o ha de elaborarse allí mediante interpretación, pero no en todas las ramas jurídicas se valora siempre el mismo contexto. Así pues, por lo que se refiere al objetivo de valoración, la unidad no puede afirmarse ni descartarse. (Jakobs, 1997, pág. 420)

Sin embargo, precisa que, si en otro ordenamiento diferente al penal se encuentra una causa de justificación que identifique exactamente el conflicto entre le objeto y el contexto que ha de decidirse en sede penal, esta justificación también tiene validez para esta área (Jakobs, 1997, págs. 420 - 427).

Por su lado, Roxin señala que en el injusto se reúnen las categorías de acción, tipicidad y antijuridicidad. Destaca que las causas de justificación en la mayoría de los casos excluyen la antijuridicidad en todo el ámbito del ordenamiento jurídico. Considera que el injusto solamente es graduable si se toma en cuenta su lado material; esto es, “la dañosidad social lesiva de bienes jurídicos” (Roxin, 1997, pág. 572), en tanto que la antijuridicidad formal consiste en la acción que constituye contravenir una prohibición o mandato legal. Señala que con la aplicación de una legítima defensa hay una afirmación del derecho frente al injusto y, por lo tanto, la reprobación de la agresión. Critica a las teorías monistas porque recurren

a una idea rectora omnicompreensiva, que se queda necesariamente en lo abstracto y sin contenido. Siempre desde un enfoque pluralista, este profesor consigna que la legítima defensa encuentra explicación en el principio de protección y el principio de prevailecimiento del derecho, el estado de necesidad en el principio de protección y el principio de proporcionalidad, y el estado de necesidad agresivo en el principio de ponderación de bienes con el principio de autonomía. Afirma contundentemente que los cambios sociales no permiten establecer un *numerus clausus* de los principios reguladores ni una sistematización cerrada de las causas de justificación. (Roxin, 1997, pp. 572-575)

En el esquema tripartito de la teoría del delito de Jescheck sostiene que después de haberse comprobado la tipicidad de la acción debe discutirse la antijuridicidad. Señala que el ordenamiento está conformado por prohibiciones, pero también por autorizaciones que bajo determinados presupuestos las levantan. Al respecto, explica que la concurrencia de una causa de justificación hace que la norma prohibitiva deje de ser eficaz “como deber jurídico en el caso concreto” (Jescheck & Weigend, 2002, pág. 348). En resumen, el juicio de antijuridicidad se asienta en dos elementos: el examen de la tipicidad de la acción y la comprobación de la intervención de una causa de justificación. Destaca que el ordenamiento solo conoce un concepto unitario de antijuridicidad, y en ese sentido, las causas de justificación se derivan del conjunto del ordenamiento jurídico, constreñido en el principio de unidad del ordenamiento jurídico (Jescheck & Weigend, 2002, págs. 349 - 351). Esto es, una causa de justificación del derecho público o del civil, también es aplicable de modo inmediato al Derecho penal. Así como las causas de justificación penales justifican el hecho de otros sectores jurídicos. Jescheck postula que el legislador debería haber pensado en una amplia regulación de las causas de justificación, ello, de cara a la seguridad e igualdad jurídica (2002, págs. 351 - 352).

Martínez-Buján, siguiendo la concepción significativa de la acción propuesta por Vives Antón, señala que los supuestos de ausencia de acción: fuerza física irresistible, estados de inconciencia y movimientos de reflejos, son vistos como es aspecto negativo del tipo de acción (2011). En el caso de que este tipo de acción no cuente con todos los requisitos o elementos que la norma penal exige para que sea penalmente relevante, nos encontraríamos ante un delito putativo. También distingue la diferencia entre las causas de exclusión del tipo de acción frente a las causas de tipo de justificación. Considera como ausencia de tipo de acción cuando falta algún elemento expreso o tácito del tipo; sitúa en estos casos al consentimiento y a la adecuación social (Martínez-Buján, 2011). A nuestro criterio también se encuentra dentro de estos casos de atipicidad el caso fortuito, que para Martínez-Buján, por su concepción de dolo-culpa, tiene un carácter subjetivo y que debiera ser ubicado en la pretensión de ilicitud. Como causas de exclusión del injusto penal, siguiendo, esta vez a Günther, Martínez-Buján otorga la siguiente explicación:

Es preciso diferenciar entre causas que se limitan a eliminar solamente el merecimiento y la necesidad de la prohibición penal y causas que excluyen por

completo el carácter jurídicamente prohibido del hecho: las primeras, que él denomina “causas de exclusión del injusto penal”, excluyen simplemente el injusto penal, o mejor dicho, el carácter penal del injusto, sin que ello comporte que el hecho aparezca permitido desde la perspectiva de todo el ordenamiento jurídico; las segundas serían las causas de justificación en sentido estricto, al estilo tradicional, que no solo excluirían el injusto penal, sino que conllevan el efecto de convertir el hecho en jurídicamente permitido (para el derecho penal y para los restantes sectores del ordenamiento). (Martínez-Buján, 2011, pág. 395)

Destaca este autor, convocando esta vez a Luzón Peña, que hay causas que no excluyen la antijuridicidad general, sino solo la antijuridicidad penal, entonces el hecho seguirá siendo un ilícito civil, constitucional, administrativo, procesal. Ello sucede por el carácter fragmentario y de ultima ratio del derecho penal, toda vez que existen comportamientos que afectarían intereses, pero no lo suficientemente graves como para alcanzar la consideración de jurídico-penalmente relevante. En ese sentido, este autor encuentra la diferencia entre causa de exclusión de la atipicidad penal y causas de justificación, en tanto la primera, al eximir de responsabilidad penal, deja subsistente una responsabilidad administrativa, civil, entre otras (Martínez-Buján, 2011). Por lo demás, tiene las mismas consecuencias que una causa de justificación: no caben medidas de seguridad, también la conducta del partícipe es impune, el error sobre los presupuestos objetivos de la eximente es un error sobre el tipo y frente a ella no cabe invocar una legítima defensa. Sin embargo, frente a una causa de exclusión de la tipicidad penal, dependiendo del caso concreto, cabría un estado de necesidad defensivo, en tanto que el peligro desplegado no llega a constituir una agresión ilegítima.

Entre las causas de exclusión de la tipicidad penal, podemos encontrar el principio de insignificancia o bagatela (mínimo de valor de acción, mínimo de valor de resultado), ciertos casos de consentimiento no plenamente válido desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, el otorgado libremente por un menor de edad o por un incapaz que comprende el significado de tal consentimiento) y la inexigibilidad penal general (situaciones en la que, si bien la conducta es jurídicamente ilícita de acuerdo al ordenamiento jurídico, no puede ser penalmente exigible a nadie tal comportamiento). Por ejemplo, en omisión de socorro, cuando el riesgo es de poca gravedad para los bienes jurídicos afectados (además los ejemplos de ordenes anulables o irregulares, pero no nulas en estos casos, aunque no se exija penalmente su cumplimiento, la desobediencia representaría una conducta administrativa). Para Martínez-Buján, siguiendo los lineamientos de Vives, en este último caso se manifiesta una causa de justificación asentada en el cumplimiento de un deber, ya que “el deber de obedecer a las leyes debe de permanecer sobre el deber de obedecer a la autoridad” (2011, pág. 397) o estado de necesidad, en tanto el mal representado por el cumplimiento de una orden ilegal será siempre mayor al que pudiera producir su incumplimiento.

Martínez-Buján encuentra que las leyes permisivas son “autorizaciones” que conceden un derecho o “permiso fuerte”, refiriéndose a las causas de justificación o un “permiso débil” en referencia a excusas o causas de exclusión de la

responsabilidad por el hecho (2011). Según esta concepción, *permisos fuertes* serán la legítima defensa, el estado de necesidad entre bienes desiguales y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o del cumplimiento de un deber, mientras que ejemplos de *permisos débiles* serán (tratados en la culpabilidad), el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales y el miedo insuperable.

No nos parece coherente la posición asumida por Martínez-Buján respecto a la incoherencia que existe entre el concepto de permiso y las consecuencias a las que arriba por la aplicación de las causas de justificación. Así, señala que el concepto de permisos alude a reglas

elusivas de la responsabilidad que se caracterizan por tratarse de eximentes que no suponen una negación de las premisas fácticas y normativas (relevancia y ofensa); esto es, no comportan una negación (ni una compensación ni una aminoración) de la antijuridicidad material, sino que eliminan simplemente la antijuridicidad formal. En síntesis, excluyen la ilicitud de una acción que es relevante y ofensiva. (Martínez-Buján, 2011, pág. 398)

Recurriendo a la idea del mal menor, y sin descartar criterios utilitaristas, señala que el ordenamiento jurídico, mediante permisos, concede una especial relevancia a ciertas situaciones en el marco de la libertad de acción. Entonces, estos permisos no afectan ni la tipicidad, en sentido estricto, ni la antijuridicidad material, solamente las causas de justificación se circunscribirían a la antijuridicidad formal, es decir, a una declaración, entendemos, de licitud.

A nuestro entender, una causa de justificación comporta que no surja la antijuridicidad, y es con la causa de justificación que se completa el mandato normativo en un marco de libertad de acción. Del modo descrito, encontramos mayor coherencia con las consecuencias prácticas de las causas de justificación, citadas por Martínez-Buján:

1) Quien realiza una conducta justificada, no comete un hecho ilícito, en virtud de lo cual dicha conducta nunca puede suponer una agresión ilegítima y, consecuentemente, ante ella no cabe una legítima defensa; 2) Quien induce o coopera en un hecho justificado no incurre en responsabilidad criminal alguna; 3) Un hecho justificado no conlleva, por regla general, responsabilidad civil. (2011, pág. 400)

No nos parece de recibo el concepto de antijuridicidad brindado por Martínez-Buján. Nos sigue pareciendo más convincente y coherente la argumentación brindada por Roxin en su Derecho Penal, Parte General: es indiferente hablar de causas de exclusión del injusto y causas de justificación. La aplicación de estas implica que esta conducta (justificada) es aceptada por el ordenamiento jurídico. Por tanto, no es necesario crear un “escalón previo”, como lo hace Günther con su “causas de exclusión del injusto penal”, porque el concepto de injusto enlaza las categorías de la acción, tipicidad y antijuridicidad, en tanto la antijuridicidad señala un comportamiento contrario a las prohibiciones y mandatos del derecho penal

(Roxin, 1997, págs. 557 - 558). En esta línea de pensamiento, en una concepción bipartita de la Teoría del delito (antijuridicidad y culpabilidad), encuentra mayor sentido que, por ejemplo, el error en el presupuesto fáctico de una causa de justificación merezca el tratamiento de error de tipo.

Entiendo que, en el Perú, si el dispositivo no está escrito, tiene un valor devuado o nulo. Por ello, considero que debiera establecerse una disposición general en una eventual reforma penal, para que cuando los casos sean de bagatela, por mínima peligrosidad o afectación de la acción o del resultado, por el principio de fragmentariedad y última ratio, deberían declararse atípicos ab initio. También merecería esta calificación, como lo enseñó Felipe Villavicencio, aquellas conductas que se realizan ajustadas al cumplimiento de un deber, la disposición de una ley y el consentimiento; en su versión de acuerdo, como expresión de autorresponsabilidad de la libre voluntad del sujeto cuando la configuración típica exija lo contrario: vis compulsiva o vis absoluta. Así, en las relaciones sexuales consentidas. La fundamentación de las dos primeras se asienta en que el ordenamiento jurídico no puede respaldar la actuación de aquél que obró en atención a este ordenamiento (ley, norma constitucional o deber emanado de las anteriores) y, al mismo tiempo reprocharle por la conducta desplegada. Distinto será el tratamiento cuando aquella ley fue hecha para camuflar, bajo el ropaje de legalidad, actos ilícitos. En cuanto al acuerdo, este revela una falta de interés (por parte del Derecho penal) en el hecho desplegado.

En cuanto a las causas de justificación, son de recibo las teorías pluralistas que conjugan una serie de fundamentos para fundamentar cada causa de justificación. No encontramos explicación satisfactoria, desde las teorías monistas, en cuanto a que un solo fundamento (justicia, interés preponderante, etc.) les dé sentido a todas, máxime si con los nuevos riesgos asumidos por la justicia penal, nuevas causas de justificación emergen de otras áreas del derecho (tal como, en su oportunidad, aconteció con el estado de necesidad, defensivo y agresivo que proceden del ordenamiento civil). De lo dicho, debe quedar claro que las causas de justificación, más allá de las cinco ya mencionadas, en una unidad del ordenamiento jurídico, tienen la condición de *numerus apertus*.

Una eventual reforma penal empieza, a nuestro entender, con estudios sociológicos empíricos, que nos señalen en qué parte de nuestra historia nos encontramos. La atenta participación ciudadana y la participación activa de las instituciones democráticas, atravesada por una profusa discusión que trascienda a las universidades, nos permitirán construir un sistema penal peruano en el que la criminología, la dogmática y la política criminal actúen dinámicamente en el marco de un Estado constitucional.

## REFERENCIAS

- Bernales, E. (1998). Los derechos humanos y su protección jurídica en la experiencia política y social de América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 5(5).
- Carbonell, J. C. (2007). Principio General de Libertad y Bienes Jurídicos-Penales sobre la “Prohibición de Prohibir”. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Carbonell, J. C. (2017). Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Carpio Briz, D. (2007). La reforma constitucional del Derecho penal. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993 ). [Constitución]. (Perú).
- Cuerda, A. (2001). Los medios de comunicación y el derecho penal. En L. Arroyo, & M. Adán Nieto, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Vol. I). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Demetrio, E. (2007). Algunas reflexiones sobre la conexión entre la función/ legitimación del derecho penal y teoría de la norma en el pensamiento metodológico de Santiago Mir Puig. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Feijoo, B. (2007). La Estabilización Normativa como Fin de la Pena: ¿Puro teatro? En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- García Arán, M. (2001). Constitución y derecho penal, 20 años después. En L. Arroyo, & M. Adán Nieto, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Gómez, V. (2010). Cultura del control, sociedad de riesgo y política criminal. En *Política criminal y reforma penal*. Montevideo: IB de F.
- Hirsch, H. (2004). Problemas Actuales de legislación penal propias de un Estado de Derecho. En J. L. Guzman, *El penalista liberal. Libro de homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H., & Weigend, W. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada: Comares.
- Kuhlen, L. (2012). Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En A. Hirsch, K. Seelman, & W. Wohlers, *Limites al Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Landa, C. (2010). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- Ley 30151. (13 de enero 2014). *Que modifica el inciso 11 del artículo 20 del código penal,*



- refereido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las fuerzas armadas y de la policía nacional del Perú.* 514204.
- Martínez-Buján, C. (2011). *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S., & Corcoy, M. (2010). *Constitución derecho penal y globalización en política criminal y reforma penal*. Barcelona: IB de F.
- Otto, H. (2007). *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Pereyra, G. (27 de junio de 2020). 'Día del Orgullo Gay': Población LGBT es la más discriminada del país, según encuesta de MINJUS. *El Comercio*. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/dia-del-orgullo-gay-el-71-considera-que-la-poblacion-lgbt-es-la-mas-discriminada-del-pais-segun-encuesta-de-ipsos-peru-ministerio-de-justicia-noticia/>
- Prittwitz, C. (2004). Sociedad de riesgo y Derecho penal. En J. L. Guzmán, *El penalista liberal. Libro de homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. . (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Villavicencio, F. (2001). *Código Penal Comentado*. Lima: Grijley.
- Wolter, J. (1997). Problemas políticos-criminales y jurídicos constitucionales de un sistema internacional de derecho penal. En J. M. Silva, *Política criminal y nuevo derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.
- Yon, R. (2006). *Interpretación constitucional de los delitos imprudentes con especial referencia al tráfico vial y al artículo 124° del Código Penal*. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.





El Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene el honor de presentar el libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio, destacado jurista que formó parte de esta casa de estudios. Los 27 textos que componen la presente publicación fueron escritos por colegas, discípulos/as y abogados/as que no solo fueron formados como penalistas con sus enseñanzas, sino también con su ejemplo como profesional.

ISBN: 978-612-48287-6-8



9 786 124 828768