

SEGUNDA PARTE

INTRODUCCIÓN AL
DERECHO PENAL

§ 7 LA LEY PENAL

I Derecho penal, política y moral*

Sumario: 1. Introducción. 2. Código Penal de 1991. 3. Código del niño y del adolescente. 4. Corrección del proceso de legislar. 5. Código Procesal Penal. 6. Facultades de los procuradores de la República. 7. Colaboración internacional en materia penal. 8. Respeto de diferencias culturales y del derecho consuetudinario. 9. A manera de conclusión.

1. Introducción

La corrupción durante el periodo fujimorista alcanzó un grado de amplitud y de intensidad sin precedentes. No se trató solo del deterioro moral en el ma-

* Publicado en *Homenaje a Jorge Avendaño*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, vol. I, pp. 399 y ss. En el primer párrafo de la versión original, el autor señalaba: “La primera dificultad que se presenta cuando hay que escribir un contribución en homenaje de un distinguido colega es la de encontrar el tema que corresponda a la personalidad del homenajeado. La de Jorge Avendaño se ha manifestado tanto en la docencia universitaria como en la vida política. La primera se extiende durante décadas, la segunda concierne las últimas décadas, en las cuales el país ha experimentado una grave crisis general. Teniendo en cuenta todo esto, me ha parecido conveniente dedicarle estas páginas, en las que trataré de presentar, de manera sucinta y simple, algunos temas penales con la finalidad de poner de manifiesto sus aspectos políticos, jurídicos y morales. Espero que el resultado contribuya a rendir el merecido homenaje a Jorge Avendaño, amigo y colega”.

nejo del aparato estatal, sino que afectó a todo el sistema social en sus diferentes niveles. Su influencia marcó el funcionamiento de diversas empresas dedicadas al comercio, la industria, la comunicación y los servicios, así como el comportamiento individual de gran número de personas. La obtención de beneficios económicos y personales ha constituido el móvil egoísta que ha impulsado el comportamiento de muchos actores sociales en contra de reglas morales y de civilidad elementales. Hecho que fue reforzado por la actitud pasiva o impotente generalizada, llegándose muchas veces a considerar al comportamiento corrupto como el mejor para trepar en la escala social o, al menos, para sobrevivir. Situación que persiste y se desarrolla sin que se inicie una reacción concreta y efectiva.

Si bien esta crisis está condicionada por la inestabilidad política y económica, la pobreza y la injusticia endémicas no pueden ser consideradas como condicionantes absolutas de los comportamientos económicos, políticos, laborales. Así como tampoco la riqueza no comporta un indicio de integridad moral y política. Dicho de otra manera y más directamente, no toda persona que carece de los medios financieros suficientes para realizar sus proyectos de vida comete robos, estafas o actos de corrupción, ni tampoco quien los tiene deja de cometerlos. Existen pautas éticas de comportamiento que deberían constituir barreras eficaces contra la comisión de comportamientos perjudiciales a los intereses de la comunidad y de terceros. En esta perspectiva, la conocida y siempre citada interrogante ¿en qué momento se jodió el Perú?, no solo se refiere al aspecto material sino, quizás sobre todo, al aspecto moral. Momento en que no se llegó a alcanzar o en el que se perdió la fuerza espiritual individual y colectiva necesaria para avanzar o superar crisis.

Frente a los actos de corrupción, abuso de poder y violación de los derechos humanos cometidos por los responsables del régimen y de sus comparsas se plantea la cuestión de la responsabilidad por lo sucedido. Sin duda alguna, en un nivel primario, los autores y partícipes de comportamientos tipificados como delitos en la ley penal responden penalmente en su condición de delincuentes. Sin embargo, no basta con quedarse en este nivel de responsabilidad. También hay una responsabilidad política no solo de quienes detentaban el poder sino así mismo de todos aquellos que de una u otra manera lo ejercían, directa o indirectamente. El cierre del Parlamento, la toma del aparato judicial con la participación de magistrados serviles, el sometimiento del órgano garante de la corrección de los procesos electorales, el control de la mayor parte de los medios de comunicación, entre otras medidas antidemocráticas, no solo fueron posibles por el ejercicio abusivo del poder ejecutivo sino también estuvieron condicionados, por un lado, por la incapacidad e ineficacia de los miembros de la oposición para contrarrestar dichos abusos de poder y, por otro lado, por el apoyo popular

que recibieron, durante un buen tiempo, las medidas dictatoriales, comprendidas aquellas que violaban los derechos humanos. Apoyo que puede ser explicado por los resultados que se lograron tanto en la lucha contra el terrorismo, como en la disminución de la hiperinflación, pero que no puede ser justificado moralmente en la medida en que se aceptaba con entusiasmo, al mismo tiempo, el ejercicio abusivo del poder. Por último, hay una responsabilidad moral por los perjuicios causados, directa e inmediatamente, a los derechos de terceros, así como por aquellos que comprometen los intereses de las generaciones futuras. Respecto a estos últimos, pensamos en particular a la organización de un Estado de derecho eficaz para administrar correctamente el patrimonio humano, cultural y económico del pueblo peruano.

Estos aspectos referentes a la ética y responsabilidad de los miembros de la comunidad pueden ser evidenciados en relación con la manera como se abordan los problemas concernientes al sistema de control penal. Muchos ejemplos pueden darse, sin embargo nos limitaremos a presentar brevemente algunos que nos parecen interesantes.

2. Código Penal de 1991

La elaboración de una ley tan importante como un Código Penal, como toda persona lo sabe, supone la determinación de los valores que, conforme a la Constitución y a los Convenios internacionales, deben ser reforzados para que la vida comunitaria se desarrolle debidamente y, así mismo, una voluntad política para aplicarlo debida y eficazmente. El primer aspecto aparentemente se dio cuando el Poder Ejecutivo presidido por Fujimori, en virtud de una delegación de facultades legislativa de parte del Parlamento, dictó el Código Penal de 1921, en el que se previeron los principios básicos de un derecho penal liberal, por ejemplo, los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad, etc. Pero, el segundo no existió, como ha quedado demostrado tanto por las contradicciones contenidas en el mismo Código y por las modificaciones que se le practicaron sucesivamente con el fin de acentuar su carácter represivo, como por la manera en que se promovió su aplicación por un sistema judicial al que se sometió mediante la corrupción. La dación del Código aparece, desde esta perspectiva, como un acto destinado a dar del régimen la imagen de un régimen interesado en proteger a las personas, respetuoso de los derechos fundamentales, preocupado por fortalecer las instituciones democráticas, cuando en realidad el proyecto político era el de establecer un régimen de fuerza apoyado por las Fuerzas Armadas y por el Sistema de Inteligencia del Estado, lo que quedó evidenciado con el golpe de Estado que contra sí mismo llevó a cabo al año siguiente. Un antece-

dente de esta actitud política fue el abandono de las promesas políticas hechas para ganar las elecciones presidenciales y la adopción del programa económico del candidato vencido. Todo esto es una manifiesta falta de ética política que ha inspirado también la adopción del Código Penal de 1991. En este contexto qué pensar de quienes colaboraron en la elaboración del texto definitivo de dicho Código. Suponemos que lo hicieron con buena fe en la medida en que este Código, inicialmente, no se caracterizaba por su carácter autoritario. Pero, también es de preguntarse si, a veces, a pesar de la experiencia política con que se cuenta o por nuestros vínculos con el régimen no participamos conscientemente en la mascarada con el afán de “inmortalizar” nuestras concepciones en un “monumento legislativo”. A este nivel, cabe justamente preguntarse si cumplimos con nuestra ética profesional marcada sobre todo por nuestra manifestación de fe en favor del Estado de derecho.

3. Código del niño y del adolescente

Si se tienen en cuenta los criterios establecidos en el Código Penal, sorprenden enormemente la manera cómo han sido ignorados en la elaboración del denominado Código del niño y del adolescente. Por ejemplo, cómo conciliar las nociones de persona y vida admitidas en la ley penal común con el artículo primero del Título Preliminar de este último Código, primer párrafo, en el que se dice: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”. Y agrega, luego, en el segundo párrafo: “El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece” y, en el artículo 1, que “el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”. De modo que si el embrión o el feto es un niño, como no derogar consecuentemente las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues el niño es una persona y, por tanto, víctima de este delito previsto en el artículo 106 del Código Penal. Si no se ha procedido de esta manera es debido a que se trata de un acto ambiguo, demagógico inspirado o dirigido a satisfacer a quienes estiman que todo aborto constituye un asesinato y hasta un acto que, junto a los demás abortos que se realicen, implica un genocidio.

También resulta sorprendente que se conciba al niño, comprendiendo al embrión y al feto, como autor de infracciones a la ley penal (artículo IV) y como sujeto, conjuntamente a los adolescentes, de medidas socio-educativas. Las mismas que son reguladas como si fueran, sobre todo, destinadas a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad. Sin embargo, su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada; por ejemplo, designar

una de las sanciones con la expresión “libertad restringida” es solo un eufemismo por que corresponde a una “privación de libertad restringida”. En consecuencia, se trata de una pena a igual título que las penas privativas de libertad del Código Penal. Este es el caso así mismo, pero de manera más evidente, de la internación en establecimiento para tratamiento. Esta medida, según las circunstancias, puede durar hasta seis años (artículo 195) y ha sido prevista para diversos casos: el denominado “pandillaje pernicioso” (artículo 193 a 199); la comisión de “un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años” (artículo 237, literal a), la “reiteración en la perpetración de otras infracciones graves” (artículo 237, literal b) y el “incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta” (artículo 237, literal c).

Los dos últimos casos constituyen violaciones flagrantes de los principios del derecho penal liberal y su carácter represivo supera al del derecho penal de adultos. En este, no solo no se admite la reiterancia sino que se excluye la reincidencia como circunstancia agravante. Tampoco, se considera como delito el no sometimiento a la ejecución de una pena o medida de seguridad, como lo hace el Código comentado violando el principio de la legalidad.

Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado “pandillaje pernicioso” (artículo 193 a 199). La definición de este “pandillaje” contradice el principio de la legalidad. En el artículo 193, se estatuye que “se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas”. La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aun ocasionalmente, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de internación no mayor de tres años y, en el caso agravado del artículo 195, de hasta seis años. Según el artículo 235, “la internación es una medida privativa de libertad”; por tanto, no difiere de una pena privativa de libertad por más que se le llame medida socio-curativa.

La trapacería legislativa es doble. Por un lado, ocultar la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades sub-

versivas y desvirtuar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N.º 26447, que dejó sin efecto la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el artículo 20, inciso 2, del Código Penal. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

4. Corrección del proceso de legislar

El ejercicio del Poder Legislativo está enmarcado por diversas normas que van desde las previstas en la Constitución hasta los reglamentos concernientes a las labores parlamentarias. Se trata de garantizar, entre otros aspectos, la expresión correcta de la voluntad popular mediante los representantes elegidos por los electores. El hecho que la Constitución autorice la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Legislativo no significa que el Parlamento abandone totalmente sus facultades y, en particular, las referentes a la delegación misma y al control que debe ejercer sobre la manera cómo el Poder Ejecutivo cumple con el poder que se le ha delegado. De modo que el proceso de elaboración y dación de las leyes debe conservar la transparencia debida para que también los ciudadanos puedan controlar que se cumpla con las reglas democráticas.

Todo esto resulta ilusorio cuando, por ejemplo, las comisiones encargadas de elaborar un anteproyecto o un proyecto de ley no consignan sus debates y los resultados alcanzados en procesos verbales o cuando se produce la intervención, a último momento, de alguien que no tiene competencia alguna para hacerlo y que se materializa en la modificación de la última versión que solo faltaba ser aprobada y promulgada como ley. Por ejemplo, en un punto tan delicado como la represión del aborto, el proyecto establecido por la comisión revisora constituida por parlamentarios, representantes del Poder Ejecutivo y de los Colegios de Abogados, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de julio de 1990, preveía la no represión del aborto, practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, por razones terapéuticas, cuando el embarazo es el producto de una violación sexual fuera de matrimonio y en el caso en que el ser en formación adolece de graves taras físicas y psíquicas (artículo 120). El 20 de enero de 1991, se publicó en el mismo diario, sin indicar quienes eran los autores, un nuevo proyecto en el que se mantenía la impunidad solo del aborto terapéutico (artículo 119) y se establecía la represión en los dos otros casos mencionados en el artículo 120 del proyecto de 1990 con la pena privativa de libertad no mayor de un año. Sin embargo, en el texto definitivo del Código de 1991, artículo 120, este máximo es disminuido a tres meses.

Sin juzgar el fondo del problema, hay que destacar el proceder anómalo en la elaboración del texto legal que queda definitivamente establecido por la “intervención providencial” de un “legislador sin rostro”. Hecho que recuerda la manera indebida cómo un jugador de fútbol da la victoria a su equipo metiendo un gol con la mano de modo tal que el referí no se da cuenta y que, luego, justifica su “viveza” diciendo que todo fue obra de la “mano divina”. Esta misma falta de corrección ética se da en las modificaciones de último minuto del texto establecido por la Comisión revisora del Código Penal. Lo mismo se puede decir de las modificaciones que fueron, realizadas inmediatamente después de publicado el Código de 1991, mediante la simple publicación de una larga lista de fe de erratas. Así, el ejercicio del poder de legislar es desnaturalizado en la medida en que es ejercido por personas que no han sido elegidas por los ciudadanos. La falta de respeto a este criterio básico del Estado de Derecho no es debido a una incompleta formación dogmática jurídica o una defectuosa técnica legislativa, sino más bien una manifestación clara de falta de ética en el ejercicio del poder público. Sin embargo, proceder de esta manera no solo es percibido como eficaz, sino como adecuado al sistema corrupto institucionalizado.

5. Código Procesal Penal

La falta de voluntad política para proceder a una renovación democrática y liberal del sistema de control penal quedó demostrada en la reforma de la legislación procesal penal. Como en el ámbito penal, después de un largo proceso de elaboración, se adoptó un nuevo Código Procesal Penal, inspirado fundamentalmente en el principio del proceso debido y en el sistema contradictorio. De esta manera se manifestaba la voluntad de respetar mejor los derechos tanto del imputado como de la víctima. Sin embargo, este Código no ha sido hasta ahora puesto en vigencia, salvo algunas de sus disposiciones referentes a la privación preventiva de la libertad del sometido a proceso. El pretexto invocado fue la falta de medios materiales y procesales de parte del Ministerio Público, a quien se encargaba la realización de la investigación necesaria para sostener o no la acusación durante el juicio oral ante el juez competente y, en igualdad de condiciones, con la defensa y la parte civil.

El factor decisivo, en nuestra opinión, de este bloqueo fue el hecho que se considerase a la nueva ley procesal como medio poco conveniente y eficaz para reprimir especialmente a los sospechosos de haber cometido actos de terrorismo. Optándose más bien por dictar leyes previendo juicios expeditivos a cargo de jueces sin rostro o por someter a los procesados a la administración de justicia militar. Si a esto agregamos la abdicación de la Corte Suprema, en casos de

conflictos de competencia, en favor del fuero privativo, tenemos los elementos esenciales del sistema procesal contrario al Estado de Derecho que se instauró con la finalidad de combatir el terrorismo aun violando los principios esenciales del proceso debido. Aquí, también la manera de proceder adolece de una falta de ética en la medida en que de manera simbólica y demagógica se adopta un Código liberal y se le reemplaza subrepticamente por un sistema autoritario. Constituye, en realidad, una manipulación política de la ley procesal penal que sacrifica el debido proceso en aras de una represión expeditiva.

6. Facultades de los procuradores de la República

La creencia muy extendida de que el Derecho es un instrumento útil para resolver los problemas sociales inspira y refuerza el afán constante de modificar la legislación. El mismo efecto tiene la mentalidad legalista imperante que considera, por un lado, que en la ley se encuentran las respuestas a todos los problemas y, por otro lado, que, si estas no se deducen fácilmente del texto legal debe dictarse una nueva ley para aclarar o completar su sentido. Sin embargo, esta voracidad reformadora no siempre se manifiesta a pesar de que la ley es deficiente y de que, por sus orígenes, sus fines no parecen tan claros. Por ejemplo, el Decreto Ley N.º 17537 del 25 de marzo de 1969 fue dictado por el Gobierno de Velasco Alvarado para modificar la legislación referente a las Procuradurías Generales de la República. Esta modificación fue justificada afirmándose que esa legislación “era antigua, dispersa y deficiente, resultando en consecuencia inadecuada para el momento actual”, es decir, para concretizar los objetivos revolucionarios que el régimen se había propuesto alcanzar. Así mismo, se afirmaba que era “necesario propender al mejoramiento de la defensa del Estado dotándole de los medios adecuados para ello”.

Teniendo en cuenta que los diversos gobiernos, constitucionales o de facto, que desde entonces se han sucedido no han revisado ni derogado ese Decreto Ley, hay que suponer que este fue correctamente concebido y que sigue siendo la base legal adecuada para que actúen los procuradores de la República. Con arreglo a este Decreto Ley, intitulado “De la representación y defensa del Estado en Juicio”, “la defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercen judicialmente por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios” (artículo. 1). Estos funcionarios tienen “la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil” (artículo 10). Se trata, fundamentalmente, de abogados del Estado y, por consiguiente, sin facultades para asumir algunas de las atribuciones propias de los jueces o de los fiscales.

A diferencia de los abogados de las personas privadas, los procuradores, en materia penal, “actuarán como denunciantes o constituyéndose en parte civil, según sea el caso, sin que las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de la instrucción, puedan restringir su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado” (artículo 14). Así, por ejemplo, podrán pronunciarse sobre las pruebas de cargo contra el procesado o sobre la pena que debe serle impuesta. El ejercicio de sus facultades, tanto normales como excepcionales, debe tener lugar en el marco del proceso judicial. Este sentido es evidenciado cuando, al final del citado artículo 14, se dispone que para llevar a cabo su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado, los Procuradores “podrán informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas”. A contrario, ellos no son competentes para practicar estas diligencias de manera autónoma.

Sin embargo, cabe preguntarse si para denunciar delitos cometidos en agravio del Estado pueden realizar, por ejemplo, indagaciones consistentes en interrogar personas sospechosas de haberlos cometido o de haber ayudado a sus autores, obtener piezas a convicción para fundamentar la denuncia. La respuesta puede ser positiva a condición de que estas actividades no signifiquen el ejercicio de un poder de persecución que solo compete a jueces instructores o fiscales, así como a las comisiones investigadoras parlamentarias. En este nivel, en consecuencia, no tienen mayores derechos o facultades que las de cualquier abogado defensor, el mismo que, según el caso, también está interesado en presentar pruebas de descargo o referentes a los perjuicios sufridos por la víctima.

Si estas reflexiones son correctas, se plantea entonces la cuestión de por qué el Decreto Ley N.º 17557 no ha sido modificado, completado o, al menos, armonizado con la Constitución de 1979 o con la de 1993. Las normas dictadas en relación con dicho decreto ley no han modificado substancialmente el papel atribuido a los procuradores. Así sucede, por ejemplo, con el Decreto Ley N.º 18411, el Decreto Supremo N.º 019-82.JUS, las leyes N.ºs 26718, 27378 (artículos 9 y 14), 27379. El Proyecto de Ley N.º 2236 de noviembre de 1996, aún en trámite en el Parlamento, tampoco aporta modificaciones esenciales a la función de los procuradores. Por el contrario, en consideración a la época en que fue propuesto, implicaba un cambio significativo el planteamiento, hecho en 1976, de unificar la Procuraduría con el Ministerio Público, por entonces integrado en el Poder Judicial. Los argumentos avanzados eran que ambas instituciones defienden un solo interés, es decir, el del Estado y de la sociedad; que se duplicaban inútilmente esfuerzos, personal y gastos; que el Ministerio Público debía ser independizado del Poder Judicial. Esta propuesta no

tuvo mayor eco, pero es de interés tener en cuenta la manera cómo se concebían las funciones de los procuradores.

Una de las razones para no derogar o modificar substancialmente el Decreto Ley N.º 17537 puede ser el interés práctico de todo régimen de contar con los medios necesarios para defender lo que ellos consideran como intereses del Estado y que, muchas veces, se trata, en buena cuenta, de la defensa de sus propios intereses políticos; por ejemplo, la persecución de los miembros de la oposición. Esto fue lo que se reprochó al régimen militar de Velasco y, en particular, a quienes ejercieron el cargo de procuradores. En todo caso, esta pasividad legislativa, incoherente con el dinamismo inútil de algunos parlamentarios en el ámbito penal, muestra una insensibilidad ética en la manera en que se mantienen normas autoritarias por razones de Estado. El hecho de que estas sean alegadas por un régimen parlamentario para reprimir a los corruptos funcionarios del régimen autoritario precedente no explica ni justifica la falta de voluntad política para derogar o reformar substancialmente un instrumento legal no plenamente conforme con el Estado de derecho. Sobre todo, cuando se invoca la finalidad de moralizar el ejercicio del poder estatal. Esto resulta aún más evidente cuando se constata que desde 1995 se han planteado alrededor de mil quinientas iniciativas de modificación del Código Penal, el mismo que se quiere ahora reformar substancialmente.

7. Colaboración internacional en materia penal

La necesidad de reprimir a los responsables de los numerosos delitos cometidos durante el régimen fujimorista ha puesto en evidencia el desconocimiento tanto de las normas que rigen la ayuda internacional en materia penal como de su real funcionamiento. Deficiencia de graves consecuencias para los intereses nacionales, así como para la administración de justicia en particular; y respecto a la cual las instituciones encargadas de la formación de juristas y de jueces tienen una gran responsabilidad. Tratar los diversos aspectos de este problema sobrepasa los límites de este trabajo. A título de ejemplo, vamos a plantear algunas cuestiones relativas a la recuperación de capitales depositados en cuentas bancarias en el extranjero por los autores de tales delitos.

En Zúrich (Suiza) un procurador, sospechando el origen ilícito de diversas sumas de dinero e, igualmente, que el verdadero propietario era Vladimiro Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que el dinero depositado en Bancos suizos sea transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas.

Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó la colaboración de las

autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas.

A Suiza interesaba, primero, reunir los elementos suficientes para afirmar que, en su territorio, se ha blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de parte de las autoridades peruanas; tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en los bancos suizos para determinar si procede o no ordenar el decomiso o la confiscación del mismo.

Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Problema que depende de si las autoridades suizas son competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar y/o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

Según el artículo 59 del Código penal suizo, tratándose de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando constituyen el resultado de un delito o están destinados a incitar un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Federal y la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito haya sido cometido en Suiza o de que, cuando haya sido ejecutado en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Así mismo, cuando Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión, ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Muy raras son las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente. Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la Ley Federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, “los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero”.

Las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, etc.). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contrario, son competentes plenamente en caso de blanqueo de dinero, porque el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados

a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59.

Aún en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Dificultades se presentan por la manera cómo este delito ha sido definido en el artículo 305 (bis) del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto que es el objeto del lavado y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa a su nombre en bancos suizos, no cometa lavado de dinero. Tampoco incurriría en simulación de bienes ilícitos ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio.

Además, la aplicación del artículo 305 (bis) plantea otro problema de interpretación, de cuya solución depende la amplitud de su aplicación. La cuestión es de saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y al origen de los valores ilegales constituye o no un “crimen” tanto en Suiza como en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa, una falsificación de documentos se puede afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquiró, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata pues de crímenes que tanto formal como concretamente son punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos depositándolo en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305 (bis) y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas y los valores ilegales confiscados. Pero, si el crimen, producto de los valores ilegales, es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que

dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. Por lo tanto, el dinero no puede ser confiscado.

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se puede confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir los responsables de los delitos que los han producido. De manera que la doble incriminación sería determinada por el simple hecho que formalmente las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento al origen de dichos valores, sin que sea por tanto indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la Ley Federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los Estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara en su favor; lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

De la manera cómo el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad de que haya incurrido en crimen de pertenecer o apoyar una organización criminal. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, la misma que tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso y/o, segundo, que servirá a cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. En este sentido, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba en contrario. De allí el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

Es evidente que la realidad es más compleja que la descrita aquí y el mecanismo judicial (nacional e internacional) más complicado que la imagen resul-

tante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, creemos que estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas, tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas, ni una campaña de imagen y relaciones públicas mediante la prensa. Depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, esperamos, para bien del Estado de derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado y cuenten con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales. Es evidente que todo esto no depende simplemente de la capacidad jurídica de los órganos competentes, en diversos ámbitos y niveles, sino fundamentalmente de su voluntad política y entereza ética.

8. Respeto de diferencias culturales y del derecho consuetudinario

Tanto a nivel constitucional como legislativo, se ha logrado imponer la exigencia de que se tengan en cuenta las diferencias culturales que existen entre los diversos grupos sociales, en especial las relativas a las poblaciones nativas (comunidades andinas y de la amazonía). A pesar de las deficiencias de la regulación del Código de 1924, fue posible tener en cuenta estas diferencias en relación con la represión de determinados delitos. Por ejemplo, en los delitos sexuales el reconocimiento de la costumbre matrimonial andina del *servinacuy* como circunstancia excluyendo la represión del varón que mantiene relaciones sexuales con mujer menor de 14 años y con la que cohabita conforme a dicha costumbre. En el Código de 1991, artículo 15, se mejoró, en parte, la regulación del código anterior en la medida en que, menos etnocentrista, dispone que no es reprimido quien, por razones de cultura o costumbres, es incapaz, al momento de cometer un delito, de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse, según esta apreciación.

Los motivos y la finalidad de tal regulación son desvirtuados si se le aplica para justificar la impunidad de comportamientos promovidos o tolerados en un contexto social y político particular. De esta manera, los órganos judiciales no solo demuestran una falta de conocimientos jurídicos o de argumentación, sino también ponen de manifiesto que sus decisiones han sido inspiradas o condicionadas por razones no jurídicas. Así, resulta también evidente la carencia de ética en la aplicación de la ley.

Un caso notable es el referente a los hechos siguientes. Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos porque este la maltrataba. Se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Áncash falló absolviendo a los procesados. La Sala penal de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el fiscal supremo en lo penal. Este último argumentó diciendo que los procesados actuaron con la “finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal-familiar” interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, “aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral”. Las cuales, según el mismo fiscal, “se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política”. Si bien admite que “al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, [...] debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos”. Así mismo, indica que los procesados, con posterioridad, “han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias” a los agraviados, dando “a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia”. Señalando finalmente que por estas circunstancias “se podría tomar como un error cultural condicionado”.

La Corte Suprema, sin entrar, en el fondo del asunto, se limitó a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. Sin la lectura del dictamen fiscal, esta decisión hubiera ido a formar parte de las innumerables decisiones de simple trámite. Hecho que es debido a que, contra lo que manda la Constitución y principio del proceso debido, los jueces de la Corte Suprema, con frecuencia, no fundamentan sus resoluciones; amparando en el anacrónico reenvío al dictamen fiscal, el mismo que no es siempre publicado, cuando raramente se dan a conocer las decisiones judiciales.

De la descripción de los hechos, a los que se refiere el fiscal calificándolos de “excesos contra los agraviados”, se comprueba que los comportamientos cometidos por los procesados realizan diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio). Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago; ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil admitirlo porque está claro que

obraron con conciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

La circunstancia de que, con posterioridad, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores era indispensable invocar una causa de justificación o de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (artículo 20, n.), ya que el fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a “normas del derecho consuetudinario y ancestral”. Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos humillar, maltratar de manera inhumana, imponer pagos de dinero coactivamente, despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron según normas que han surgido y se han consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no es suficiente para justificarlos o exculparlos por los abusos que cometieron.

El hecho de que el fiscal invoque el derecho consuetudinario y el artículo 179 de la Constitución hace pensar que ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara-Distrito de Huanter) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisón que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta tenga lugar respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata de modo inhumano, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, no las referencias a dichas disposiciones no podían constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, hay que destacar que, en ningún momento, se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que tenían plena conciencia de la índole de sus comportamientos.

Tampoco, admitiendo la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, por equivo-

cación, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se alegue “haber creído actuarse conforme a derecho”, sino que deben indicarse las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, la dignidad, libertad, integridad corporal, honor, patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido, en qué normas de Derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Esto es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como en cuanto a las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las mismas que no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal.

La constatación que, cuando sucedieron los hechos, no existía juez de paz ni gobernador puede explicar que “los encausados se avocaron a resolver dicho caso” debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores; pero nunca puede servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no solo se trata de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de “mantener unida la familia”, ya que esta se encontraba en crisis porque el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. En realidad, los agraviados son, por un lado, la mujer que abandona su marido violento y, por otro, el amante de la primera.

La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial. Ligereza aparente en la medida en que la intervención de los ronderos se enmarca en un tenso contexto social, el mismo que es caracterizado por la falta de presencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y su incapacidad para brindar la seguridad indispensable a los pobladores. Los mismos que tuvieron que organizarse y armarse para protegerse. Iniciativa que fue instrumentalizada por el Estado, con frecuencia, para luchar contra la subversión armada. Si se tiene en cuenta esta realidad, resulta más fácil comprender porque, en el caso dado en ejemplo, se declaró la impunidad de los procesados. Pero, en ningún caso se

puede considerar que se aplicó conveniente la ley penal. El supuesto respeto de la cultura y costumbres de los agentes solo constituyen un argumento retórico que invoca indebidamente las normas constitucionales. Además de la torpeza en el razonamiento y la ignorancia jurídica, una decisión de esta naturaleza revela una real falta de ética profesional y política. De esta manera, no se favorece el reforzamiento del respeto de las diferencias culturales al elaborarse y aplicarse la ley penal, sino que se le debilita y desacredita.

9. A manera de conclusión

En el periodo crucial que vive el país y con la finalidad de promover el establecimiento de un real Estado de Derecho, resulta más conveniente y eficaz preocuparse por restablecer los mecanismos democráticos destruidos por el autoritarismo y la corrupción. En el campo del sistema de control penal, es mucho más importante prestar atención al funcionamiento del sistema que al perfeccionamiento formal del ordenamiento legal. Es decir, la reorganización de la administración de justicia, el mejoramiento de sus recursos materiales y personales, la democratización del fuero privativo de justicia para restringirlo a sus justas proporciones en el seno del sistema judicial común tienen la prioridad. El análisis de cuestiones dogmáticas o la promoción de debates sobre corrientes de ideas penales no deben ser descuidados, pero no es la panacea para mejorar y limpiar el sistema vigente.

Un cuidado especial, hasta ahora omitido, merece, por un lado, la capacitación de jueces y fiscales para que tengan mayor creatividad y respeten mejor los derechos humanos tanto en la interpretación de las disposiciones legales, como en su aplicación efectiva. Por otro, el desarrollo de un sentimiento ético que refuerce la dimensión técnico jurídica de los órganos del sistema de control penal y de quienes intervienen como políticos o expertos en la elaboración de las normas legales. La cuestión de la persona, profesional y éticamente solvente, es el factor decisivo, aunque no único para comenzar a salir de la crisis actual.

II

Moral, sexualidad y derecho penal*

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepciones morales sobre la sexualidad. a. Cristianismo b. Liberalismo. c. Marxismo. d. Feminismo. 3. Sexualidad. a. Sexo y género. b. Creación de la sexualidad. c. Sistema de control penal. 4. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

En las reformas de la legislación penal, en las últimas décadas, ha jugado un papel muy importante la cuestión referente al criterio que afirma: todo delito debe comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En la base de esta exigencia se encuentran dos ideas fundamentales: de un lado, el derecho penal es un derecho de actos y, por tanto, no debe reprimirse en razón de meras ideas, sentimientos o deseos que no se materialicen en actos modificadores del mundo exterior. De otro lado, el derecho penal no tiene como finalidad imponer a las personas una concepción moral o política determinada.

En los debates sobre si y en qué medida el derecho penal debe ser utilizado para regular los comportamientos de las personas en el dominio de la sexualidad, la crítica frecuentemente expresada respecto a las leyes penales ha consistido en afirmar que tienden a reforzar reglas morales basadas en concepciones patriarcales y autoritarias. De esta manera, se deja de lado la exigencia de que solo se recurra al derecho penal para proteger los bienes jurídicos contra los ataques que perturban gravemente su conservación y goce por parte de las personas. Así

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000. *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Lima, 2000, pp. 25-35.

mismo, se exige, de manera paternalista, la obediencia de las personas a reglas que imponen conductas consideradas normales y buenas¹.

Por esto, al abordar el derecho penal sexual, resulta indispensable plantearse la cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. Estas complejas y polivalentes relaciones no pueden ser explicadas y justificadas de manera unilateral. En esta perspectiva, Nino² considera que hay que distinguir dos tipos de relaciones entre el derecho y la moral: una a nivel de la justificación de las normas legales y otra al de su interpretación.

El primer nivel de relación resulta evidente del simple hecho que se recurre, casi siempre, al derecho penal en ámbitos en los que rige un determinado principio moral. Muy raros son los casos en que se le emplea en áreas no concernidas por la moral: ámbitos de “indiferencia moral”. En el de los comportamientos sexuales, es manifiesto que los criterios morales intervienen directamente cuando se delimita lo permitido de lo prohibido. De esta verificación, no hay que deducir que sea de propugnar la represión de todo comportamiento juzgado moralmente negativo. Hay que admitir, por el contrario, que no se puede comprender cabalmente por qué se reprime un comportamiento sexual si no se evidencian los criterios morales tomados en cuenta.

Respecto a la interpretación, el contexto moral en el que surge y se desarrolla el derecho penal determina que la interpretación de las normas sea un proceso preñado de apreciaciones de valor³. En palabras de Nino⁴, “el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral”.

De modo que para entender por qué han sido establecidas normas represoras de ciertas conductas sexuales y cómo estas han sido comprendidas y aplicadas, hay que considerar las concepciones morales sobre la sexualidad que las han inspirado. Sin pretensión de ser exhaustivos, presentaremos algunas de las más importantes de estas concepciones.

1 JÄGER, Herbert, “Política jurídico penal y ciencia”, en *Sexualidad y crimen*, 3.^a ed., pp. 289 y ss., Madrid, 1969, pp. 289 y ss.

2 NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona 1994, p. 23; cfr. DREIER, Ralf, “Derecho y moral”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto (comp.), *Derecho y filosofía*, Fontamara 50, México D. F., 1988, pp. 71 y ss.

3 ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 58 y ss.

4 NINO, *Derecho, moral y política*, cit., p. 128.

2. Concepciones morales sobre la sexualidad

a. Cristianismo

Por su importancia preponderante en la formación del pensamiento occidental, debe considerarse, en primer lugar, la ideología cristiana debe ser considerada. Esta ha jugado, en occidente, un papel decisivo en la evolución de las ideas y de la práctica en la sexualidad. Gracias principalmente a su influencia, la libertad sexual y la valoración positiva del placer sexual predominantes en el mundo grecolatino fueron substituidas por la condena generalizada de la sexualidad y la reglamentación estricta de su práctica⁵.

Esta ética sexual⁶ ha conservado su enorme influencia y solo en nuestra época ha sido cuestionada en sus fundamentos. Es imposible presentar, aun de manera resumida, los cambios que ha sufrido a lo largo de los siglos. De acuerdo con los historiadores, hay que señalar tres grandes sucesos: la reforma gregoriana, la imposición de un modelo de matrimonio monogámico indisoluble y exogámico, la unificación conceptual de los pecados de carne en el pecado de lujuria mediante la previsión de los siete pecados capitales.

La reforma gregoriana (papa Gregorio VII) tuvo como uno de sus objetivos lograr un mejor control de los cleros. Con este objeto, por ejemplo cuestionó a los clérigos que habían comprado su ordenación o sus cargos (llamados clérigos simoníacos), con la finalidad de restringir el poder de los señores y príncipes de otorgar estos cargos. Trató de imponer el celibato y propugnó el ideal contemplativo que suponía la continencia, la virginidad. De esta manera, consagró la división sexual entre clérigos y laicos. Si bien el celibato era establecido para evitar que los hijos de los clérigos heredasen bienes eclesiásticos⁷, su imposición reflejaba también la manera de percibir la sexualidad. El matrimonio fue reservado para los laicos y se proclamó que solo en su interior la actividad sexual era moralmente permitido y a condición que fuera practicada con el fin de procrear⁸. De esta manera, cuando el derecho canónico se constituye, en el siglo IV, el matrimonio es presentado como una concesión a los débiles e incompatible con la perfección cristiana. Al mismo tiempo que el celibato es impuesto a los

5 LE GOFF, Jacques, "Le refus du plaisir", en *Un autre Moyen Age*, Gallimard, 1999, p. 567; FONTANA, Josep, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 35.

6 LE GOFF, "Le refus du plaisir", cit., pp. 576 y ss.

7 FONTANA, *Europa ante el espejo*, cit., p. 51.

8 KLAPISCH-ZUBER, Christiane, "Les femmes et la famille", en LE GOFF, Jaques (editor), *L'homme médiéval*, Seuil, París, 1989, pp. 315 y ss.

clérigos, el carácter peligroso de la mujer es acentuado cada vez más⁹. A partir de la condena de la lujuria, se desarrolla la intolerancia hacia la homosexualidad y una especial manera de tratar la prostitución. Los pecadores sexuales serán calificados de réprobos y excluidos de la sociedad.

En sucesivas encíclicas esta concepción de la sexualidad ha sido ratificada y las violaciones a las pautas de comportamiento sexual establecidas han sido estrictamente condenadas. Los comportamientos que no eran conformes a estos criterios eran calificados de contrarios a la naturaleza y, por tanto, de inmorales. De donde se deducía fácilmente, por ejemplo, que el adulterio (práctica sexual fuera de matrimonio) y la masturbación o la homosexualidad (actos carentes de finalidad de procrear) debían ser reprimidos.

La justificación de esta concepción en base a su pretendida inspiración divina determinó que fuera considerada como inmutable. Por esta razón, la naturaleza humana, la sexualidad, la familia son concebidos de manera abstracta como entidades ajenas a toda evolución. De la misma manera, los criterios estatuidos respecto a la sexualidad son considerados dogmas absolutos y permanentes. La monogamia es percibida como fenómeno natural y única base de la vida comunitaria. No sorprende que esta concepción haya sido y sea fuertemente criticada por ser ajena a la historia y presentar las reglas de comportamiento que ha creado como si fueran verdades absolutas.

b. Liberalismo

La concepción liberal de la moral sexual tiene su base en las concepciones filosóficas que afirman la autonomía y la libertad de la persona. De acuerdo con esta manera de pensar, el factor determinante es el acuerdo de voluntades de las personas en las prácticas sexuales. Así, el límite de lo prohibido y permitido moralmente está condicionado por este acuerdo de voluntades recíproco, libre y debidamente informado. Se trataría de una especie de convenio consensual asumido por personas capaces de consentir libremente. Este contrato carece de validez si una de las partes es incapaz o si su consentimiento fue obtenido de manera fraudulenta o violenta. Las personas son libres y merecen que su dignidad sea respetada, de lo que se deduce la tolerancia en relación con los demás. La dignidad sería gravemente violada, en la medida en que una de las partes utiliza a la otra como mero medio para alcanzar sus fines; por ejemplo, imponer mediante la violencia o el engaño prácticas sexuales a la otra parte. Así, el simple

9 DE BEAUVOIR, Simone, *Le deuxième sexe*, vol. 1, Gallimard, París, 1999, p. 157.

acuerdo no es suficiente para considerar moral la actividad sexual a una persona no libre. El principio kantiano “es moralmente incorrecto tratar a los demás meramente como medios para nuestros fines” completa el criterio contractual como determinante de lo que es moralmente prohibido en el ámbito sexual. Esta concepción ha sido criticada porque no tiene en cuenta que las personas son desiguales, hecho que condiciona negativamente la puesta de acuerdo entre las partes.

c. Marxismo

Estas deficiencias trataron de ser superadas por la ideología marxista, de acuerdo con la cual la condición de la mujer está determinada no por sus características biológicas, sino por su posición en la estructura económica y social. Su dependencia está directamente en relación con los progresos técnicos y a la manera cómo es aligerada de sus obligaciones maternas por la sociedad. Por ejemplo, cuando, de un lado, la agricultura se desarrolló con el descubrimiento de los metales y la fabricación del arado y, de otro lado, surge la propiedad privada y la esclavitud, se produce la gran derrota del sexo femenino en la medida en que el hombre deviene el propietario de los bienes, comprendida la mujer y el derecho paternal substituye al maternal (transmisión de la tierra)¹⁰. La familia es considerada como un medio para someter económicamente a la mujer y promover la natalidad con la finalidad de aumentar la fuerza de trabajo de la sociedad. El hombre impone su voluntad en el dominio sexual. Según el marxismo, esta situación injusta solo desaparecerá cuando se cambien las condiciones económicas que determinan su existencia. La libertad y, en particular, la libertad sexual dependen de la desaparición de las clases sociales. Hecho que daría lugar a que el trabajo de la mujer se socialice y que esta se integre de modo pleno en el dominio público¹¹.

Si se tiene en cuenta la experiencia de las sociedades en las que se trató de materializar la concepción marxista, hay que reconocer que la explicación que da de la situación de la mujer y del problema de orden sexual solo resulta interesante en la medida que hace tomar consciencia de que la libertad de consentir no puede ser apreciada como si fuera ejercida siempre por personas libres de todo condicionamiento individual y social.

10 ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, [1884], pp. 80 y ss.; DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, vol. 1, cit., pp. 96 y ss.

11 ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, cit., pp. 82 y ss.

d. Feminismo

Las concepciones propugnadas por los diversos movimientos feministas expresan críticas muy fuertes a las explicaciones que vienen de ser presentadas. Rechazando los criterios “naturales” a los que recurre el pensamiento católico y el de la libre autodeterminación de la persona preconizada por la concepción contractual, cuestionan de manera radical el sistema sexual predominante y favorable al hombre. Con este fin, buscan liberar la actividad sexual de los límites rígidos establecidos mediante la monogamia y la heterosexualidad; negar que el fin de las relaciones sexuales sea únicamente el de procrear; dejar de considerar a la sexualidad como hecho perteneciente solo al ámbito eminentemente privado. En este contexto, se propone considerar moralmente permitida la actividad sexual cuando es practicada al “margen de los papeles tradicionales de dominación del hombre y sumisión de la mujer, si las mujeres no están políticamente victimizadas por su sexualidad y tienen el poder y la capacidad de controlar su acceso a ella y definirse por sí mismas”¹².

Las opiniones divergen tanto respecto a la manera cómo podrían alcanzarse estos objetivos, como sobre las condiciones que permitirían garantizarlos. La solución más radical es la de quienes plantean la separación total de hombres y mujeres y el recurso a la sexualidad para destruir la dominación del hombre. De manera pragmática, otros proponen la integración plena de la mujer en las actividades sociales y económicas, para lo que es indispensable liberarla de las cargas domésticas (comprendidas la que impone la maternidad) y reconocerle la igualdad en el trabajo y la remuneración. El objetivo es conseguir que las mujeres logren abandonar los estándares de conducta tradicionales y creen su propia sexualidad en oposición al dominio de los hombres. Esto no es factible en la medida en que ellas se socializan en el marco de los papeles sexuales creados por la sociedad.

El resumen esquemático de los criterios defendidos por los movimientos feministas da la impresión que existe consenso. Lo cierto es que las opiniones divergen y aun se contraponen. La concepción radical de la separación total de hombres y mujeres no es mayoritaria. La negación de la libertad de consentir o de la autodeterminación, en base a la afirmación que las mujeres están socialmente determinadas a actuar bajo la influencia del poder masculino, es igualmente criticada por el efecto perverso que tiene de revenir a lo que se trata de

12 BELLIOTTI, Raymond A., “La sexualidad”, en SINGER, Peter (editor), *Compendio de ética*, Alianza Diccionarios, Madrid, 1995, p. 445.

evitar, a los criterios paternalistas de protección de la mujer y de su incapacidad relativa.

Las críticas hechas a estas concepciones son múltiples y de diversa índole; las mismas son planteadas también por las propias feministas desde sus puntos de vista particulares. La tesis radical de la separación de hombres y mujeres parece poco viable y contradictoria en la medida que vuelve a los criterios naturalistas que se rechazan. El criterio de que las mujeres no pueden determinarse con autonomía por estar condicionadas por la opresión masculina conduce igualmente a un callejón sin salida, debido a que implica la necesidad de adoptar una actitud paternalista en favor de las mujeres y, por tanto, la negación de las reclamaciones justas de las mujeres.

3. Sexualidad

a. Sexo y género

Las diversas concepciones morales, como también las de otra índole, sobre el comportamiento sexual de las personas y las diferentes maneras de cómo han sido regulados suponen se explique una cuestión previa: ¿qué es la sexualidad? Cuestión que, a pesar de su importancia, no ha sido analizada oportuna y suficientemente. Las respuestas que se dan están estrechamente vinculadas a la perspectiva que se adopta y casi siempre revelan la concepción patriarcal predominante.

Dos posiciones extremas deben ser, desde un inicio, descartadas. La primera es aquella que sublima la sexualidad y mediante la cual, consciente o inconscientemente, se oculta la realidad de la sexualidad en tanto fenómeno social. Así, se dice, por ejemplo, que cualquiera que sea el comentario que merece una explicación sobre la sexualidad, una primera constatación se impone: la sexualidad es un misterio. Pero, no comprendido en el sentido simple del término de que lo que concierne al sexo sería necesariamente obscuro e incomprensible. Sino más bien en el sentido fuerte de la palabra: no se terminará jamás de estudiar, de comprender, de elucidar la sexualidad¹³. Es evidente que criterios como este no son instrumentos útiles para explicar “lo que la humanidad ha hecho de la hembra humana”¹⁴, ni tampoco para comprender y valorar la manera cómo se han regulado legislativamente los actos de carácter sexual prohibidos.

13 JALMONT, C., “La vérité commence à deux”, en Willy, A. y C. JAMONT (compiladores), *La sexualité*, vol. 1, Marabout Université, Verviers, 1964, p. 6.

14 DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, vol. 1, cit., p. 77.

La segunda consiste en reducir la sexualidad a su dimensión biológica. Se la debe rechazar no porque se niegue la importancia que tienen los factores biológicos que caracterizan a las personas de sexo masculino y a las de sexo femenino, sino porque dichos factores no bastan para comprender la sexualidad y, menos aún, para determinar la jerarquía de los sexos. La sexualidad no es el sexo. La primera está determinada por la evolución de los mecanismos sociales establecidos para regular y controlar la vida sexual de las personas. Ignorar esto implica desconocer el proceso histórico que condiciona la manera de concebir la sexualidad; proceso que es influenciado por las condiciones políticas, económicas y sociales de cada época. En esta perspectiva alcanza todo su significado la afirmación de que no se nace mujer, sino que se deviene mujer¹⁵.

En los análisis feministas se prefiere oponer sexo a género para destacar que el primero de orden biológico no es lo mismo que el segundo. Este último es llamado también sexo social, comprendido tanto en el sentido de la significación polivalente del sexo (por ejemplo, social, política, cultural, simbólica), como de su regulación normativa¹⁶. De esta manera, se parte también de la idea de que el sistema social y cultural crea, modela la base natural: a partir del sexo se construye la sexualidad. El género, presentado como si fuera un hecho natural, tiene la función de atribuir a los individuos pertenecientes a uno u otro sexo, capacidades y características consideradas de carácter universal. De esta manera, se explican y justifican las discriminaciones contra la mujer y, en particular, en el sistema de control social (del cual el sistema penal es solo una parte).

b. Creación de la sexualidad

Si se tiene en cuenta la evolución histórica, se puede considerar, conscientes del carácter relativamente arbitrario de establecer hitos de este tipo, que la noción actual de sexualidad surge en el siglo XIX, concebida en tres perspectivas: como objeto de estudio científico, de control administrativo y de preocupación social. Los medios empleados para alcanzar este objetivo fueron métodos y técnicas de orden disciplinario, que constituían una manifestación del poder dirigido a controlar tanto al individuo como a la población. Uno de esos medios es la represión entendida como uso de la violencia y la coerción. Sin embargo, no es de exagerar la importancia de este factor, el mismo que se habría manifestado, sobre todo, en sistema legal penal. El aspecto legal y jurídico oculta el proceso

15 DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, vol. 2, cit., p. 13.

16 LABERGE, Danielle, "Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations audroit penal", en *Déviance et Société*, vol. 18, N.º 3, 1992, p. 273.

real de sometimiento de las personas, en la medida en que simula los mecanismos sutiles del sistema social global. Este sistema “incita, induce, desvía, facilita, impide, amplía o restringe, hace más o menos probable; al extremo, coacciona o impide absolutamente”¹⁷. Así, gobierna las conductas de los individuos y de la colectividad: dirigiéndolas y controlándolas.

Toda la estrategia sutil de control es complementada por el desarrollo excepcional de la reflexión y del discurso sobre el sexo. Al respecto, Foucault considera a la confesión como uno de los medios utilizados, entendida como “la tarea, casi infinita, de decir, de decirse a sí mismo y de decir a terceros, lo más frecuentemente posible, todo lo que puede concernir al juego de los placeres, sensaciones y pensamientos innumerables que, a través del alma y del cuerpo, tienen alguna afinidad con el sexo”.

Mediante el control y el discurso sobre la sexualidad, los comportamientos de las personas son clasificados. En la perspectiva religiosa, se toma especialmente en cuenta la noción de pecado. La misma que es utilizada para orientar el comportamiento sexual de las personas bajo la amenaza del castigo divino, pero sobre todo para justificar la represión penal de ciertas manifestaciones de la sexualidad consideradas como inmorales.

El poder, ejercido desde diversos puntos y niveles, se orienta primero a disciplinar el cuerpo y, al mismo tiempo, desarrolla una política dirigida, en particular, a establecer los reguladores del control de la población. Así, se abordan los problemas concernientes a la natalidad, a la evolución de la población, a la prostitución y a la determinación de los factores que condicionan la aparición y difusión de enfermedades. De esta manera, la sexualidad es percibida y tratada como una cuestión política y económica, lo que facilita y multiplica las injerencias en la vida sexual de las personas.

En el ámbito científico, se concibe como objeto de estudio el denominado “instinto sexual” y así se desarrolla un conocimiento especializado: control médico y sanitario, especialmente psiquiátrico¹⁸. Se estudian sus anomalías, desviaciones, patologías o deformaciones con el fin de cuidar la salud de las personas.

17 FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975; ÍDEM, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, vol. 1, Gallimard, París, 1976; ÍDEM, “Le sujet et le pouvoir”, en *Dits et écrits*, vol. 4, Gallimard, París, 1994, p. 237.

18 KILLIAS, Martin, *Précis de criminologie*, Stämpfli, Berne, 1991, p. 227; LABERGE, “Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations audroit penal”, cit., p. 277.

El objetivo es determinar las relaciones entre el individuo y el grupo¹⁹. Se crea la noción de histeria para afirmar que el cuerpo de la mujer está integralmente saturado de sexualidad. Noción que sirve para distinguir de manera especial a la mujer en oposición al hombre y para hacerla objeto de un tratamiento y regulación normativa discriminatoria. De la misma manera, la sexualidad infantil será calificada de peligrosa para controlar y orientar los comportamientos sexuales de los menores. Por ejemplo, para combatir la masturbación se le califica de pecado y, al mismo tiempo, se le considera la causa de enfermedades y de la degeneración. Otro caso es el de la homosexualidad, la que es considerada, junto con otras manifestaciones sexuales, como una perversión. Perversión que es utilizada para reprimir a los homosexuales y someterlos al régimen psiquiátrico. Por último, mediante la afirmación de la socialización de la función procreadora del acto sexual, se concluye responsabilizando a la pareja tanto de la salud de la familia, como la de la comunidad.

c. Sistema de control penal

En este contexto, hay que preguntarse, de un lado, de qué manera el sistema de control penal ha contribuido a crear y reforzar las distinciones injustas entre los géneros en detrimento del femenino y, de otro lado, cómo dicho control ha tratado las mujeres individuales con relación a la clase persona de sexo femenino²⁰. Ha mantenido y acentuado la distinción, fuente de discriminación, mediante la regulación normativa de las manifestaciones sexuales, la misma que siempre está en relación a la situación social y cultural en que se encuentran las mujeres. Por esto, sin dejar de ser útil, lo fundamental no es el análisis del poder represivo, sino más bien los diversos y sutiles mecanismos por los que se fabrican los sujetos (entre otros, el sujeto mujer), se les somete a determinados moldes de conducta y se elabora un discurso sobre sujetos y comportamientos que, aun en apariencia crítica de la represión, forma parte del sistema que denuncia.

Ejemplos relevantes son la regulación del aborto con relación a la procreación responsable y a la disponibilidad de su cuerpo; la del adulterio respecto del supuesto honor del hombre y de la familia; la de la violación con referencia a la autoridad del marido como jefe de familia con poder de obligar a la mujer a so-

19 FONTANA, *Europa ante el espejo*, cit., p. 97. Sobre el estudio del cuerpo de la mujer como instrumento de control en el Perú, consultar MANNARELLI, Emma, "Cuerpo femenino y discurso médico", en *Márgenes*, año IX, N.º 15, Lima, 1996, pp. 73 y ss., así como las obras citadas.

20 LABERGE, "Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations audroit penal", cit., p. 276.

meterse a ciertos comportamientos; la de la prostitución y de la pornografía con relación al uso y disposición del cuerpo de la mujer como productor de placer.

El hecho de que las estadísticas muestren que las mujeres constituyen un porcentaje mínimo tanto de las personas que cometen delitos como de las que son condenadas por delinquentes, no significa necesariamente que sean tratadas de manera privilegiada por el sistema represivo. Admitir esto implica considerar a este sistema de control como estando solo constituido por el derecho penal positivo. La elaboración y aplicación de las normas penales son el fruto del sistema social y cultural de una sociedad en una época determinada. El derecho penal solo es uno de los medios del sistema de control social. En esta perspectiva, si las mujeres no son el objeto inmediato de la represión penal, no dejan de sufrir todos los efectos que produce su funcionamiento. No hay que olvidar que la discriminación no solo está referida a la mujer como sujeto del sistema penal (delincuente) sino sobre todo como víctima de delitos. Si como clase de sexo, en particular como persona, el sistema penal prevé que la mujer debe ser tratada según el principio de la igualdad, en la práctica y, en especial, en el proceso penal la mujer como víctima (por ejemplo, de delitos sexuales) es objeto de un trato individual discriminatorio.

Al respecto, es de volver a destacar que el papel más importante no lo desempeña el recurso a la represión entendida como uso de la violencia y la coerción penales, sino sobre todo las estrategias sutiles de control social. Estrategias que han permitido disciplinar, regular, someter a los individuos y, así mismo, las colectividades; logro que ha hecho posible dejarles mayores márgenes de libertad. Libertad que implica, en consecuencia, de un lado, un control más estricto tanto de cuerpos como de conductas y, de otro lado, el control o represión de sí mismo.

4. Bibliografía sucinta

BELLIOTTI, Raymond A., “La sexualidad”, en SINGER, Peter (editor), *Compendio de ética*, Alianza Diccionarios, Madrid, 1995.

DE BEAUVOIR, Simone, *Le deuxième sexe*, vol. 1, Gallimard, París, 1999.

DREIER, Ralf, “Derecho y moral”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto (comp.), *Derecho y filosofía*, Fontamara 50, México D. F., 1988.

ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, [1884].

FONTANA, Josep, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1994.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

- FOUCAULT, Michel, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, vol. 1, Gallimard, París, 1976.
- FOUCAULT, Michel, “Le sujet et le pouvoir”, en *Dits et écrits*, vol. 4, Gallimard, París, 1994.
- JÄGER, Herbert, “Política jurídico penal y ciencia”, en *Sexualidad y crimen*, 3.^a ed., pp. 289 y ss., Madrid, 1969.
- JALMONT, C., “La vérité commence à deux”, en Willy, A. y C. JAMONT (compiladores), *La sexualité*, vol. 1, Marabout Université, Verviers, 1964.
- KILLIAS, Martin, *Précis de criminologie*, Stämpfli, Berne, 1991.
- KLAPISCH-ZUBER, Christiane, “Les femmes et la famille”, en LE GOFF, Jaques (editor), *L'homme médiéval*, Seuil, París, 1989.
- LABERGE, Danielle, “Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations au droit penal”, en *Déviance et Société*, vol. 18, N.º 3, 1992.
- LE GOFF, Jacques, “Le refus du plaisir”, en *Un autre Moyen Age*, Gallimard, 1999.
- MANNARELLI, Emma, “Cuerpo femenino y discurso médico”, en *Márgenes*, año IX, N.º 15, Lima, 1996.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona 1994.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

III

Reflexiones sobre el denominado derecho penal de menores^{*}

Sumario: 1. Introducción. 2. Caso privación de libertad de menores. 3. Caso Carlos, tratamiento y privación de libertad. 4. Comentarios generales. 5. Explicación ideológica. 6. Modelo tutelar y modelo garantista. 7. Derecho de menores en el Perú. a. Códigos penales. b. Legislación sobre menores. 8. “Contrarreforma” suiza. 9. A modo de conclusión. 10. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

El tema a tratar es bastante amplio y ha sido planteado en innumerables oportunidades y por personalidades mejor preparadas que nosotros. Por esto, en razón a nuestras capacidades, nos limitaremos a destacar algunos aspectos, con la finalidad de mejor describir y comprender, al menos superficialmente, algunos aspectos importantes de la problemática.

Nos introduciremos al tema, presentando dos ejemplos que han llamado la atención y provocado diversos comentarios en Suiza, luego expondremos algunas ideas sobre la evolución del tratamiento de menores, finalmente, plantearemos algunas cuestiones de fondo con la finalidad de establecer algunas conclusiones.

2. Caso privación de libertad de menores

Aprovechando la programada inauguración de un establecimiento de detención para menores en el cantón de Vaud, construcción prevista desde 2007,

* Texto inédito preparado para dictar una conferencia en 2014, Lima.

se ha discutido la cuestión de la privación de libertad en caso de menores. Debate que ha sido ilustrado con el comentario crítico de algunas decisiones de las autoridades judiciales de menores, respecto de las condiciones estrictas en que dicha privación debería ser ordenada.

Interesante es destacar las informaciones estadísticas proporcionadas en dicha ocasión. Los menores que podrían ser sometidos a una condena penal (entre 10 y 18 años de edad) eran 667 000 en el 2012, es decir, el 8,3% de la población residente en Suiza (casi ocho millones). En el mismo año, los menores condenados efectivamente por la justicia penal eran 11 883 (1,8%). De estos solo 399 (3,4%) habían sido condenados a una pena privativa de libertad efectiva. Pero en setiembre de 2012, solo **54 se encontraban realmente detenidos**, de los cuales solo 14 en los Cantones de habla francesa. Lo que ha llevado a destacar que resulta sorprendente que con la construcción del nuevo establecimiento se creen **36 nuevas plazas** de detención, ampliables en 18. Sobre todo si se considera que no todo menor puede ser detenido, sino solo los mayores de **15 años**.

En esta perspectiva, se ha lamentado que el tribunal competente sobre medidas coercitivas del Cantón de Ginebra, en noviembre de 2012, haya prolongado por un mes la detención provisoria de un **menor de 14 años** (detenido ya cinco días), afirmando que la medida era proporcionada en razón de la pena prevista en la ley y la pena incurrida por el menor. Argumentación incorrecta ya que las penas previstas en la ley penal solo corresponden a los adultos y porque las únicas penas aplicables a los menores de 15 años son la amonestación, la prestación de un trabajo o la obligación de seguir una formación, excluida toda privación de libertad.

Además, en cuanto a los adolescentes mayores de 15, hay que distinguir tres niveles: los que han cumplido 16 años pueden ser condenados a una pena hasta de cuatro años (en caso de crimen grave), los mayores de 15, de un día a un año sin excepción. En todo caso, la privación de libertad debe ser la última sanción a la que debe recurrir el juez.

Como el objetivo decisivo es siempre la reeducación del menor detenido, resulta problemático concebir su realización si se tiene en cuenta la duración de las detenciones impuestas. Así, en el 2012, las tres cuartas partes de menores condenados a una detención efectiva en Suiza padecieron una detención de un mes o menos de detención. Por lo que cabe cuestionarse si la oferta de un mayor número de plazas de detención pueda tener el efecto contraproducente de que los jueces impongan con más frecuencia penas privativas de libertad o que fijen la duración de estas en mayor tiempo.

3. Caso Carlos, tratamiento y privación de libertad

Carlos, joven delincuente de 17 años, después de haber cumplido una pena de 9 meses de prisión, había sido sometido a un programa de reinserción abierto. Para este efecto, había sido alojado en un apartamento de cuatro habitaciones y seguía tanto cursos privados como entrenamiento de *boxe tahi*. Todo lo que irrogaba un gasto mensual de 29 mil francos suizos, financiados por el Estado. Suma superior a los 20 mil francos suizos que cuesta generalmente el tratamiento de jóvenes delincuentes. En diversas ocasiones había sido declarado responsable de robos y actos de violencia.

Debido a las críticas y denuncias motivadas por la presentación de este caso en un programa de televisión, el director de la justicia del Cantón de Zúrich declaró que pondría fin al tratamiento tan caro aplicado a jóvenes delincuentes. Así, las autoridades procedieron a detener a Carlos y lo internaron en la sección reservada a jóvenes delincuentes de la prisión de Dietikon y luego transferido al establecimiento de Uitikon.

En desacuerdo con estas decisiones y medidas, **Carlos recurrió ante los tribunales** cantonales. Recurso que fue denegado, en última instancia cantonal por la Corte Suprema del Cantón de Zúrich. Contra esta decisión interpuso recurso de nulidad ante el Tribunal Federal.

Este tribunal consideró que el recurrente se había comportado de manera fiable en el marco del programa de reinserción al que estaba sometido y que había progresado en el aspecto escolar y personal. Así mismo admitió que la evaluación ordenada por la Corte Suprema cantonal y la justicia de menores bien no requería la privación de libertad de Carlos. En consecuencia, **los jueces federales admitieron el recurso de Carlos porque se había afectado gravemente su personalidad y su libertad, sin que hubiera razones que justificaran este procedimiento y que los jueces cantonales habían actuado bajo la presión de la opinión pública.** Ordenaron que sea puesto en libertad y se le indemnice con la suma de tres mil francos suizos. Las autoridades cantonales debían buscar otra manera de ejecutar la medida de acuerdo con lo decretado por el Tribunal Federal.

4. Comentarios generales

Cabe resaltar ante todo la necesidad de destacar las dos orientaciones de fondo: por un lado, la **liberalidad de las disposiciones legales** restringiendo la detención en caso de menores y favoreciendo más bien el tratamiento personal

buscando la resocialización. Por otro, la fuerte **tendencia de jueces y autoridades administrativas en pro de una mayor severidad** en la reacción penal, motivada y argumentada por políticos y generadores de la opinión pública.

Para comprender cómo se ha llegado a situación tan conflictiva, en un país considerado como el reino de la conciliación y la paz social, es indispensable volver un tanto la mirada hacia el pasado. El buen estado de la red de establecimientos de detención y tratamiento suizos se debía a un largo y serio esfuerzo de las autoridades cantonales y federales para armonizar las prescripciones legales con la realidad de su aplicación. Esto había supuesto una radical modificación del sistema de sanciones penales del Código Penal federal, en el que inicialmente se había previsto numerosas sanciones y diversas maneras de ejecutarlas en establecimientos correspondientes, lo que resultó de casi imposible realización práctica.

Además, por ejemplo, en relación con los menores, existía una serie de establecimientos dedicados a la aplicación de medidas administrativas a menores de conducta desviada o a adultos considerados peligrosos (vagos, ebrios, incapaces, mendigos). Lo que facilitó que Stooss previera por primera vez en un Código Penal, un sistema dualista de penas y medidas de seguridad.

La elaboración del Código Penal suizo, es decir el proceso de unificación de la legislación penal de los cantones suizos, duró cerca de cincuenta años (entre 1887, primer proyecto de Stooss y 1942 puesta en vigencia del nuevo código). Durante este periodo se desarrolló una gran actividad legislativa y teórica. La Suiza de entonces fue considerada como un gran laboratorio de política criminal.

En el plano legislativo, los legisladores cantonales modificaron sus códigos penales cantonales bajo la influencia de los debates ideológicos provocados por los trabajos de las comisiones y subcomisiones de expertos encargados de analizar, perfeccionar y establecer el proyecto definitivo de Código Penal. De esta manera, modernizar sus códigos de orientación clásica.

En el nivel práctico, los trabajos de Stooss, redactor del primer proyecto, aportaron la importante novedad de prevén en un texto penal las medidas de seguridad. Este paso en adelante fue debido tanto a las ideas del positivismo criminológico italiano como al hecho del desarrollo en Suiza de medidas administrativas aplicables a ciertos sujetos (adultos o menores), cuyo comportamiento era calificado de desviado.

Uno de los argumentos avanzados a favor de este sistema dualista era, por un lado, que la aplicación de las medidas de seguridad por las autoridades administrativas **constituía un gran peligro para los derechos de las personas y,**

de otro, que el sistema judicial garantizaba mejor estos derechos personales. Esto explica, igualmente, que las disposiciones relativas a los menores fueran previstas en el último título de la parte general del Código Penal. Así, el derecho penal de menores de índole tuitiva, protectora, reeducador, conservaba una orientación penal importante.

Respecto a la aplicación concreta de las medidas de seguridad, comprendidas aquellas aplicables a los menores, era más o menos asegurada por la existencia de una red de establecimientos destinados ya a la aplicación de las medidas administrativas, antecedentes de las medidas penales.

Los fundamentos teóricos y las condiciones (personales y materiales) del funcionamiento del sistema de sanciones penales no fueron concretados de manera eficiente debido a la complejidad de la regulación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal federal. El número elevado de penas y medidas, así como las prescripciones estrictas sobre su aplicación (en particular a la separación de los condenados de acuerdo con sus características personales: primarios, reincidentes, menores, etc.) pusieron en evidencia una cierta falta de realismo de parte del legislador. Los gobiernos cantonales, competentes constitucionalmente de la ejecución de sanciones, estaban en la incapacidad económica de construir todos los establecimientos necesarios previstos en el código. Esto trajo consigo la primera reforma del nuevo Código Federal, la que tuvo como finalidad de simplificar el sistema de sanciones.

Unificando sus esfuerzos y recursos, los cantones lograron armonizar la regulación normativa con la puesta en marcha de la ejecución de sanciones.

Los grandes cambios sociales, económicos, políticos, morales, de los últimos años han determinado cambios sustanciales en relación con la legislación, la dogmática y la política penales. La evolución y la explosión de la criminalidad organizada, la criminalidad económica, del tráfico de drogas y de personas, la criminalidad violenta y la corrupción han empujado al legislador suizo a reformar a fondo el Código Federal.

Esta reforma que duró alrededor de 30 años se caracteriza por la incorporación en la parte especial de nuevas infracciones, la modificación de ciertos tipos legales de algunos delitos tradicionales y el cambio de ciertos márgenes penales en caso de graves circunstancias. Aparte de algunas modificaciones relativas a las condiciones de la represión penal, la parte general ha sido renovada en especial en cuanto al sistema de sanciones penales. **La modificación central fue la de convertir la pena pecuniaria en la pena principal** en detrimento de la pena privativa de libertad. Esta fue despojada de su papel central, prioritario,

y convertida en una pena más como las restantes. Su aplicación fue considerada como el último recurso visto el fracaso o inconveniencia de las demás penas alternativas.

En cuanto al derecho penal de menores, de conformidad con el derecho convencional (ONU 1984) y el derecho comparado europeo, las disposiciones relativas a los menores han sido sacadas del Código penal y reunidas en una **ley especial denominada Derecho penal** de menores. Simultáneamente un Código de procedimiento penal de menores ha sido promulgado.

5. Explicación ideológica

De manera casi unánime se afirma la necesidad de un derecho penal de menores, diverso al derecho penal de adultos. Los argumentos en su favor son los mismos aunque sean expuestos de maneras distintas. El fundamento general es percibido casi **como si fuera de índole natural**, en la medida en que se sostiene que todo depende de los caracteres personales innatos a ese grupo de personas. En particular, se sostiene que su desarrollo físico y psíquico en formación impone que la reacción penal respecto a ellos sea diferente respecto a los comportamientos que se les impute y a las sanciones o tratamientos que deben aplicárseles.

Esta concepción global ha sido percibida y aplicada de modo diferenciado conforme a diversos criterios de política social y de política criminal, cuya orientación ha estado condicionada, en periodos distintos, por la influencia de ideas filosóficas, religiosas, científicas o sociológicas. *Grosso modo* y de manera indicativa, se puede señalar que la regulación legislativa, judicial y administrativa de la problemática del derecho penal de menores ha sido y es diferente si el sistema estatal es autoritario, paternalista o liberal. En consideración a la evolución en las últimas décadas, se puede afirmar que el cartabón referencial es el grado de respeto de los principios del Estado de Derecho y de los derechos humanos en cuanto al tratamiento de los menores en materia penal.

En esta perspectiva, se fija como **estado inicial aquel en el que, antes del siglo XIX**, los menores recibían el mismo tratamiento penal que los adultos, se caracterizaba por la responsabilidad objetiva y la severidad de las penas. Se sostenía que los adolescentes eran plenamente responsables como los adultos y se tendía a disminuir el límite de edad penal. Por lo que eran sancionados de manera similar (de preferencia con penas privativas de libertad) y con finalidad represiva de prevención general. Tanto en el ámbito procesal como de la ejecución de penas (casi siempre en los mismos locales), los menores eran tratados de manera semejante a los adultos.

Se destaca como **ruptura decisiva el momento de las grandes codificaciones** provocado por los cambios producidos por la revolución francesa, cuyos promotores se inspiraron en las concepciones de la Ilustración. La libertad individual, la humanización de las sanciones penales, el reconocimiento de los derechos personales llevaron a que se tuviera en cuenta las circunstancias personales de quienes devenían objeto de la reacción penal. De la misma manera, **se destacan los cambios sustanciales que se dieron** después de la caída de los regímenes totalitarios derrotados en la Segunda Guerra Mundial. Los mismos que se reflejaron en la adopción de diversas convenciones internacionales, en las que se profundizaron y consolidaron los principios establecidos en la Declaración de los Derechos del Hombre.

Respecto a la materia que nos interesa, es mencionada en primer lugar, por considerársele de gran importancia, a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Esta convención es utilizada como un instrumento indispensable para juzgar si los países miembros respetan, en los diversos niveles, los derechos de los menores (niños y adolescentes. Además, se estima que sus disposiciones deben ser tomadas en cuenta para interpretar y aplicar la regulación e implementación de las políticas estatales. Junto a esta convención, tres otros instrumentos internacionales juegan un papel importante: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 29 de Noviembre de 1985), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Ryad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, del 14 de Diciembre de 1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990).

6. Modelo tutelar y modelo garantista

En este contexto se exponen actualmente dos criterios contradictorios en razón, sobre todo, de la idea que se tiene de los menores y, por tanto, de la manera de concebir la reacción penal.

La **primera ruptura** decisiva con la concepción tradicional represiva se debería a la influencia de **ideas del positivismo criminológico italiano**, muy influyente de mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo siguiente. La nueva percepción teórica de la cuestión de la delincuencia de menores, es denominada, un poco peyorativamente, “doctrina de la situación irregular” (Modelo tutelar).

Sus notas distintivas son las de considerar a los menores como sujetos pasivos de la intervención penal. Lo que implica, por un lado, un desconocimiento de los derechos y garantías que merecen, primero, en tanto personas y, segundo, por sus peculiares condiciones personales debidas a su estado de desarrollo. Y, por otro, calificarlos de inimputables necesitados de una intervención tutelar o paternalista, para lo cual deben ser sometidos a sanciones o medidas destinadas a reeducarlo, resocializarlo. Conforme con esta percepción paternalista, considerada como indispensable para sacar al menor de la situación irregular en la que se encuentra (determinada de modo bastante arbitrario), las vías procesales aplicadas carecían de las garantías establecidas en los procedimientos aplicados a los adultos, lo que comportaba una grave violación de los derechos fundamentales de los menores.

La **segunda ruptura** es considerada como la culminación de un intenso proceso en pro del **reconocimiento de la dignidad personal de los menores**. La conclusión de este movimiento político y doctrinario se habría materializado en la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, considerada como la más avanzada y respetuosa de los derechos de los menores. En ellas, se habría consagrado la llamada concepción de la “**protección integral del menor**”.

Los menores son reconocidos como sujetos plenos de derecho y, por tanto, capaces de responsabilidad penal. En la medida en que maduran los niños pasan a ser adolescentes y devienen imputables ante el derecho penal, aunque de manera diferente a los adultos. Por lo que no se trata más simplemente de protegerlos paternalmente, **sino de tratarlos como sujetos responsables, de acuerdo a un sistema judicial administrativo específico y autónomo respecto al de los adultos**. En los casos en que se les considere imputables pueden ser sometidos a penas, aun privativas de libertad excepcionalmente, pero adecuadas y proporcionales a su condición personal y a la edad en que cometieron la infracción. En todo caso, siempre que hayan incurrido en un comportamiento calificado de delito por la ley penal. La gravedad de la intervención estatal, implicando restricciones importantes de los derechos de los menores, exige que la reacción penal sea conforme a los principios del debido proceso, adecuados a las especificidades del derecho penal de menores (jurisdicción penal especial). De modo que se da un acercamiento, en cuanto a los derechos y garantías, de este derecho al derecho penal de los adultos. Sin embargo, autónomo sobre todo en cuanto a las sanciones.

Los especialistas al comentar y analizar la materia, los límites y los fines del derecho penal de menores tienen como marco de referencia fundamental las

reglas del derecho internacional o del derecho constitucional concerniendo los principios y las reglas conforme a los derechos humanos y al debido proceso. Las exigencias enumeradas anteriormente como constituyendo los fundamentos, por ejemplo, de la concepción de la protección integral son percibidas como dogmas o mitos (en el sentido de “hecho muy importante que entra a formar parte de la historia o se convierte en modelo a imitar”), necesarios para describir, criticar favorable o negativamente, la regulación establecida legislativamente, así como su aplicación concreta. Lo que constituye una explicación ideológica en la medida en que desnaturaliza la percepción de la realidad. La cual difiere notablemente de la descripción o explicación teórica expuesta.

7. Derecho de menores en el Perú

a. Códigos penales

Si se analiza, aun brevemente, la evolución del derecho penal de menores en el Perú, se constata que los esquemas teóricos utilizados para describir este derecho no coinciden plenamente con la realidad. Esto no puede ser distinto, pues las situaciones de facto y normativas presentan matices que escapan a los modelos ideales descritos.

Los redactores del **CP de 1862**, inspirados fuertemente en el CP español de 1848-50, no se plantearon la necesidad de regular la situación penal de los menores. Salvo la de fijar los límites de edad que influyen en la responsabilidad penal de las personas. Sin diferenciar en cuanto a la índole del delito cometido, determinó, por un lado, tanto la exención de esta responsabilidad respecto de los menores de 9 años de edad como su atenuación en cuanto a los menores de 15 y mayores de 9 años a no ser que se pruebe que obraron “con discernimiento” (artículo 8). Si se aportaba esta prueba, la pena debía ser atenuada. Lo mismo debía hacerse si se trataba de un menor de 18 años y mayor de 15 años de edad (artículo 9).

La preocupación central, conforme a los criterios de la denominada escuela clásica del derecho penal, era la de determinar quién, titular del libre arbitrio, debía ser calificado de responsable penalmente, sea de manera plena o parcial. La despreocupación sobre la **necesidad de someterlos a un tratamiento especial se comprende porque se estimaba como dogma que el único medio de reacción era la pena** y que esta comportaba necesariamente expiación y retribución de la culpabilidad del agente responsable. La intensidad de la pena debía corresponder entonces a la de la culpabilidad. Como esta era condicionada por la capacidad de

responsabilidad, se explica que los menores de 18 años sean reprimidos de manera atenuada. Viterbo Arias sostuvo que a “esa edad, aún no se ha vivido lo bastante para conocer en toda su extensión las relaciones sociales y los deberes que de ellas se derivan. Es por lo mismo racional presumir que el que aún no ha pasado los 18 años obra en muchos casos sin discernimiento claro sobre la importancia de los derechos que hiere y la amplitud del mal que ocasiona”. (CP comentado, p. 107). Una preocupación en cuanto a la situación de los menores se revela cuando este mismo autor señala que jurisprudencialmente se ha logrado que se deje en libertad a los menores de 15 sometidos a proceso “tomándose cuando más contra ellos la seguridad de ponerlos depositados en poder de persona garantizada, hasta que se esclarezca si obraron o no con discernimiento, y si deben ser o no condenados, declaración que debe hacerse en la sentencia” (ES en el proceso Francisco Espíritu y el menor Guillermo Dela Cruz, de 27 de julio de 1981 y 29 de diciembre de 1892). (CP comentado, p. 70).

La elaboración y aprobación del CP tuvieron lugar en el contexto social y político crítico post independencia. La severa y autoritaria regulación penal de la colonia se reveló ineficaz para combatir en particular la criminalidad violenta. La que se consideró como resultante de la degradación de los desmovilizados del ejército liberador, de la desocupación y pobreza de los sectores menos favorecidos, de la supervivencia de la servidumbre urbana y rural, del abandono de los liberados de la esclavitud. **La constitución del nuevo Estado independiente requería ordenar y disciplinar a quienes conformaban la fuerza humana indispensable para la estructuración política, económica, judicial y administrativa del nuevo sistema social.** El embrionario planteamiento de la “cuestión criminal” tuvo lugar en detrimento de ciertas propuestas liberales y a favor de una reacción violenta y efectiva, comprendiendo hasta el recurso a la “justicia privada o personal”.

Ante el aumento de la conducta de menores y su intervención en comportamientos delictuosos, surgieron iniciativas para la modernización de la regulación relativa a los menores. Por ejemplo, en **1873, bajo el gobierno de Manuel Pardo se dictaron diversas medidas para combatir la vagancia**, comprendida la de menores. Disponiéndose que los vagos fueran internados en determinadas instituciones, como por ejemplo la Escuela de Cabos o la Escuela de Agricultura, que en realidad nunca llegó a construirse. En 1901, el Congreso decidió la creación de una Escuela Correccional para menores varones, que comenzó funcionar al año siguiente en un viejo inmueble del Centro de Lima. El objetivo que se le atribuyó era vasto, pues debía servir para reformar, mediante la educación y el trabajo, a los menores de 18 años y mayores de 8 años que se encontraban en abandono inhumano, viviendo en el vicio y la vagancia. Poco tiempo

después, se agregó a la Escuela una cárcel destinada a la ejecución de sentencias impuestas a menores sentenciados, así como un anexo para los denominados menores “depositados”, que eran enviados por sus familiares para que sean “corregidos”, asumiendo los gastos de mantenimiento. **El tratamiento en estos establecimientos comportaba el recurso a métodos violentos y degradantes con miras a someter a los menores a una disciplina estricta y a su utilización como fuerza de trabajo a su liberación.** Llegándose a producir rebeliones de los menores contra los maltratos a los que eran sometidos. Esta crítica situación de la Escuela Correccional condujo a su supresión, siendo reemplazada por una Escuela Agrícola, construida en las afueras de la ciudad. La misma que fue reestructurada posteriormente bajo el nombre de **Reformatorio de menores de Surco.** A pesar de que surgieron instituciones privadas, como la Sociedad Especial de Patronato de Menores, destinadas a supervisar el trato dado a los menores, estos fueron sometidos a un régimen de permanente y constante violencia, intensificado por la corrupción reinante. **Así como de explotación laboral a través de un sistema de alquiler a hacendados necesitados de mano de obra.**

Estas tentativas fracasadas de establecer un sistema de índole penal concerniendo a los menores en conflicto con el sistema de control social constituyen antecedentes de las medidas previstas luego en el **CP de 1924**, en el que por primera vez se buscó establecer un derecho penal de menores relativamente autónomo del derecho penal de los adultos.

Siguiendo el modelo de los proyectos del CP suizo, en las primeras décadas del siglo XX, se llevó a cabo una reforma sustancial de la legislación penal. La misma que se caracterizó por adoptar las ideas de la denominada corriente de la política criminal, la que de manera ecléctica recurría a los postulados de la concepción clásica y positivista del derecho penal. Es decir, sin dejar de partir de la idea del libre arbitrio, fundamento de la culpabilidad y, por tanto de la pena, admitía que los infractores estaban condicionados por las circunstancias personales y materiales en las que actuaban. Criterios que sirvieron para establecer un sistema dualista de sanciones: penas para los responsables y medidas de seguridad para los irresponsables o peligrosos.

Respecto de los menores, previó una serie de disposiciones (artículos 137 y ss., Tratamiento de menores) que constituían una regulación específica y autónoma respecto al derecho penal de los adultos (sin llegar a estatuir, como en el CP suizo, un libro de la parte general). El criterio de base “moderno”, considerado como universal en la exposición de motivos, era el de que los “niños y los adolescentes están fuera del radio del Derecho Penal” y, por tanto, “no son susceptibles de castigo”. Por lo que solo deben ser sometidos a “una acción de

tutela sea para prevenir su mala vida cuando se hallen en abandono, sea para corregirlos cuando han caído en la delincuencia”.

En realidad la intervención estatal requería que el menor haya cometido una falta o un delito (artículo 137). Ella consistía en medidas de tutela, familiar o pública, y correccionales en instituciones especializadas. Los menores eran distinguidos en dos grupos: los menores de 13 años y los mayores de 13 años pero menores de 18 años. La aplicación de las medidas dependía de si el menor se encontraba “en abandono material o moral, o en peligro moral”, el mismo que era descrito en el artículo 144. Esta situación debía ser constatada mediante una investigación sobre las condiciones materiales y morales de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en que ha vivido y ha sido educado. Investigación que podía ser completada mediante un examen médico (artículo 137).

Si el menor de 13 años no se encontraba en ese estado de abandono, podía ser dejado en poder de su familia (previa admonición o advertencia a los padres), sometido a una reprimenda o a arrestos escolares. Mientras que el menor de 18 años, cuando cometía un delito grave o fuera peligroso, debía ser colocado en una escuela correccional o en un reformatorio agrícola especializado, por un periodo no menor de seis años.

Debido al acento puesto en la finalidad de enmendar, corregir los menores que cometan faltas o delitos y, sobre todo, por prever **hasta la intervención *ante delictum***, el sistema de derecho penal de menores del CP de 1924 se orientaba claramente hacia la concepción denominada “doctrina de la situación irregular”. El Estado asumía así una actitud profundamente tuitiva, paternalista, considerando que era la situación personal y social del menor la causa de sus comportamientos conflictivos con el sistema legal y moral. Tendencia que era confirmada por la manera como se organizó la jurisdicción de menores (artículo 410 y ss.). En Lima, se previó un juzgado de menores compuesto de un juez especial, un médico y un secretario. En provincias el juez competente era el juez civil. La finalidad de dicha jurisdicción ser la protección de los menores por medios educativos. Por lo que se fijó como condiciones para ser juez de menores el ser casado, padre de familia y tener conducta irreprochable (artículo 411).

El establecimiento de esta regulación no solo significó el afán de seguir los criterios más avanzados en la legislación y doctrina de ese entonces, sino también un optimismo desmesurado, una ingenuidad inmensa, una ideologización evidente. La ausencia de instituciones de detención o de corrección, la falta de personal y de medios apropiados para cumplir con los fines tuitivos considerados, la falencia del Estado y la falta de voluntad política para hacer posible la

aplicación del sistema protector regulado, demuestran que se obró sabiendo que todo quedaría como un proyecto irrealizable. Un mito que servía para ocultar una triste realidad haciendo aparecer al nuevo Código Penal como una magnífica y progresista obra legislativa.

Para comentar sus disposiciones se recurrió a la doctrina foránea, con lo que se dio la sensación de que su aplicación era factible. Así, Juan José Calle, anotando el artículo 141, citó literalmente a Cuello Calón, quien afirmaba que “en el moderno tratamiento educativo y protector que tan solícitamente se dispensa a los menores delincuentes y abandonados tienen considerable importancia las instituciones de reforma y corrección”. Recordó, así mismo, que dicho autor describió el sistema de países donde se había instituido el nuevo régimen diciendo que en “los Estados Unidos, en Inglaterra, en Suiza [...] todo su régimen es en absoluto educativo, son verdaderos establecimientos de educación en los que es eliminado todo cuanto pueda recordar el espíritu de represión y de castigo”. Sin embargo, luego de repetir que nada hay en esas instituciones que recuerde el aspecto siniestro y atemorizador de las prisiones clásicas, que el aparato de odiosa severidad ha sido barrido por el viento del nuevo espíritu, termino señalando que en el **Perú actualmente no hay sino dos escuelas correccionales: una creada en 1902 y trasladada a Surco y otra creada en 1880 que funciona en una anexo de la cárcel de mujeres de Santo Tomás** (Juan José Calle, Código Penal promulgado por la ley N.º 4868, anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania, Suiza e Italia y el Código Penal de la República de Argentina. Lima 1924, p. 122 y s.).

b. Legislación sobre menores

De acuerdo con la tendencia, cada vez más fuerte, de establecer leyes amplias para comprender los diversos aspectos de la situación de los menores (comprendidas, por ejemplo las de índole civil), en **1962, se dictó el primer Código de Menores**. En el ámbito penal, no representó un abandono de la regulación prevista en el Código Penal, por lo que se puede admitir que continuó bajo la influencia de la doctrina de la situación irregular. Las diversas medidas tutelares previstas tenían como fundamento el “peligro y abandono morales” del menor. Por lo que la persona sujeta a dicho código era el menor en estado de abandono o en peligro moral y el menor de 18 años que ha cometido hechos considerados por la ley como delitos o faltas (artículo 64, inciso 1). Sin embargo, de modo incoherente, también se hace referencia al menor peligroso (artículo 100).

A diferencia del Código Penal, el Código de Menores contuvo reglas en las que se desarrollaba más ampliamente el aspecto administrativo del tratamiento

de los menores. Por ejemplo, previó un Consejo Nacional de Menores a cargo de temas tan diversos como la adopción de menores, el trato de menores de la calle y la reacción respecto de los menores infractores o delincuentes. En el aspecto procesal, el sistema siguió siendo inquisitivo en la medida que el juez que investigaba los hechos y la situación del menor era también quien sentenciaba estableciendo la medida que se presuponía siempre favorable al menor (artículo 105).

Este modelo, muy criticado por quienes actuaban en organizaciones destinadas a defender a los menores, fue legislativamente modificado de manera sustancial con la dación del **Código de Niños y Adolescentes de 1992**. El detonador decisivo de este cambio fue la adopción y suscripción por el Perú de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990. En el artículo I del Título Preliminar de dicho código, se distingue entre niños (menores de 12 años de edad) y adolescentes (mayores de 12 y menores de 18 años). Los mismos que eran declarados como **sujetos de derechos** (artículo II del mismo título) con la finalidad de que dejen ser considerados como objetos de derecho en el sentido de la concepción de la “situación irregular”. Esto comportó, por ejemplo, que se eliminara la aplicación de medidas privativas de libertad en base al simple estado de abandono en que se encuentra el menor y que se establezca que la medida de internación debería ser utilizada solo como último y extremo recurso. De esta manera, se regulaban dos sistemas penales diferenciados destinados a menores y adultos, respectivamente. Con la misma actitud idealista de veces anteriores, se declaró que el proceso relativo a los niños y adolescentes debía ser un hecho humano con trasfondo familiar, social y económico, en lugar de ser una controversia fría y solo de carácter técnico, formal o puramente legal (artículo IX Título Preliminar).

Sin modificar substancialmente la orientación de este código, en 1999, se dictó uno nuevo llamado **Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes**. Las disposiciones relativas al derecho penal de menores se encuentran a partir del artículo 196. Modificación desafortunada fue la inserción de un acápite dedicado al denominado **pandillaje pernicioso** (Capítulo IV, artículos 206 y ss.). De este modo, alejándose de las recomendaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, se volvió a recurrir al criterio de la peligrosidad y a la severidad de la represión. Este criterio político referido al reforzamiento de la seguridad pública tendrá otros efectos negativos debido a la dación del D. Leg. N.º 895, (titulado Ley Contra el **Terrorismo Especial**). **En este decreto, se rebaja el límite de la responsabilidad** al decretarse que los adolescentes entre 16 y 18 años de edad que cometieran uno de esos delitos serían reprimidos con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años. La misma que debería ser ejecutada, bajo un régimen penitenciario

especial, en cárceles de máxima seguridad para adultos. Se trató simplemente de una extensión de la aplicación del derecho penal de los adultos a menores que debían ser tratados conforme a su código especial.

En agosto de 2000, un poco más de un año después de puesto en vigencia el Código de 1999, se le reemplazó mediante la **Ley N.º 27337, por el texto actualmente vigente**. Estas versiones no difieren entre sí en lo esencial. Quizás las más notables diferencias sean la eliminación en el nuevo texto de las medidas socio educativas referidas a la protección y resarcimiento del daño (artículo 217), la previsión de la nueva medida de la libertad restringida y, en el aspecto funcional, la inclusión de la confidencialidad y la reserva (artículo 190). Se considera que el cambio legislativo comportó una enmienda orientada a conformar la legislación sobre los menores a la Convención sobre los Derechos del Niño. En la medida en que se establece expresamente que esta convención “es fuente de interpretación y aplicación” (artículo VII Título Preliminar) y que “es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base velar por la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidas en el presente código y en la Convención sobre los Derechos del Niño” (artículo VIII Título Preliminar).

Estas diversas iniciativas de reformar la regulación formal del sistema legal referente a los menores demuestran nuevamente la preocupación sobre todo político ideológica de establecer una normativa conforme al modelo ejemplar promovido en las convenciones internacionales y en la doctrina foránea. Las cuales, volvemos a repetir, son percibidas como ideales, mitos a realizar. Sin ningún espíritu pragmático de analizar si, dados los limitados recursos personales y materiales, son factibles de hacerlos realidad. Las energías invertidas en promover, exigir y proyectar la regulación ejemplar de la situación de los menores, no son complementadas con esfuerzos para reclamar que se trate, en la medida de lo posible, de implementar los locales y formar el personal para que sea aplicada positivamente.

8. “Contrarreforma” suiza

Contrarreforma promocionada por opositores a la orientación menos represiva, mediante una campaña criticando la ineficacia y debilidad de la reacción penal ante el aumento de la criminalidad, de la delincuencia de menores y, en consecuencia, de la inseguridad pública. El caso Carlos es una muestra emblemática del aprovechamiento de ciertas experiencias para poner en evidencia las debilidades del nuevo sistema de penas, considerado como el fruto de concepciones ingenuas y angelicales frente a la crudeza del fenómeno delictivo.

Se experimentan nuevas intolerancias y nuevas inquisiciones: los conflictos de identidad, religiosos, nacionalistas, étnicos, de género invaden constantemente la vida cotidiana.

La evolución de las políticas penales de las últimas dos décadas se caracteriza por cuatro aspectos claves:

- La ideología de la seguridad prima toda actitud preventiva. Se trata de la tolerancia cero y la reacción fuertemente represiva (cueste lo que cueste) ante toda forma de delincuencia (de las bagatelas, incivilidades, hasta las más graves).
- La tendencia de la victimización, en el sentido que todos y cada uno son considerados como víctimas potenciales o reales. Cuestión del riesgo cero.
- El populismo penal manifestado en la inflación legislativa represiva y en la extensión e intensificación del control penal. Nuevos delitos, aumento de la severidad de las penas o de las circunstancias agravantes.
- La nueva penología concretada en el recurso a la peligrosidad, concebida sin utilización de apreciaciones morales (culpabilidad) ni de evaluaciones clínicas, sino mediante criterios estadísticos y cálculos de probabilidades (método actuarial). Preocupación central es la reincidencia y, por tanto, la eficacia de las penas.

Ejemplos de la tendencia populista:

- Éxito de las iniciativas populares federales sobre el internamiento a vida de los delincuentes sexuales o violentos considerados peligrosos y no enmendables, imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena en caso de delincuentes sexuales o pornográficos en agravio de menores impúberes, expulsión de delincuentes extranjeros.
- Iniciativa parlamentaria proponiendo la abrogación de los artículos 19 y 20 CP, referentes a las capacidades plena y restringida, respectivamente. Los argumentos eran que los drogados escapaban a la represión y que la pericia médica retardaba el proceso e irrogaba gastos excesivos.
- Revisión del sistema de sanciones penales de la nueva parte general del CP por considerar que era demasiado blanda en la medida que daba la prioridad a la multa y a sanciones alternativas respecto de las penas privativas de libertad. Calificado de homeopático, favorable a los delincuentes y humillante para las víctimas. Se admite que las penas privativas de libertad de corta duración son más eficaces que las simples penas pecuniarias. Olvidándose así que el efecto preventivo reside en el riesgo de ser condenado y no en el tipo de pena.

- Detención provisional de menores de 15 años, a pesar de que está prohibido condenar a un menor de dicha edad a una pena privativa de libertad (artículo 25 DPMIn) y aunque el artículo 27 al. 1 PPMIn no fija límite de edad para la detención provisional. Una gran mayoría de jueces, autoridades y actores administrativos apoyan el criterio contrario, sobre todo en asunto concerniendo menores gitanos.
- Internamiento administrativo conforme a la ley de extranjería para menores de 15 años.
- Iniciativas parlamentarias exigiendo que se aplique el internamiento automático a los homicidas y delincuentes sexuales cuando cometan el segundo delito. El fundamento es que los jueces prestan más atención a la resocialización de los delincuentes que a la seguridad de la sociedad.
- Rechazo del pedido de interrupción de la pena privativa de libertad en caso de un condenado de 90 años, gravemente enfermo de un cáncer en fase terminal y de perturbaciones mentales. El fundamento esencial es que debe primar el interés público de preservar la credibilidad del sistema penitenciario, la efectividad de las penas y la igualdad en la represión.

¿Qué hacer? Lenin: cambiar las estructuras económicas para que caiga la superestructura con la finalidad de reconstruir una nueva igualitaria y justa.

Así, algunos han planteado la abolición del derecho penal, comprendido el derecho penal de menores, para sustituirlo por uno mejor o por otro medio nuevo distinto al penal.

Por considerarla como solución extremista, la mayor parte sigue pensando y confiando en el derecho penal, a condición de modificarlo y perfeccionarlo. Para lo cual debería procederse a:

- Perfeccionar la regulación normativa de acuerdo con los principios humanistas y el respeto de los derechos humanos, en el sentido consagrado en las constituciones y en los convenios internacionales.
- Desarrollar las concepciones dogmáticas para alcanzar una mejor elaboración teórica, de modo a que devenga más científica la comprensión y aplicación del sistema de control penal.
- Perfeccionar el sistema de control de aplicación judicial de las leyes, de la ejecución de sanciones por las autoridades administrativas, de la aplicación de los principios constitucionales.

Como casi existe unanimidad en la necesidad del derecho penal, en el reforzamiento del Estado de Derecho mediante la consolidación del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Ministerio Público, del Consejo Nacional de la Magistratura, del INPE, así como del desarrollo de la dogmática a pesar de las discrepancias exageradas entre funcionalismo y causalismo (no siempre bien caracterizados y comprendidos), **seguimos haciendo lo mismo que promueve y exige el sistema político-económico dominante.** De esta manera dejamos de percibir el real funcionamiento del sistema, contentándonos de arreglar y contemplar la vitrina.

Es necesario pasar al otro lado, como en el caso de *Alicia en el País de las maravillas* o de *Cecilia (Mia Farrow) en La Rosa purpura del Cairo (Woody Allen)*, de modo a atravesar la pantalla para entrar en el medio oculto de las estrategias y técnicas del poder que hacen de algunas personas el objeto del poder disciplinario o excluyente.

Técnicas y estrategias de exclusión o asimilación, dirigidas sobre todo a ciertos sectores de la población, los que resultan siendo, por casualidad, los menos favorecidos socialmente. No es porque, por ejemplo, los hijos de las familias más favorecidas no cometen infracciones es que no se les aplica las disposiciones penales, sino porque tienen mayores recursos para eludir la reacción punitiva.

Es indispensable **penetrar en el nivel más profundo de las estructuras de control** para determinar la manera real y efectiva de actuar de los encargados de ejecutar, por ejemplo, las penas privativas de libertad. Solo demasiado tarde se toma conciencia de lo que sucedió. Pocos son los penalistas que reflexionan, por ejemplo, sobre el hecho de que los detenidos, menores y adultos eran utilizados como mano de obra gratuita o muy barata en las **panaderías** limeñas, en las que regía un sistema de trabajo infrahumano, que los menores internados en la casa de trabajo de Surco eran **entregados o alquilados** a propietarios de tierras para que ejecuten trabajos agrícolas en condiciones semejantes a la esclavitud que las menores infractores sean internadas para **educarlas y formarlas en las tareas femeninas**, lo que comportaba en buena cuenta prepararlas para que trabajen como domésticas en las buenas familias. Solo cuando se daba esta posibilidad se liberaba a la internada. (Buen Pastor).

¿Quién nos asegura que en establecimientos, sobre todo del interior del país, no se explote a los detenidos de alguna manera ingeniosa?

Calbamos nuestras conciencias diciendo cómo deben ser las cosas, sin preocuparnos de lo que sucede realmente en el mundo del ser, el valle de lágrimas o el paraíso terrenal. Pregonamos la abolición de la pena de muerte o nos

ufanamos de que no sea más aplicada por no figurar en el arsenal del Código Penal, pero no nos preocupa que condenar a una larga o mediana pena privativa de libertad comporta la muerte lenta o violenta de los encarcelados sin haber sido juzgados y declarados culpables, debido a las condiciones inhumanas en que son ejecutadas las condenas.

9. A modo de conclusión

Así estamos inmersos en nuestros mitos, entre los cuales se encuentran los relacionados con el derecho penal de menores. A manera de ejemplo, mencionemos

- el mito de que la lucha contra la delincuencia la hará desaparecer o fuertemente disminuir,
- el mito que la privación de libertad es el medio más adecuado y eficaz para alcanzar este objetivo, en la medida en que sea severa y se le aplique estrictamente,
- el mito de la cárcel “modelo” que permite obtener mejores y mayores rendimientos de la detención,
- el mito de la resocialización o reintegración como medios para evitar la reincidencia,
- el mito de que es indispensable elaborar leyes penales perfectas, así como de constituir sistemas dogmáticos cada vez más sofisticados, lo que hará más eficaz y justa la represión,
- el mito que se aprende a las personas a vivir en libertad respetando el orden social privándolas de libertad y excluyéndolas de la comunidad,
- el mito que los menores es una categoría de personas claramente delimitada, las cuales se caracterizan por su maleabilidad que permite formarlas de acuerdo a los cánones sociales, morales, políticos predominantes en la sociedad,
- el mito que la capacitación y especialización del personal auxiliar de los órganos de represión, juzgamiento, ejecución de penas, aseguran el funcionamiento correcto de los diversos sectores del control social.

Pero, cómo todo esto puede hacerse realidad cuando los responsables políticos creen que se trata más bien de la descripción de lo que existe tangiblemente o que son fines racionalmente factibles de ser alcanzados.

Como no tener en cuenta que el derecho penal, por los medios que emplea y la política que lo inspira genera riesgos graves y contraproducentes.

Para terminar, destaquemos uno de dichos peligros, que es designado como el de la brutalización del sistema y de los miembros de la comunidad. Riesgo que se percibe considerando algunos síntomas que se manifiestan en la vida cotidiana. Por ejemplo:

- La previsión de penas severas, su aplicación estricta y su ejecución en centros de detención inhumanos, **banalizan** la violencia, de modo que esta se convierte en elemento congénito a los comportamientos individuales o colectivos.
- La promoción de que se apliquen cada vez más penas privativas de libertad y cada vez más severas por parte de los responsables del Estado. Esta es una **exigencia constante** expresada en los últimos meses, por ejemplo, por el Presidente de la Corte Suprema y el Presidente de la República.
- La propuesta de que se aplique el criterio de la “tolerancia cero” respecto de los infractores y del criterio de “a la segunda o tercera tarjeta roja” que comporta el aumento automático máximo de la pena privativa de la libertad. Un caso anecdótico, pero pleno de implicancias, es el planteamiento hecho por un Ministro de Estado de aplicar la “tolerancia cero” respecto de la conducción de vehículos en estado de ebriedad, lo que no solo aumentará las condenas a penas privativas de libertad, sino que resulta contraproducente con la política de fomentar el desarrollo económico del país impulsando la producción y el consumo de pisco, bebida nacional.
- El tratamiento como héroe y miembro honorario de la Policía Nacional de un perro que, como guardián de un depósito de mercaderías, evitó un robo causando la muerte del joven ladrón. Caso que humanizado fue considerado como un acto de legítima defensa. A su muerte, debido a un paro cardíaco, se rindieron al perro héroe honores como miembro del cuerpo canino de la Policía Nacional antes de ser incinerado. Muchos recuerdan su nombre **Lay Fun**, por el contrario nadie recuerda el nombre de su víctima, el ladronzuelo. **El sistema hace desaparecer la víctima** y publicita el can que le provocó la muerte. ¿Cómo no comprender que el legislador disminuya los requisitos de la legítima defensa en caso de robo en las casas, durante la noche o en deshabitadas? ¿Cómo sorprenderse que las personas crean que tienen un derecho amplio y automático para defenderse contra cualquier agresión?

- La actitud extrema que ante casos como el de **Gringacho**, la opinión pública no considere que debe internarse a todo menor, considerado peligroso, aún en cárceles para adultos, si el Presidente de República, entre otros, declara a la prensa que “miserables semejantes solo merecen la cárcel” y que debería plantearse si es que no es necesario reprimir a los padres. Como si la sociedad y su personificación el Estado, no tuvieran responsabilidad alguna en la criminalización de los menores.

Todo esto nos lleva a plantearnos la cuestiones si los planes de prevención, elaborados con la ayuda de técnicos y juristas de alto nivel, no resultan siendo parodias por la falta de voluntad política de llevarlos a cabo, lo que se evidencia en el hecho que los responsables del Estado no otorgan los recursos materiales y personales necesarios. Se trataría de manipulaciones políticas que tienen fundamentalmente la finalidad de propaganda política para ganar los favores de la población y permanecer en el poder. Esperemos que no sea así, aunque no podemos pensar en el dicho de que el infierno está empedrado de buenas intenciones.

10. Bibliografía sucinta

- AGUIRRE, Carlos, *Denle duro que no siente: Poder y transgresión en el Perú Republicano*, Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, Lima, 2008.
- ALBRECHT, Peter, “Kongressvortrag, Aufsatz, Strafrecht ohne Recht?”, en *ZStrR* 131/2013, pp. 385 y ss.
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en *REJ (Revista de Estudios de la Justicia)*, N.º 6, Santiago de Chile, 2005, pp. 161 y ss.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Relatoría sobre Derechos de la Niñez. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011, Original: español.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Les jeunes et la violence. Pour une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace social et les médias*. Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats Leuthard (03.3298) du 17 juin 2003, Amherd (06.3646) du 6 décembre 2006 et Galladé (07.3665) du 4 octobre 2007, Bern 20.05.2009. Versión en línea: <http://bit.ly/1hyLFr3>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Sistema Penal Juvenil. Análisis jurídico social*. Proyecto Justicia Penal Juvenil ILANUD/Comisión Europea. Adjuntía para los

- Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios. Serie Informes Defensoriales, Informe N.º 51, Lima, 2000.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Sistema Penal Juvenil*. Lima, julio del 2012. Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. Serie Informes Defensoriales, Informe N.º 157-2012/DP. Lima, 2012.
- DESCOUBES, Benoît y Frédéric PHAURE, “Aménagements des peines d’incarcération à l’égard des mineurs. Sans les murs?”, en *ERES | Les Cahiers Dynamiques*, 2008/1, N.º 41, 2008.
- DIDIER FASSIN y otros, *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l’État*. Editions du Seuil, ParisParís, 2013.
- DUFRESNE Martin, MACLURE Richard, CAMPBELL Kathryn, “Le mineur sujet de droit et la justice pénale: du “meilleur intérêt à l’aliénation”, en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 49, N.º 2, abril, 2007, pp. 205 y ss.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther y otros, “Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, N.º 7, 2009, pp. 1 y ss.
- GAUCHET, Marcel, “La redéfinition des âges de la vie”, en *Le Débat*, N.º 132, noviembre-diciembre, 2004, pp. 24 y ss.
- HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Schulthess, ZurichZúrich, 2008, pp. 543 y ss.
- JOSITSCH, Daniel; AEBERSOLD, Peter y Caroline SCHWEIZER, “Der Fall Carlos: Chronik und Analyse einer Tragödie”, en *Jusletter* 16, diciembre, 2013.
- MEYER BEDA, Löhner, *Massnahmen nach Jugendstrafgesetz und Massnahmen der KESB – Wechselbeziehungen und Einzelfragen*, AJP, 2014, pp. 11 y ss.
- MORET AUDREY, „La peine privative de liberté pour mineurs en droit pénal suisse. Faut-il construire de nouvelles prisons pour mineurs?”, en *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, N.º 3, 2009. 3/09, pp. 185 y ss.
- NEUE ZÜRCHER ZEITUNG, “Carlos’ muss in den nächsten Tagen entlassen werden”, ein *Neue Zürcher Zeitung*, vom 25.02.2014 Seite 13. Versión en línea: <http://bit.ly/1KrSNCQ>.
- NIGGLI, Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER, Hans, *Strafrecht I: artículo 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz*, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2013.

- OTTENHOF, Reynald, “La responsabilité pénale des mineurs dans l’ordre interne et international”, en *ERES. Revue internationale de droit pénal*, N.º 3, vol. 42, 2001. 2001/3, vol. 72, pp. 663 y ss.
- QUELOZ, Nicolas, “La prison pour mineurs, au-delà des idées fausses”, en *Le Temps*, mardi 07 janvier 2014. Versión en línea: <http://bit.ly/1hUmkZv>.
- REVISTA POLEAMOS, monográfico sobre *Responsabilidad penal de los menores de edad*, Año III, N.º 6, diciembre, 2012. Versión en línea: <http://bit.ly/1LYQD98>.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, “El derecho penal de menores en el Perú”, en *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VII, N.º 03, 2006, pp. 34 y ss.
- TRECHSEL, Stefan y Mark PIETH (editores), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Dike, Zürich, 2012.
- TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE, *Urteil Bundesgericht vom 18. Februar 2014, Strafrechtliche Abteilung*, 6B_85/2014. Versión en línea: <http://bit.ly/1KIgghQ>.

IV

¿El delincuente, un desconocido para el derecho penal?*

Sumario: 1. Introducción. a. Concepción penal clásica. b. Concepción positivista italiana. c. Concepción ecléctica. 2. El delincuente y las ciencias humanas y sociales. a. Biología. b. Sociología. c. Psicológica. d. Teorías de la estigmatización. 3. Aspectos penales. a. Introducción. b. Capacidad penal y peritaje médico legal. c. Capacidad y libertad. 4. Conclusión. 5. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

La evolución del derecho penal se caracteriza por tomar cada vez más en cuenta la subjetividad del comportamiento delictivo. Dos ideas han tenido un rol decisivo. La primera, la responsabilidad personal excluyente de la responsabilidad objetiva; el autor de la acción no es más considerado, por el solo hecho de cometerla, responsable de todas sus consecuencias. La segunda, el hombre debe estar al centro del derecho penal: la personalidad del autor y su comportamiento delictivo deben ser considerados a la luz de los aportes de las ciencias humanas y sociales.

En 1891, Franz von Liszt dijo claramente: “La finalidad del castigo no es el ‘delincuente’ y el ‘delito’ en tanto que entidades jurídicas, sino más bien el hombre y su acto”.

¿Qué se ha hecho para alcanzar este objetivo? Responder a esta pregunta supone, en realidad, presentar y analizar la naturaleza, la finalidad y los límites del

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal* 1988, Lima, 1988

derecho penal. Esta compleja problemática no puede ser, evidentemente, tratada de manera exhaustiva en el marco, restringido del presente trabajo. Ante esta imposibilidad y deseando responder, al menos parcialmente, a la pregunta que sirve de título a nuestro trabajo, vamos, primero a presentar las concepciones generales del derecho penal; luego, nos ocuparemos del problema de las ciencias humanas y sociales en la medida en que se ocupan del delincuente. Enseguida, analizaremos algunos aspectos jurídicos concretos para comprender mejor la dificultad del derecho penal para tener en cuenta la dimensión humana del delincuente. Por último, señalaremos, a manera de conclusión, las apreciaciones que estimamos las más importantes, así como las consecuencias más significativas para los diversos dominios del derecho penal.

a. Concepción penal clásica

La primera ideología penal moderna fue elaborada en el siglo XVIII, época en la cual Europa era el centro del mundo y Francia, el centro de Europa. Los precursores de esta concepción fueron los filósofos franceses. Sus ideas provocaron un amplio y profundo movimiento humanista cuya influencia subsiste aún hoy en día. Este humanismo preconizaba, sobre todo, situar al hombre en primer plano. En el dominio penal, las ideas de Rousseau, Montesquieu, Voltaire han inspirado el combate de los juristas contra la arbitrariedad y la crueldad del sistema punitivo del antiguo régimen¹.

Se levantaron contra el ejercicio abusivo del derecho de castigar por parte del Estado y reclamaron la humanización del sistema penal. De acuerdo con su concepción², el delincuente debería ser considerado como un hombre, sujeto de derecho y no como una cosa, objeto de persecución y de maltrato.

Así, concebir el hombre como un ser dotado de razón³ y de libertad, como señor de sus actos obliga a concluir que el delincuente potencial es también una persona independiente, racional, dotada de la facultad de apreciar la naturaleza de sus actos y la conveniencia de realizarlos.

El fundamento de la responsabilidad es hallado, en consecuencia, en el libre arbitrio. La pena –sufrimiento retribuido por el mal causado– constituye la consecuencia natural. El derecho penal es entonces considerado como un sistema

1 Ver: ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, París, 1981, pp. 48, 66 y 244.

2 BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Milán, 1884, N.º II y XXVII.

3 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, cit., p. 63.

racional y retributivo que sanciona a quien libremente cometa los actos dañinos previstos expresamente en la ley.

La fuente inspiradora de la concepción liberal del derecho penal fueron las ideas humanistas del Siglo de las Luces (siglo XIX).

Los códigos penales fueron redactados en armonía con estas ideas liberales y mediante una técnica legislativa cada vez más perfeccionada. Los juristas, a la luz de los principios humanistas, interpretaron las normas legales para elaborar una explicación sistemática completa.

Este vasto movimiento de ideas penales fue llamado “Escuela clásica del derecho penal”. Sus partidarios afirmaban que el delito es una entidad jurídica cuyo análisis corresponde a los juristas. Consideraban que el hombre delincuente estaba dotado de libre arbitrio; dicho de otra manera, de la capacidad de decidirse independientemente de toda coerción. La aceptación metafísica de esta libertad, les permitió sostener que el hombre era moralmente culpable. Por último, concluyeron que la pena, como castigo retributivo, era la consecuencia lógica y necesaria para el restablecimiento del equilibrio social perturbado por el comportamiento del delincuente. Para aplicarle la tarifa punitiva legal no era necesario preocuparse ni de su personalidad ni de los móviles que lo impulsaron a actuar.

b. Concepción positivista italiana

La reacción contra esta concepción metafísica fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales. Los italianos Lombroso⁴ (iniciador de la antropología criminal) y Ferri⁵ (pionero de la sociología criminal) plantearon la tesis que el hombre criminal es fatalmente empujado a cometer delitos: debido a sus malformaciones biológicas o a las condiciones sociales en que vive. De esta manera, el libre arbitrio y la pena son negados. La responsabilidad social y las medidas de seguridad se transforman en los pilares del sistema punitivo. La concepción penal, inspirada en las ideas deterministas, fue llamada “Escuela positivista italiana”.

En comparación con las ideas penales clásicas, los principios fundamentales de la escuela positivista italiana pueden ser resumidos de la manera siguiente: el

4 LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente*, 5.^a ed., Turin, Fratelli Bocca, 1897.

5 FERRI, Enrico, *La sociologie criminelle in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, París, 1893.

delito es un fenómeno social y no solo una entidad jurídica. El hombre delincuente es determinado en su comportamiento por su constitución individual o por su “*milieu*”. El libro arbitrio no es sino una ilusión. En consecuencia, el delincuente no puede ser considerado como culpable. Su responsabilidad es, por el contrario, de naturaleza social, debido al peligro que representa para la comunidad. Por último, la reacción social debe consistir en una medida de seguridad destinada a eliminar el carácter peligroso del delincuente. La pena retributiva es considerada, en consecuencia, irracional e inútil.

Los trabajos de los positivistas se encuentran, como lo hemos dicho, al origen de la antropología criminal y de la sociología criminal que alcanzaron un éxito considerable. El aporte esencial de los positivistas ha sido señalado por Hamel: “[La] escuela clásica exhorta a los hombres a estudiar la justicia; la escuela positivista incita a la justicia a estudiar los hombres”.

c. Concepción ecléctica

La confrontación de las dos escuelas penales dio lugar, a fines del siglo pasado e inicios del nuestro, a una reforma profunda del sistema punitivo. Los mejores resultados son el fruto de una concepción ecléctica. Un buen ejemplo es el Código Penal suizo⁶, cuyos proyectos sirvieron para elaborar nuestro Código Penal de 1924. Su arsenal punitivo contiene penas y medidas de seguridad. Mediante la primera, se reprime al autor culpable; es decir a quien –a pesar de poder obrar conforme al derecho– ejecuta un acto delictuoso. Las medidas de seguridad son aplicadas al autor calificado de peligroso en razón a los aspectos biosicológicos y sociales de su persona. Es decir, la pena y la culpabilidad suponen la libertad del individuo; la medida de seguridad, el carácter peligroso del agente.

Este modelo ecléctico –alabado e imitado en casi todas partes– ha sido criticado por su neoclasicismo atenuado⁷. Este cuestionamiento se basa, en particular, en los progresos realizados por las ciencias humanas.

6 Ver: KAENEL, P., *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlicher, Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien*, Tesis Berna, 1981; RUSCA, M., *La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss*, Tesis Fribourg, 1981.

7 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, cit, p. 81.

2. El delincuente y las ciencias humanas y sociales

a. Biología

Veamos, brevemente, las orientaciones y los progresos de las investigaciones en esta ciencia. Después de los trabajos de Lombroso, las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del comportamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito. Pensamos, en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos⁸ de bagaje hereditario similar. En los años 30, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en el de los gemelos bivitelinos.

Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba la herencia fuente de toda criminalidad.

Este objetivo también es perseguido por los estudiosos de aberraciones cromosómicas⁹. Estas aberraciones pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastrosas sobre su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Asimismo, se creyó descubrir, en los delincuentes habituales peligrosos, un cromosoma excedente “y”, que fue inmediatamente llamado “cromosoma asesino” las perturbaciones provocadas por este cromosoma harían que su portador cometa actos violentos. Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo, de este cromosoma sobrante.

8 ZERBIN-RÜDIN, E., “Gegenwartiger Stand der Zwillings und Adoptionsstudien zur Kriminalität”, en H. GEPINGER/H. WALDER, *Kriminologische Gegenwartsfragen*, N.º 16, 1984, p. 14.

9 Ver: VALENTINE, G. H., *Die Chromosomenstörungen*, Berlín-New York, 1968; MURKEN, J. D., “Aggressivität als Problem der Genetik”, en ARNO PLACK (ed.): *Der Mythos vom Aggressionstrieb*, München, 1973; JEAN GRAVEN, “Existe-t-il un chromosome du crime? Comment juger le délinquant porteur d'une anomalie génétique XYY”, en *Revue Internationale de Criminologie*, N.º 4, 1968, p. 277; *Le problème de l'anomalie chromosomique*: ib., 1969, N.º 1, p. 21.

b. Sociología

En el dominio de las investigaciones sociológicas, debemos mencionar, entre las principales concepciones, la teoría de la “asociación diferencial” de Sutherland¹⁰. Según este autor, el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con quienes cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Es sin embargo, indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo para el delincuente que para las demás personas.

El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo anticriminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que **vive**, a menos que otros modelos no vengán a oponerse a esta cultura. Es decir que la formación criminal por asociación no se adquiere únicamente por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación.

En segundo lugar, es necesario mencionar la concepción de Alfred K. Cohen¹¹. En su opinión, el comportamiento delictuoso tiene su origen y se desarrolla al interior de una “subcultura criminal”. El grupo delincuente produce valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es solo negativa en la medida que supone la elaboración de “modelos paralelos” de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación.

En tercer lugar, conviene citar la tesis de la anomia social de Merton. Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parson, Robert K. Merton¹² afirma que el comportamiento delictuoso está condicionado por los insuficientes medios

10 SUTHERLAND, Edwin H., *Principes de criminologie*, París, 1966; *White Collar Crime*, New York, Chicago, 1961. Cfr. KINBERG, Olof, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, París, 1960.

11 COHEN, Albert K., *Abweichung und Kontrolle*, München, 1968; SHORT, James y Albert COHEN, *Zur Erforschung delinquenter Subkulturen*, en F. Sack/R. Koenig, *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M. 1974, p. 372.

12 MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, New York, 1968; *Sozialstruktur und Anomie*, en F. Sack/R. Koenig, cit. Ulfried NEUMANN y Ulrich SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980.

legales ofrecidos, a cierto grupo de personas, por la sociedad para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos.

Hay un desacuerdo entre los fines (la cultura) y los medios (la sociedad); pues todas las personas no disponen de los mismos medios. Es decir, estas personas no tienen las mismas posibilidades de acceso al bienestar social. Este desequilibrio entre los fines propuestos y los medios legítimos ofrecidos para alcanzar dichos fines, constituye la anomia. Esta situación empuja ciertas personas a recurrir a medios ilícitos para lograr tales objetivos. La sociedad se caracteriza, en consecuencia, por una ruptura en su estructura sociocultural. Merton va aún más lejos en sus conclusiones respecto de la manera cómo la anomia social influye en el comportamiento del individuo. Lo hace mediante la descripción de modelos de adaptación individual.

c. Psicológica

Mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿Por qué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes? Los psicólogos tratan de responder a esta pregunta investigando por qué la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas¹³.

Las orientaciones psicológicas fundamentales son: la psicodinámica, desarrollada a partir de la teoría de Freud (psicoanálisis clásico), y las doctrinas de Jung y Adler. Existe también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la interpretación clínica de la relación interindividual, e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Husserl, Heidegger, Jaspers). Citemos además la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionalistas que elaboraron las “tipologías criminales”.

Por último, señalaremos la tendencia behaviorista que busca, a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano. Recordemos, por ejemplo, las investigaciones pluridisciplinarias realizadas, en

13 DECHÉNE, H., *Verwahrlosung und Delinquenz. Profil einer Kriminalpsychologie*, München, 1975; B. MUSS, *Gestörte Sozialization, psychoanalytische Grundlagen therapeutischer Heimerziehung*, 2.^a ed., München, 1975; ALEXANDER, F., y H. STRAUSS, *Der Verbrecher und sein Richter. Ein psychoanalytischer Einblick in die Welt den Paragraphen*, Viena, 1929; PIAGET, Jean, *Psychologie et épistémologie pour une théorie de la connaissance*, París, 1970; PINATEL, Jean, “Criminologie et psychanalyse”, en *Revue française de psychanalyse*, 1954, N.º 2, p. 281.

los últimos años, sobre el cerebro y sus funciones. No se tiene aún la suficiente distancia para apreciar los resultados de estos trabajos; pero constituye, sin duda, una veta muy rica de elementos necesarios para explicar el comportamiento humano, en general y, en particular el del delincuente.

d. Teorías de la estigmatización

Buscar la causa del crimen en la persona del delincuente (concepciones biológica o psicológica) o en las condiciones sociales en que se desenvuelve el delincuente (concepciones sociológicas y psicosociológica) supone la certeza que es posible distinguir las personas delincuentes de las que no lo son. Dicho de otro modo, es necesario identificar al hombre criminal o el grupo criminal.

La factibilidad de dicha distinción ha sido cuestionada por las investigaciones realizadas sobre la denominada “cifra negra” de la criminalidad¹⁴. Estos trabajos han demostrado que numerosos comportamientos delictuosos permanecen ignorados. Y que en consecuencia un buen número de delincuentes no son identificados ni castigados. Ellos cohabitan con las personas no criminales, sin que sea posible identificarlos.

De ser aceptada esta descripción, sería indispensable reconocer que todas las teorías destinadas a detectar el o los estigmas del delincuente no tienen objeto real de estudio. Esta es, al menos, la opinión de los sostenedores de la teoría de la estigmatización (*labeling approach*)¹⁵. Los criminales en sí no existirían. Se trataría solo de personas así marcadas mediante un proceso llevado a cabo por las instituciones encargadas de la reacción social contra el delito (Policía, Ministerio Público, jueces, etc.). El criminal no sería pues sino un estereotipo establecido por los órganos de represión penal; el resultado del proceso social de “criminalización”

14 BLANKENBURG, E.; SESSAR, K., y W. STEFFEN, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlín, 1978; KÜRZINGER, J., *Private Strafanzeigen und polizeiliche Reaktion*, Berlín 1978; cf. BERND-RÜDIGER, Sonnen, *Kriminalität und Strafgewalt. Einführung in Strafrecht und Kriminologie*, Stuttgart, 1978, pp. 36 y 39; HANS HAFFERKAMP, *Kriminalität ist normal. Zurgesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns*, Stuttgart, 1972.

15 SACK, F., “Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach”, en *Kriminologisches Journal*, 1972, p. 3; WOLFGANG KECHHEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, München, 1974; BORGHI Marco, *Danno e devianza*, Milán, 1980, pp. 28 y ss.

De esta manera, las investigaciones sobre el crimen o el criminal deberían más bien ocuparse de analizar la naturaleza y el funcionamiento del fenómeno social de la “criminalización”.

3. Aspectos penales

a. Introducción

¿En qué medida el derecho penal ha tenido en cuenta los resultados de estas investigaciones? ¿Refleja su evolución un progresivo acercamiento al hombre real? ¿De qué manera han sido recepcionados los avances hechos en las ciencias sociales? Ante la imposibilidad de responder a estas interrogantes, de manera global en este trabajo, intentaremos hacerlo a través del análisis de un problema específico: la culpabilidad penal.

De acuerdo a los principios básicos del derecho penal, “no hay pena sin culpabilidad”. La culpabilidad supone dos elementos: capacidad penal y libertad de actuar de otra manera.

Capacidad penal significa, de acuerdo con el artículo 85, inciso 1, del Código Penal que el autor tenga, al momento de obrar, la capacidad de comprender el carácter de su acción y la capacidad de determinarse según esta apreciación. ¿Es posible constatar, en todos los casos, la capacidad penal del procesado?

b. Capacidad penal y peritaje médico legal

Plantear esta pregunta comporta interrogarse sobre la posibilidad de sondear y aprehender, en toda su complejidad, el mundo interno de las personas. De hecho, se trata de analizar la naturaleza y los límites de la intervención de los peritos en el proceso penal.

Del perito se esperaba, en una época aún reciente, un examen científico: la descripción del aspecto estudiado sobre la base de constataciones firmes. Hoy en día, esta idea de la pericia es, seriamente, puesta en duda¹⁶. La primera objeción

16 AMBRUS, J., y otros, “Psychiatrie und Strafrecht. Ueberlegungen und Vorschläge einer Arbeitsgruppe”, en *Revue Pénale Suisse*, 100, 1983, p. 72; KLAUS, Ernest, “Was Antwortet der Psychiater dem Strafrecht?”, en GOPPINGER/WALDER, cit, N.º 13, 1987, p. 141; P. WETTERICH, “Der psychiatrische und psychologische Sachverständige im Strafverfahren aus der Sicht des Strafrechtspraktikers”, en GOPPINGER/KAISER. *Kriminologische Gegenwartsfragen*, N.º 12, p. 99.

es de naturaleza metodológica: el experto no se limita a distinguir lo verdadero de lo falso. Debe también –y previamente– escoger un modelo preestablecido con el fin de efectuar su análisis. Esta decisión se encuentra, además, condicionada por el objetivo que pretende alcanzar: jurídico, social o terapéutico.

Al tradicional concepto de pericia, se le formulan otras dos objeciones. Primero, la casi imposibilidad de observar los fenómenos internos de las personas y, segundo, la vinculación afectiva que se establece entre el experto (observador) y la persona estudiada (objeto de la observación). Conscientes de la justeza de estas objeciones, los peritos mismos cuestionan el papel que desempeñan en el proceso penal.

¿Debe renunciarse a la prueba de la capacidad penal del procesado? ¿Es necesario recurrir a una ficción? Para comprender la, respuesta dada por los juristas, se debe considerar que, según ellos, compete al juez la decisión final referente a la capacidad penal del inculcado. Para decidir, está obligado a aceptar sin más la opinión de los peritos. La capacidad penal es considerada como un problema normativo y no como una cuestión de ciencia o de técnica médicas.

Las explicaciones dadas por las ciencias humanas sobre la capacidad penal solo pueden ser útiles, en el ámbito penal, en la medida en que los jueces y penalistas estén suficientemente informados.

c. Capacidad y libertad

La constatación de la capacidad penal del inculcado es indispensable. Según la ley, esta capacidad constituye la condición previa de la punibilidad, que presupone la culpabilidad.

De acuerdo con la opinión predominante, la culpabilidad¹⁷ es un reproche formulado contra el delincuente, quien se decidió –a pesar de su capacidad de obrar conforme al derecho– a realizar un comportamiento ilícito. La culpabilidad supone la libertad del hombre. Este debe haber –en el caso concreto– tenido la posibilidad de actuar de otra manera. Si, en ese momento, estuviera fatalmente determinado a cometer el acto delictuoso, sería imposible reprocharle su manera de actuar.

Aceptar esta última eventualidad significaría negar la culpabilidad y, consecuentemente, la pena en tanto medio útil para orientar el comportamiento de las personas. El derecho penal mismo sería así cuestionado.

17 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, pp. 328 y ss.

De esta manera, volvemos a encontramos en el centro del viejo debate entre los seguidores de la Escuela clásica y los de la Escuela positivista italiana. Dicho de otra manera, entre los defensores del indeterminismo y del determinismo. Nos parece que no se puede, hoy en día, evitar este escollo, sea aceptando a priori la libertad individual, sea afirmando que el derecho penal no requiere tomar partido en este debate. Dos razones existen, por lo menos: primero, las tesis positivistas tienen cierta base científica y, segundo, dichas tesis afectan los fundamentos mismos del derecho penal.

Entre los mismos penalistas, se admite actualmente, que demostrar la libertad individual constituye una tarea casi imposible. De otro lado, el comportamiento humano sería, según la explicación proporcionada por las ciencias sociales y humanas, el resultado de un condicionamiento sea biológico, social o de ambos tipos. Los fracasos experimentados en su demostración no serían sino debidos a limitaciones momentáneas de las ciencias humanas. La libertad humana sería así una especie de “pie de zapa” que se empequeñecería en la medida en que se precisan las causas del comportamiento delincuente.

Los penalistas que defienden las tesis deterministas no son contestes en sus conclusiones. Algunos reclaman la abolición del derecho penal; otros, menos radicales, demandan una reforma profunda en el dominio de los medios de reacción social y de los objetivos a alcanzar o, algunos exigen la substitución de la noción de culpabilidad por otra diferente.

Cabe preguntarse, sin embargo, si es inevitable pronunciarse en favor de una de las dos concepciones opuestas.

Para responder a esta pregunta, nos parece necesario destacar que la controversia entre determinismo e indeterminismo ha sido, generalmente, desnaturalizada. Un real diálogo no se ha producido. Así, se ha considerado, justamente, que esta controversia ha consistido en simples declaraciones de fe impropias a enriquecer una verdadera discusión.

En el estado actual de las investigaciones científicas, resulta altamente dudoso aceptar que el comportamiento individual es, necesariamente, determinado o, totalmente, autónomo. Los especialistas se satisfacen con admitir, prudentemente, el condicionamiento parcial del comportamiento humano.

Aun cuando, por simple hipótesis, se admita que se podrá, un día, aportar la prueba que el comportamiento humano es un hecho predeterminado, la oposición de las dos posiciones extremas no será sino aparente. Cuando se analiza con atención la manera cómo los indeterministas han presentado sus ideas, se percibe que no buscan dar una explicación causal del comportamiento huma-

no. Sus tesis se orientan, más bien, a proporcionar una explicación normativa, compatible con la opción determinista. Bien entendida la idea indeterminista, no sería sino una manera de “revindicar que los hombres sean tratados como personas”; es decir, que sus opiniones y decisiones sean consideradas seriamente. Estas no pueden ser tan fácilmente constatadas como lo es el color de la piel, de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales.

Aquí está en juego la dignidad de la persona humana cuya realidad es una verdad indubitable de nuestra conciencia moral y social. El hombre no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Él tiene, al momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera también que los demás tengan un comportamiento libre. Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida que pueda controlar y orientar su actividad¹⁸.

En derecho penal, se debería discutir, sobre todo, de la manera cómo se podría tener mejor en cuenta la realidad. Ante la improbabilidad de constatar la “posibilidad concreta e individual de actuar de otra manera”, se ha pensado substituir este criterio por el de un modelo normativo general: “la posibilidad de actuar que posee un tipo medio de persona”. Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, bastaría comparar sus actos al comportamiento propio a una persona media.

Aunque el empleo de este criterio facilita la administración de justicia, da pie a que se reproche al derecho penal su alejamiento de la realidad empírica y, en particular, de la personalidad real del hombre.

Para refutar esta crítica, se propone dar a la culpabilidad un contenido diferente del que le reconoce la teoría tradicional. Desde una perspectiva de política criminal, la culpabilidad debería ser reformulada de acuerdo a los fines fundamentales de la pena. Su función esencial sería la de constituir el límite máximo de la penalidad.

Este es un problema que no vamos profundizar aquí. Sin embargo, es necesario subrayar que no es indispensable recurrir a ficciones o a afirmaciones *a priori* para aceptar que el comportamiento humano sea, salvo ciertas circuns-

18 Cft. SANTIAGO NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, p. 382; ANCEL, Marc, *Responsabilité et défense sociale*, en *Revue de science criminelle et droit penal comparé*, cit., p. 249, 1959, p. 181; KAUFMANN, Hilde, “Concepciones del hombre en Derecho Penal”, en *Doctrina penal*, Buenos Aires, 1981, pp. 22-23; MAX PLANCK, *Vom Wesen der Willensfreiheit*; PETER VAN INWAGE, *Die Unvereinbarkeit und Determinismus*, en *Pothast Ulrich* (editor), *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., 1978, p. 115.

tancias, el resultado de una cierta autodeterminación del autor. Esta idea no es contraria a los criterios preponderantes en las ciencias sociales y humanas. La idea del hombre como persona capaz de autodeterminarse, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, se encuentra a la base de la organización social tal como la conocemos. Su aceptación supone, como lo hemos explicado con anterioridad, una consagración de la dignidad basada en su sentimiento de libertad personal.

La noción de culpabilidad es, en consecuencia, de carácter normativo; pues solo sirve para atribuir a una persona un determinado comportamiento. Así comprendida, la culpabilidad no proporciona ningún elemento útil para explicar la génesis del comportamiento delictuoso. Explicar este origen es materia de las ciencias sociales y humanas¹⁹.

Su influencia decisiva debería servir para delimitar la responsabilidad, para escoger y justificar los medios de reacción social y, más ampliamente, para fijar los fines del derecho penal.

4. Conclusión

Estimamos conveniente destacar los siguientes aspectos:

- a. El liberalismo fue un himno polifónico a la “santa libertad” individual que, en el último siglo, se difundió ampliamente en el mundo. Más aún, este elogio a la libertad del hombre se transformó en un sistema de pensamiento. Sobre sus principios, se elaboró la primera concepción del hombre-delincuente. Esta concepción ha dejado de ser un instrumento útil para explicar la criminalidad o para organizar la reacción social contra ella. Esta reacción es la consecuencia de la acción delictiva; es decir, del acto cometido por una persona contra el orden jurídico. Este acto es la manifestación de la interacción de un individuo en relación con los otros, de un individuo en relación con su micro-sociedad y con la macro-sociedad en la que se encuentra inserto. El estudio de este comportamiento, desde una perspectiva sociológica, necesita –para evitar equivocaciones o un análisis superficial– el estudio de las características de la personalidad del autor.

19 JESCHECK, op. cit., p. 330. Cf. CLAUS, Roxin, “Zur jüngsten Diskussion über Schuld Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, en *Bokelmann Festschrift*, München, 1979, p. 279; STRATENWERTH, Günther, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe, 1977; OTTO HARRO, “Ueber den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1981.

- b. Si es de reprochar algo a los partidarios de la concepción biológica de la criminalidad es su metodología incorrecta.
- c. El crimen no puede ser observado científicamente como un fenómeno aislado. El organismo y la personalidad de todo individuo se encuentran condicionados por innumerables factores externos. Las generalizaciones apresuradas, formuladas por autores poco amantes de las constataciones empíricas, han desacreditado la concepción biológica. Su influencia sobre la legislación y la política criminal son insignificantes.
- d. Actualmente, las teorías que ofrecen más medios de análisis para explicar el fenómeno delictivo son las teorías de corte sociológico. La fuente de la criminalidad es buscada en el proceso de socialización del individuo. El comportamiento criminal es así percibido como una conducta aprehendida socialmente.
- e. Además de la orientación común que las caracteriza, las concepciones sociológicas no están en condiciones de proporcionar una explicación homogénea del hecho criminal. Sus diferencias radican en que no se atribuye la misma importancia a los mismos factores criminógenos.
- f. Recordemos que las explicaciones sociológicas no brindan, al delincuente, una excusa individual de su comportamiento. Tales explicaciones buscan esclarecer el fenómeno social de la criminalidad y facilitar la comprensión de los casos particulares.
- g. Las constataciones interesantes hechas por los defensores de las teorías de la estigmatización o del interaccionismo no pueden justificar ni el abandono de las investigaciones sociológicas, ni la renuncia al sistema punitivo-legal.
- h. Es verdad que no se puede, solo mediante los hechos o únicamente mediante las normas legales, individualizar al criminal, ni al acto constitutivo de una infracción. Es inaceptable, de otro lado, estimar que este proceso de identificación sea solo la obra de las instancias formales de control social.
- i. Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la criminalidad, las “cifras negras de la criminalidad” serían entonces inconcebibles. Los actos ignorados no merecerían el calificativo de “crimen” y los autores desconocidos no merecerían ser llamados “criminales”, en tanto que los órganos de control social no hayan tenido la ocasión de marcarlos. La teoría de la estigmatización tiende a anular el argumento crítico que ella misma formula contra las teorías biológica,

psicológica y sociológica. Dicho argumento consiste en denunciar la existencia de un objeto preciso de estudio.

- j. La criminalidad y el crimen constituyen una parte de la realidad, aun cuando no existan criterios unívocos para precisar los límites de la primera, ni identificar al segundo. A pesar de todo, es cierto que no se puede, ahora, ignorar ingenuamente la acción estigmatizante del proceso penal.
- k. El determinismo es una teoría descriptiva: el comportamiento humano es el resultado necesario de circunstancias anteriores.

Si esta tesis significara que las decisiones o las opiniones de las personas pueden ser ignoradas para explicar su comportamiento, la concepción determinista constituiría una hipótesis normativa cuya demostración causal no puede ser apodada. La concepción indeterminista contiene –por el contrario– una tesis normativa que postula la toma en consideración seria de las opiniones y de las intenciones de cada uno. No se puede entonces descalificar a alguien afirmando que está determinado, sea por sus experiencias infantiles, por su condición social o por los procesos síquicos que tienen lugar en su cerebro.

En resumen, las opiniones y los juicios humanos no pueden ser asimilados a actos reflejos condicionados. El sentimiento de libertad de las personas es una realidad incontestable. Su reconocimiento constituye una reafirmación de la dignidad de la persona humana.

Al final de esta exposición, suponemos que han entrevisto nuestra respuesta a la pregunta: ¿El hombre delincuente, un desconocido para el derecho penal? El hombre delincuente por naturaleza no existe. Cada uno de nosotros puede devenir en delincuente. Aunque este hecho dependa tanto de las circunstancias personales como de las sociales, la libertad humana es también un factor a tomar en cuenta. Y no olvidemos que el proceso de estigmatización, al cual la justicia participa, es también un factor importante.

La firmeza de la intervención estatal y la fragilidad de la persona humana reclaman de las ciencias humanas (psicología, psiquiatría, sociología o biología) una intervención decisiva en la organización de la reacción social contra el crimen.

En primer lugar, esto supone que dichas ciencias logren precisar y unificar sus criterios fundamentales referentes al hombre. En segundo lugar, es necesario que los penalistas busquen asimilar mejor los conocimientos adquiridos por las ciencias humanas. Al respecto, no es de olvidar las dificultades metodológicas existentes. En tercer lugar, el legislador debe estar dispuesto a modificar la le-

gislación penal y a reorganizar el proceso penal para ofrecer al juez los medios necesarios para conocer mejor al inculgado. Por último, nosotros profesores de derecho penal deberíamos tratar de que nuestros alumnos conozcan al delincuente en la misma medida en que nos empeñamos que conozcan la infracción.

5. Bibliografía sucinta

- ALBRECHT, Peter, “Kongressvortrag, Aufsatz, Strafrecht ohne Recht?”, en *ZStrR* 131, 2013; BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, “El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 6, Año 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RELATORÍA SOBRE DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011. Original: español.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Les jeunes et la violence. Pour une prévention efficace dans la famille, l'école, l'espace social et les médias. Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats Leuthard (03.3298) du 17 juin 2003, Amherd (06.3646) du 6 décembre 2006 et Galladé (07.3665) du 4 octobre 2007, Bern 20.05.2009. Versión en línea: <http://bit.ly/1hyLFr3>.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, JO-SITSCH, Daniel; AEBERSOLD, Peter y Caroline SCHWEIZER, “Der Fall Carlos: Chronik und Analyse einer Tragödie”, en *Jusletter* 16, Dezember, 2013.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Sistema Penal Juvenil. Análisis jurídico social. Proyecto Justicia Penal Juvenil ILANUD/Comisión Europea. Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios. Serie Informes Defensoriales Informe N.º 51, Lima, 2000.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Sistema Penal Juvenil. Lima, julio del 2012. Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. Serie Informes Defensoriales-Informe N.º 157-2012/DP. Lima, 2012.
- DESCOUBES, Benoît y Frédéric PHAURE, *Aménagements des peines d'incarcération à l'égard des mineurs*. Sans les murs? en *Les Cahiers Dynamiques*, N.º 41, Éditeur ERES, 2008; DIDIER FASSIN, et al, *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'État*, Editions du Seuil, París, 2013.
- DUFRESNE, Martin, Richard MACLURE y Kathryn CAMPBELL, “Le mineur sujet de droit et la justice pénale: du meilleur intérêt à l'aliénation”, en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 49, N.º 2, abril, 2007.

- FERNÁNDEZ MOLINA, Esther *et al.*, “Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 8, N.º 7, 2009.
- GAUCHET, Marcel “La redéfinition des âges de la vie”, en *Le Débat*, Gallimard, N.º 132, *L'enfant-problème*, 2004/5, novembre-décembre 2004; HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Schulthess, Zurich, 2008.
- LÖHRER MEYER, Beda, “Massnahmen nach Jugendstrafgesetz und Massnahmen der KESB-Wechselbeziehungen und Einzelfragen”, en *AJP*, 2014.
- MORET, Audrey, “La peine privative de liberté pour mineurs en droit pénal suisse. Faut-il construire de nouvelles prisons pour mineurs?”, en *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, N.º 3, 2009, pp.
- Neue Zürcher Zeitung, “‘Carlos’ muss in den nächsten Tagen entlassen werden”, en *Neue Zürcher Zeitung vom 25.02.2014* Seite 13. Versión en línea: <http://bit.ly/1KrSNCQ>.
- NIGGLI, Marcel Alexander y Hans WIPRÄCHTIGER, *Strafrecht I: artículo 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz*, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2013.
- OTTENHOF, Reynald, “La responsabilité pénale des mineurs dans l’ordre interne et international”, en *Revue internationale de droit pénal*, N.º 3, vol. 72, 2001.
- QUELOZ, Nicolas, “La prison pour mineurs, au-delà des idées fausses”, en *Le Temps, mardi 07 janvier 2014*. Versión en línea: <http://bit.ly/1hUmkZv>.
- REVISTA POLEMOS, *Responsabilidad penal de los menores de edad*, Año III, N.º 6, diciembre 2012. Versión en línea: <http://bit.ly/1iIaXUa>.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, “El derecho penal de menores en el Perú”, en *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VII, N.º 3, 2006. Versión en línea: <http://bit.ly/1N2VolB>.
- TRECHSEL, Stefan (Editor); PIETH, Mark (Editor), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, Dike Verlag AG, Zürich, 2012.
- TRIBUNAL FÉDÉRA SUISSE, *Urteil Bundesgericht vom 18, Februar 2014*, Strafrechtliche Abteilung, 6B_85/2014. Versión en línea: <http://bit.ly/1KIgghQ>.

V

Reflexiones sobre globalización y derecho penal: el caso suizo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Globalización. 3. Perspectiva histórica. 4. Delincuencia. 5. Criminalidad organizada. 6. Lucha internacional contra la criminalidad organizada. 7. Criminalidad económica y criminalidad organizada. 8. Actitud suiza frente a la globalización y el derecho penal. 9. Aspectos particulares. a. Primer periodo b. Segundo periodo 10. Corrupción. 11. Dificultades de la justicia.

1. Introducción

El tema de mi exposición es “La globalización y el derecho penal”. Por su amplitud y complejidad es imposible tratar a fondo, al menos, sus aspectos esenciales. Por esto, estoy obligado a presentar algunos de los diversos aspectos del sistema de control penal, los mismos que despiertan gran interés por el riesgo que significan y por las perspectivas diversas en que pueden ser tratados.

La problemática abarcada por la expresión globalización y derecho penal es bastante compleja. Esto se debe, en principio, a la dificultad para comprender debidamente el contenido y la extensión de lo que se busca señalar con el término “globalización”. De la manera como se haga dependerá la determinación de las consecuencias que tiene en el derecho penal. Esta última expresión requiere ser igualmente precisada, en la medida que es indispensable saber si se trata de todo el sistema de control penal o solo del derecho penal en sentido estricto: derecho penal material y derecho procesal penal.

* Texto inédito establecido para dictar una conferencia en Guanajuato, México, 2007.

Esto permite comprender la diversidad de contenidos de los innumerables trabajos que se han publicado bajo títulos, cuyo rasgo común es la utilización de las expresiones globalización y derecho penal u otras similares. Otro factor que les da el mismo aire de familia es la pluralidad de perspectivas filosóficas, sociológicas y jurídicas adoptadas. Entre las cuales podemos señalar mencionándolas acopladas y como si se opusieran o complementaran, por ejemplo, derecho penal mínimo y derecho penal máximo, derecho penal de riesgo y expansión del derecho penal, derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.

Está demás relevar a tan ilustrado auditorio que por razones de tiempo y, en particular, por la capacidad limitada de quien les habla, esta exposición no puede abarcar los innumerables temas que sugiere el título tan vasto de esta conferencia. Así, solo sobrevolaré las vastas perspectivas acabadas de mencionar. Osaré, por el contrario, describir la manera como se han presentado los efectos de la globalización en Suiza y de qué manera los helvéticos los han afrontado.

2. Globalización

Para centrar los diversos aspectos que analizaré, me parece conveniente, siguiendo en especial a Ulrich Beck, destacar ciertos factores que caracterizan la denominada globalización:

- Ampliación del espacio geográfico, acompañado por el constante crecimiento del intercambio internacional, la vastedad de los mercados financieros y del poder cada día mayor de las empresas multinacionales;
- La intensificación permanente de la técnica informativa de los medios de comunicación;
- La centralización de la política mundial en pocos polos de decisión internacional;
- La imposición y reconocimiento como exigencia mínima generalizada de los derechos humanos;
- La pobreza extrema de la mayor parte de la población mundial y la gran concentración de riqueza de un sector minoritario; las que generan las inmigraciones de los pobres y desocupados hacia los países ricos;
- La degradación marcada del medio ambiente;
- La difusión de modelos culturales procedentes de los centros de poder y la resistencia de culturas locales por su supervivencia;

- El surgimiento de conflictos locales debido al intervencionismo de los centros de poder mundial, motivados por razones económicas y políticas.

3. Perspectiva histórica

La denominada globalización es solo la etapa actual de la constante evolución de la humanidad. Entre los hitos principales y con referencia a nuestro contexto político y cultural, señalemos, primero, la globalización del mundo antiguo realizada por el Imperio romano. Luego, la extensión de las fronteras de este mundo por las monarquías absolutas, sobre todo portuguesa, española e inglesa. Las que, con los grandes descubrimientos de mundos hasta entonces desconocidos y con su colonización, incorporaron al sistema social, económico, político, cultural y religioso esos extensos territorios y a los innumerables pueblos aborígenes que los poblaban.

El mundo continuó ampliándose y se consolidó, en el marco del desarrollo de las relaciones capitalistas, con la aparición del Estado-Nación. Si consideramos el caso de Francia, el nuevo Estado, surgido de la revolución inspirada en las ideas de la Ilustración, se refuerza con Napoleón. Para lo cual, por razones económicas y políticas, desencadena una sucesión de guerras de conquista. Lo que tiene como consecuencia la difusión de la nueva ideología política y el establecimiento de diversos Estados republicanos. Con lo que las relaciones políticas y económicas se profundizan mediante la dominación de diversas regiones del planeta por parte de las metrópolis.

La capitalización y la industrialización modernas han creado nuevas condiciones y variado la correlación de fuerzas sociales y económicas a tal punto que el Estado-Nación fue fuertemente cuestionado. Así, se internacionalizaron las relaciones, los movimientos sociales, los partidos políticos; se ampliaron los mercados nacionales y se produjo una nueva conquista de mercados. Claros ejemplos fueron la colonización de África y Asia por las potencias imperiales europeas, así como el dominio neocolonial en América Latina.

Los progresos técnicos, científicos, de gestión, comunicación y transporte producen cambios radicales en las relaciones de las personas con los bienes, con el Estado y entidades colectivas, así como entre ellas mismas. Estas transformaciones se caracterizaron por su tendencia cada vez más intensa a abarcar todos los ámbitos del planeta y a implantar modelos económicos, políticos, culturales y jurídicos homogéneos.

Debido a la incapacidad del Estado-Nación para gestionar este vertiginoso desarrollo, se han formado comunidades y organismos internacionales para hacer frente a problemas de índole mundial. Junto a estas colectividades y en fuerte competencia, se desarrollan empresas de índole internacional. Esta nueva situación comporta la debilitación de las fronteras nacionales y hasta su supresión. Los límites de las comunidades estatales o los fijados mediante acuerdos internacionales no son de la misma índole que la de las cuestionadas fronteras nacionales.

En este contexto, se diluyen las comunidades culturales que se forjaron con el Estado-Nación. Lo mismo sucede con los órdenes normativos que estructuraban las identidades nacionales. La eclosión a nivel mundial altera fuertemente esas referencias. Es en esta fase en la que nos encontramos y que llamamos globalización, mundialización, internacionalización y de diversas otras maneras, buscando siempre identificar mejor este fenómeno que nos sumerge.

4. Delincuencia

Este nuevo contexto social ha condicionado la transformación del fenómeno delictivo, en la medida en que se ha adaptado a las nuevas condiciones y ha recurrido a las nuevas técnicas para actuar con más eficacia. En esta perspectiva ha adquirido las mismas características de los demás fenómenos sociales propios de la mundialización. Así, se han desarrollado nuevas formas de criminalidad que se distinguen por su organización transnacional, su estructura compleja y diversificada, su opacidad, clandestinidad y violencia.

En el aspecto cuantitativo, las nuevas formas de criminalidad se distinguen por el aumento notable de los actos de violencia e intimidación, de tráficos ilícitos de diversa naturaleza, de las defraudaciones cuantiosas, de la explotación indebida de las operaciones bursátiles, de la circulación indebida del producto de las actividades delictuosas. Cualitativamente, se destacan por la constante profesionalización y tecnificación, la complejidad y amplitud de las redes delictivas, la internacionalización creciente, la creación y el uso de empresas complejas en las actividades delictuosas, la explotación ilícita de la informática.

Esta criminalidad explota eficazmente a los efectos perversos de la mundialización. Si bien es cierto que esta tiende hacia la ampliación extrema de las actividades económicas, políticas y culturales, también es la causa de fenómenos como la regionalización, los nuevos nacionalismos, los conflictos armados localizados, la confrontación entre los pueblos pobres del hemisferio sur y los ricos del hemisferio norte. En esta perspectiva, es de tener en cuenta las nuevas amenazas terroristas,

el tráfico clandestino de inmigrantes, la trata de personas (en especial de menores y de mujeres) con fines de prostitución y pornografía, los fraudes en el marco de los nuevos sistemas internacionales (por ejemplo, los que afectan al sistema de subvenciones de la Unión Europea), el tráfico de armas, drogas, cartas de crédito y vehículos motorizados, los actos de corrupción y de infiltración en las esferas de poder político y de la economía formal, las operaciones de blanqueo de dinero y de explotación de información privilegiada en la bolsa de valores.

La globalización de la delincuencia trae consigo también la globalización de las reacciones contra ella. Sin embargo, la complejidad de la situación y la diversidad de centros de toma de decisiones impiden la elaboración de una política criminal general, coherente y eficaz. Esta problemática ha devenido en la preocupación central de las discusiones y análisis internacionales.

5. Criminalidad organizada

El fenómeno de la globalización criminal se manifiesta mediante la comisión de determinados comportamientos punibles, presentándose como expresión de una red poliforme profundamente relacionada. De modo que el análisis de uno de esos comportamientos revela que su realización implica la comisión de alguno o algunos otros de los demás comportamientos. Teniendo en cuenta esta peculiaridad, aún a riesgo de cierta arbitrariedad, resulta indispensable partir de la presentación de la que aparece como la más emblemática. A mi parecer, esta es la denominada criminalidad organizada. Por su enorme capacidad económica, sus ramificaciones nacionales y transnacionales, su organización estratificada e influencia política, esta criminalidad tiene una gran capacidad de mimetismo con relación a las mutaciones de la sociedad (de orden económico, político, jurídico, etc.).

En sus diversas manifestaciones, esta se constituye como una verdadera empresa o industria delictiva, inspirada por una estrategia de máximo provecho, de racionalización de esfuerzos y de amplitud transnacional. Generalmente, es conformada por grupos unidos por vínculos familiares, de clan o étnicos, asimismo por organizaciones terroristas y criminales profesionales. Sus actividades son solo y deliberadamente delictuosas, pero también pueden ser desarrolladas encubiertas en actividades lícitas de la economía formal. Para comprender mejor este fenómeno, debe observarse el conjunto de los comportamientos individuales y no solo considerarlos como actos criminales individuales.

La organización criminal puede ser definida como un conjunto de agentes vinculados entre sí, de manera estable y estructurada, los cuales actúan con cierta

autonomía. Su objetivo es enriquecerse al máximo y para lo cual recurren, en especial, a la explotación sistemática y coordinada de ocasiones calificadas como delictuosas por el sistema de control social. La organización criminal se caracteriza, por ejemplo, por el número de participantes, la frecuencia de sus acciones delictuosas y la procedencia de la mayoría de agentes, comprendido el estatus de estos.

Es interesante destacar la manera cómo se ha definido la criminalidad organizada con la finalidad de establecer y coordinar los esfuerzos necesarios para combatir esta forma de delincuencia. Así, por ejemplo, la secretaría internacional de INTERPOL, en ocasión del primer Coloquio internacional sobre la criminalidad organizada (Francia, mayo 1988), la ha definido diciendo que “es todo grupo o asociación de personas dedicadas a la práctica continua de actividades ilícitas, con el fin de obtener beneficios patrimoniales sin respetar las fronteras nacionales”. En la misma perspectiva, la Unión Europea la concibe como una “asociación estructurada, constituida por dos o más personas y por un lapso determinado, que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer infracciones penadas con prisión no menor de cuatro años. Estas infracciones deben constituir un fin en sí mismas o un medio para obtener ventajas patrimoniales y, llegado el caso, influenciar en el funcionamiento de las autoridades públicas”.

El crimen organizado favorece y se aprovecha de las debilidades democráticas y burocráticas de los Estados, de la complejidad y amplitud de los mercados nacionales e internacionales y, en general, de las relaciones sociales; sobre todo, mediante la corrupción confisca el Estado a favor de un grupo, el mismo que se coloca por encima de la ley. Los miembros del Estado obtienen beneficios indebidos mediante el ejercicio del poder otorgado por la función que ocupan y se someten a los dictados e intereses de los delincuentes organizados.

6. Lucha internacional contra la criminalidad organizada

Para tener una idea, al menos parcial, de la manera cómo se reacciona a nivel internacional frente a la criminalidad organizada, veamos la actitud de la Unión Europea. Esta busca, en general, garantizar una cooperación judicial eficaz en materia penal. En el artículo 31 del Tratado de Ámsterdam, se prevé que esta cooperación debe comprender “la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas”.

Al respecto, hay que tener en cuenta que el espacio común europeo creado en Maastricht ha fomentado la libertad de movimiento tanto de personas como

de bienes. Sin embargo, no se ha organizado un sistema penal europeo. El sistema presenta un vacío debido a que, por un lado, se han abierto las fronteras y el libre tránsito de las personas, lo que facilita el libre desplazamiento de los delincuentes; por el otro, no se ha establecido un sistema de desplazamiento de los funcionarios policiales y judiciales. De modo que si bien la desregulación de los mercados financieros, la libertad de movimiento de capitales, las redes internacionales de comercio, la apertura de fronteras dentro de los espacios comunes constituyen elementos consustanciales de la economía mundial actual, también son terreno propicio para la delincuencia en general y, en particular, la criminalidad organizada. Esta se distingue, precisamente, por la manera cómo explota toda debilidad del sistema para llevar a cabo sus actividades delictuosas con las que obtiene ingentes beneficios. Los mismos que le permiten consolidarse y desarrollarse en detrimento de todo el sistema social.

Mediante diversas recomendaciones –por ejemplo, la recomendación (81)12 y recomendación (88)18–, la Unión Europea ha instado a los países miembros a prever sanciones punitivas para reprimir la delincuencia económica en general y, en especial, la ejecutada en el ámbito de las actividades de las empresas, tomando en consideración la índole de la infracción, la intensidad de la responsabilidad y la gravedad de las consecuencias perjudiciales. Para que esta política criminal sea efectiva es indispensable armonizar las legislaciones penales nacionales evitar así vacíos normativos; y, a nivel de organización, instaurar un sistema de control eficaz, por ejemplo, extendiendo las facultades de Europol.

La Comunidad de Estados Independientes (CEI) ha señalado últimamente que los grupos criminales que actúan en el ámbito de la comunidad continúan teniendo una vasta red de relaciones y que, por ejemplo, utilizan a Suiza, en particular, para depositar y lavar los fondos que obtienen ilícitamente. Dichos grupos muestran una organización flexible y disponen de numerosos contactos internacionales. Su presencia y sus actividades representan un grave riesgo para la economía, la estabilidad de las instituciones y el mercado financiero de los países concernidos.

7. Criminalidad económica y criminalidad organizada

Uno de los aspectos más interesantes de esta problemática es el de las relaciones existentes entre la criminalidad organizada y la criminalidad económica. Sin duda, ambas están íntimamente vinculadas. Asimismo, la intensificación de estas formas de criminalidad se ha producido paralelamente con la enorme expansión de los mercados financieros internacionales en las dos últimas décadas.

La mayor parte de especialistas son contestes en señalar como **elementos comunes a estas dos formas de delincuencia:**

- El afán ilimitado de enriquecimiento y de acumulación, tanto de bienes como de poder, que les sirve de motor principal.
- El carácter profesional de los autores que delinquen y esto de manera cada vez más intensa debido a que recurren a medios tecnológicos e informáticos más modernos, así como a los más refinados instrumentos financieros y de especulación, y difíciles de controlar. La especulación aumenta constantemente, fuera de todo control público. La economía virtual se impone a la economía real.
- La dimensión planetaria debido a la cooperación que se prestan grupos de delincuentes de diversos países, por encima de las fronteras nacionales y sin respetar tanto las soberanías estatales como los ordenamientos jurídicos locales. Por la magnitud e intensidad alcanzadas, bien puede hablarse de macrocriminalidad.

A pesar de estas características comunes y su desarrollo compenetrado, no se superponen plenamente y, por tanto, deben ser distinguidas.

La criminalidad organizada se caracteriza por:

- Ser un asunto de verdaderos “carteles” del crimen.
- Que han surgido y se han desarrollado en una dinámica constante de conflicto (oposición, dominación y aplastamiento).
- Las actividades criminales que practican son el medio esencial de su funcionamiento y de supervivencia, siendo más amplias y numerosas que la criminalidad económica.
- Estas organizaciones reinan, primero, por el terror y ejercen una violencia homicida implacable.
- La peligrosidad potencial de la criminalidad organizada es claramente superior a la de la criminalidad económica. Las interacciones entre la criminalidad organizada y la sociedad y la economía formales, oficiales, así como las relaciones de reciprocidad que las vinculan son en efecto muy importantes. (Wyss 1999, habla de relación dialéctica).

Por el contrario, la criminalidad económica “tradicional” se distingue:

- Porque se origina más bien en el ámbito de una empresa (cualquiera sea su talla), cuyo capital inicial ha sido habido de manera legítima para permitirle participar en los procesos económicos legales.

- Según las circunstancias, contextos, coyunturas (ciclos económicos) u oportunidades, sus actores recurren a actividades astuciosas o fraudulentas, sea para aumentar sus beneficios y su dominio sobre el mercado, sea para tratar de superar dificultades económicas (endeudamiento o crisis de liquidez, por ejemplo), pero (al revés de las empresas mafiosas) sin la voluntad de recurrir a actos de violencia física (intimidación, hasta eliminación).

Las actividades de **ambas formas de criminalidad se entrecruzan**, sobre todo,

- En ocasión de los delitos económicos o financieros realizados por las organizaciones criminales (fraudes, corrupción, reciclaje de los productos obtenidos mediante diversos tráficos ilegales y reinversión en la economía legal);
- Asimismo, cuando una empresa multinacional, como un fabricante de cigarrillos, promueve el contrabando de esta mercadería en ciertas regiones para infiltrar nuevos mercados e implantarse. Tal empresa no solo comete delitos económicos (por ejemplo, violaciones a los reglamentos aduaneros y fiscales o por la corrupción), sino que también participa a actividades de la criminalidad organizada. Sin constituirse en una organización criminal, esta empresa actúa en complicidad utilitaria, respecto de cada caso particular, con organizaciones criminales.

8. Actitud suiza frente a la globalización y el derecho penal

La reacción de Suiza ante la evolución de la criminalidad debida a la internacionalización y condicionada por la modernización progresiva de las relaciones sociales, comerciales, financieras, así como por los progresos técnicos, el refinamiento de procedimientos delictivos y la acentuación de la violencia, se ha producido paulatinamente en todos los niveles del control social y, en particular, del control penal en sentido amplio.

Hay que tomar también en consideración las características del Estado suizo, constituido en una confederación en la que si bien el Estado Federal tiene el poder de dictar leyes penales, los cantones que la constituyen conservan parte de este poder y además el de regular el proceso penal, la administración de justicia y la organización policial.

Esta dispersión y complejidad del ejercicio del control penal han obligado a las autoridades suizas a profundizar, en primer lugar, la coordinación y la uni-

ficación de los recursos cantonales. De esta manera, se ha buscado hacer más efectiva la lucha contra la criminalidad dentro de las mismas fronteras suizas. Luego, a establecer acuerdos bilaterales, tanto económicos como judiciales, con la Comunidad Europea a la cual ha decidido no integrarse. Esto tiene como consecuencia que si bien la Suiza no participa con pleno derecho a la toma de decisiones de los órganos de la comunidad, debe adoptarlas al discutir las cláusulas de los convenios bilaterales que suscriba.

Asimismo, no hay que olvidar, por un lado, la lentitud de los procedimientos legislativos, debido, por ejemplo, a que todo proyecto de ley es sometido a un proceso de consulta de todos los organismos particulares o públicos concernidos por el objeto de la futura ley (por ejemplo, partidos políticos, sindicatos de obreros o funcionarios, profesores universitarios, iglesias, organismos no gubernamentales, etc.). Por otro lado, la posibilidad de que, una vez aprobado el proyecto por el Parlamento, haya lugar a un referéndum popular.

Un actor esencial en el contexto señalado es el Tribunal Federal, órgano de casación y que tiene como función primordial la de uniformizar la interpretación y la aplicación de las leyes estableciendo criterios orientadores para los diversos jueces y tribunales cantonales. La actividad de los magistrados de dicho tribunal se caracteriza por su creatividad y amplitud, lo que les permite innovar criterios de modo a hacer innecesaria la modificación de la ley o a indicar pautas para los cambios que resulten necesarios.

9. Aspectos particulares

a. Primer periodo

Siguiendo aunque sea parcialmente la perspectiva en que hemos descrito el fenómeno de la globalización, creo oportuno presentarles algunos casos que revelan el particular proceder helvético.

El Código Penal suizo data de 1942, fecha en que culminó un largo proceso de unificación comenzado en 1889 y que significó la abrogación de los 25 códigos penales cantonales. Código bastante moderno y que inspiró a varios legisladores de diversas latitudes. Para los efectos de esta exposición, destaquemos tres casos puntuales considerando el nivel de la criminalidad a inicios del siglo XX: primero, que la comisión se reputaba cometida tanto en lugar del acto como en del resultado; segundo, la tentativa era definida como el comienzo de la ejecución de la infracción; y tercero que la apropiación ilícita y el hurto tenían como objeto de la acción delictuosa una cosa mueble ajena.

El primero se refiere al criterio de la **ubicuidad**, previsto en el artículo 7. Este inicialmente fue interpretado en sentido restrictivo y luego en sentido amplio, en la medida en que se consideraba como resultado cualquier efecto de la infracción cometida en el extranjero que se produjera en territorio suizo. De modo que se llegó a considerar aplicable la ley suiza a quien, habitando en Francia, no cumpliera con pagar la pensión alimenticia, según el derecho civil, en beneficio de su hijo menor residente en Suiza. Asimismo, al delincuente que hubiera estafado, en Italia, a un hombre de negocios suizo, hecho que perjudicaba a la empresa establecida en Suiza. Este criterio fue posteriormente abandonado por excesivo, al conducir a la aplicación desmesurada del principio de la territorialidad y, sobre todo de la cuasi territorialidad en búsqueda de una sobreprotección de los intereses del Estado, así como a que se consideren superfluos los principios de la personalidad activa o de la personalidad pasiva.

El segundo se refiere a la represión de la **tentativa** que fue ampliada de manera importante con la adopción, como criterio predominante, el subjetivo que permitió considerar comenzada la ejecución de la infracción cuando el autor hubiera realizado un acto que, según su proyecto delictivo, constituya el paso decisivo y, por tanto, el punto de no retorno (vuelta atrás). Con lo que no solo se logró acentuar la represión del aborto, sino reprimir comportamientos que atacaban la estabilidad económica y política. Esta interpretación que hacía además difusos los límites en que habían sido incriminados ciertos delitos políticos. Como por ejemplo, la traición a la patria. Según el artículo 265, realiza este crimen quien comete un acto “tendiente a modificar por la violencia la Constitución [...] a deponer por la violencia las autoridades políticas, instituidas por la Constitución o colocarlas por la violencia en la imposibilidad de ejercer su poder [...]”. Verdadero delito de peligro abstracto, puesto que basta que un grupo de personas se reúna con la decisión de rebelarse para que sea considerado como un acto dirigido, tendiente a atacar la estabilidad política de la Confederación o de uno de los cantones. Tendencia que se confirmaría posteriormente, ante el peligro de la criminalidad violenta y especialmente del terrorismo, con la represión de los actos preparatorios.

El tercer caso concierne la tipificación del hurto y de la apropiación indebida, los problemas surgen con la comprensión del término cosa. Ya durante el proceso de unificación se planteó la cuestión de si la energía (con el desarrollo del consumo de electricidad) era cosa o no. Una respuesta afirmativa conducía a admitir que su sustracción constituía un hurto, en caso contrario era un comportamiento atípico y por tanto no punible. Se impuso entonces este criterio, lo que llevó al legislador a introducir en el Código unificado una disposición particular para reprimir la sustracción de energía. A pesar que según la interpre-

tación histórica, la cosa mueble es todo objeto material, delimitado físicamente y pudiendo ser transportado, se dejó de lado esta interpretación restrictiva con la finalidad de reprimir a quien dispone del dinero que ha sido acreditado, debido a un error del empleado del banco, en su cuenta corriente. El problema reside en que, debido al progreso del sistema bancario, no hay depósito o desplazamiento real de una suma de dinero, sino la simple inscripción de crédito en favor del titular de la cuenta y en perjuicio de quien había ordenado la operación bancaria. En dos oportunidades, el Tribunal Federal consideró que, en el original artículo 141 CP, el término cosa debía ser interpretado de modo que se debía comprender también el crédito, en buena cuenta un derecho. El argumento decisivo de los jueces federales fue de orden de política criminal, a firmar que si no se reprimía este tipo de comportamientos, el sistema bancario era expuesto a un gran peligro. Como en el caso del hurto de energía, el legislador ha considerado necesario prever expresamente el delito de “utilización sin derecho de valores patrimoniales ajenos” (artículo 141bis).

b. Segundo periodo

En cuanto al periodo más reciente y contemporáneo a la última etapa de la globalización, Suiza ha debido tomar una serie de medidas para actualizar la legislación penal, modernizar el procedimiento penal y perfeccionar el sistema policial. Para sistematizar los ejemplos que creemos conveniente presentar, vamos a considerar tres perspectivas que no tienen ninguna pretensión científica o doctrinal determinada. Las denominamos: anticipar la intervención del derecho penal, extender el catálogo de crímenes y delitos, reforzar los medios de investigación y persecución de los delincuentes.

Como señalaba anteriormente, para hacer frente a la criminalidad violenta se ha introducido un tipo legal para reprimir los **actos preparatorios**, definiéndoles en el artículo 260bis, como el hecho de haber tomado, conforme a un plan, disposiciones concretas de orden técnico o de organización, cuya índole y amplitud indiquen que el agente se alistaba a pasar a la ejecución de homicidio, asesinato, lesiones graves, rapiña, secuestro, toma de rehenes, incendio, genocidio. Aquí también cabe señalar las nuevas disposiciones por las que se reprime la organización criminal y el poner en peligro la seguridad pública con armas. Según el artículo 260ter, es punible quien hubiera participado a una organización que mantiene secretos su estructura y sus efectivos, y cuya finalidad es el de cometer actos criminales violentos o de procurarse ganancias recurriendo a medios delictuosos. De acuerdo con el artículo 260quater, es punible quien hubiera vendido, alquilado, regalado o puesto a disposición de tercero un arma de fuego,

accesorios de armas, un arma prohibida por la ley, un elemento esencial de un arma, accesorios de armas, municiones o elementos de municiones, o hubiera practicado el corretaje, sabiendo o debiendo presumir que servirán para cometer un crimen o un delito.

Las nuevas infracciones incorporadas progresivamente en el Código Penal son el eco de las nuevas formas de criminalidad y las disposiciones que las prevén constituyen al mismo tiempo muestras de tipos legales abiertos o de formas de delitos de peligro abstracto. De modo que no solo implican una ampliación de la reacción penal por prever nuevos delitos sino también porque conllevan un adelanto de la intervención de los órganos represivos.

Las repercusiones de la informática en las relaciones personales, comerciales, financieras se revelan directamente en la represión de diversos **delitos llamados informáticos**; por ejemplo, la sustracción de datos registrados o transmitidos electrónicamente o medio similar (artículo 143); el acceso indebido, sin intención de enriquecerse, mediante un dispositivo de transmisión de datos, en un sistema informático perteneciente a un tercero y especialmente protegido contra todo acceso de parte del agente (artículo 143bis); el hecho de, indebidamente, dañar, destruir o hacer inutilizable datos registrados o transmitidos electrónicamente o técnica semejante (artículo 144); el abuso de cartas de crédito (artículo 148); la utilización fraudulenta de una computadora, con el afán de enriquecerse o enriquecer a un tercero (artículo 147). Esta última disposición es un claro ejemplo de reacción contra los ataques al sistema financiero tecnificado, en la medida que busca evitar la transferencia de activos en perjuicio de un tercero.

La reputación, estabilidad y transparencia de la plaza bursátil es protegida, en particular, mediante dos disposiciones. En el artículo 161, se prevé el **delito de iniciados**, cometido por quien, en su condición de miembro del consejo de administración, de la dirección, del órgano de revisión, o en calidad de mandatario de una sociedad anónima, de miembro de una autoridad, de funcionario o de auxiliar de una de estas personas, hubiera obtenido para sí o para un tercero ventajas económicas, explotando el conocimiento que tenía de un hecho confidencial, cuya divulgación, previsiblemente, ejercería una influencia notable sobre el curso de las acciones, de otros títulos o efectos contables de la sociedad o sobre el curso de opciones sobre títulos negociables en bolsa o prebolsa suiza (se comprenden los valores de sociedades extranjeras). Esta disposición es complementada por el artículo 161bis, que reprime a quien, para **influnciar notablemente el curso** de los valores patrimoniales tratados en bolsa suiza y con afán de enriquecerse, difunde de mala fe informaciones engañosas o compra y vende tales valores mobiliarios imputados directa o indirectamente a la misma persona o a personas vinculadas con este mismo objetivo.

En relación con este aspecto, cabe señalar las importantes modificaciones legislativas practicadas para reprimir el **lavado de dinero**. Esta denominación corresponde muy bien al proceso mismo que se busca designar y que consiste en someter una cantidad de dinero ilegal o de valores (“sucios”) a un ciclo de transacciones (“hecho de lavar”) con la finalidad de transformarlo en legal (“limpios”). Dicho de otra manera, ocultar el origen de los bienes y valores obtenidos ilícitamente mediante operaciones financieras sucesivas, hasta lograr hacerlos aparecer como beneficios legítimos.

Generalmente, se distinguen tres etapas en el proceso de lavado de dinero:

- Primero, invertir para introducir valores o bienes ilícitos en el sistema económico y financiero legal.
- Segundo, realizar una serie de operaciones diversas para ocultar el origen ilícito de los fondos.
- Tercero, hacer reaparecer los fondos lavados para utilizarlos, luego de haberles dado la apariencia de tener un origen lícito.

Esta descripción simple y clara no revela completamente, sin embargo, la índole de la actividad delictuosa, en la medida en que no permite percibir la complejidad del fenómeno y porque permanece dentro de un esquema tradicional de consumo y reinversión. Las ingentes sumas de dinero lavadas no pueden y no son siempre reintroducidas al circuito legal, sino que también son utilizadas para desarrollar otras actividades delictuosas.

Según el artículo 305bis CP, el lavado de dinero consiste en cometer un acto apropiado para dificultar la identificación el origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales, que el agente sabe o debe presumir que proceden de un crimen. Son circunstancias agravantes el hecho que el autor obre como miembro de una organización criminal, de una banda formada para lavar dinero sistemáticamente o si el monto del negocio o de la ganancia en caso de actuación profesional. El lavado de dinero es reprimido en Suiza aun cuando haya sido cometido en el extranjero.

Condicionado por la evolución a nivel internacional, a fines de setiembre 2006, el Consejo federal ha establecido las bases para la puesta en marcha de las 49 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de dinero (GAFI). El objetivo es la adaptación de la legislación suiza sobre la materia a los desafíos de la criminalidad financiera internacional. Así, el tráfico en banda, la falsificación de mercaderías, los delitos de iniciados, la manipulación de los cursos de acciones serán agregadas a la lista de infracciones preliminares al lavado de dinero. Además, el Consejo federal proyecta ampliar las disposiciones

sobre lavado de dinero al financiamiento del terrorismo. Desafortunadamente, no considera el pago en efectivo en ciertas actividades como el comercio de arte, de piedras preciosas al estado bruto, de metales preciosos y piedras preciosas transformadas, así como al comercio inmobiliario.

En resumen, las disposiciones del Código Penal dirigidas a combatir el lavado de dinero, además del específico que sanciona este comportamiento (artículo 305bis), son:

1. Artículo 305ter: falta de vigilancia en materia de operaciones financieras y derecho de comunicación
2. Artículo 260ter: organización criminal;
3. Artículo 260quinquies: financiamiento del terrorismo;
4. Artículos 69-72: confiscación;
5. Artículo 102: responsabilidad penal de la empresa¹.

El Consejo federal busca también a reforzar la ayuda internacional en materia penal, así como la asistencia administrativa, por considerarlas instrumentos fundamentales para combatir el lavado de dinero.

Una de las medidas esenciales para la efectividad de la lucha contra las diversas formas de criminalidad internacional es el reconocimiento de la **responsabilidad penal de las empresas**. El influyente papel que estas tienen en todos los niveles de las actividades económicas, financieras, políticas, determina que las empresas sean el motor o el ámbito propicio para la ejecución de diversos delitos. Ellas sirven también como velo de la actividad delictiva de bandas o mafias nacionales o internacionales.

Según el artículo 102 CP, se reconoce, primero, una responsabilidad subsidiaria de la empresa que por su falta de organización impide que se identifique al autor del delito cometido, con ocasión del desarrollo de sus actividades por uno de sus dirigentes o empleados. Segundo, una responsabilidad directa, sin considerar que se haya o no identificado al autor individual, debido a que por su defectuosa organización no ha evitado la realización de una de las infracciones expresamente mencionadas.

No se trata, en este caso, de una responsabilidad penal por la comisión de la infracción. Su culpa solo está en relación con la falta de organización, la cual

¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Etat le 1er janvier 2015). Versión en línea: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html#a100quater>.

constituye la base de una forma de irresponsabilidad organizada. No se trata de considerar culpable a la empresa por la infracción cometida, sino más bien de determinar cuál es el sistema de gestión de riesgos que ella ha establecido para detectar las carencias que se presentan en el seno de su organización y que podrían dar lugar a la comisión de delitos. Esas carencias deben precisamente condicionar la no identificación de la persona física autora del delito.

Es evidente que la empresa solo es responsable si las deficiencias de organización son evitables, pues nadie está obligado a lo imposible. Poco importa además que sea identificado el órgano o el miembro de la empresa responsable de esas deficiencias.

La responsabilidad subsidiaria o residual de la empresa es considerada insatisfactoria en la medida en que permite que la empresa pueda evitar toda persecución penal fabricando un culpable o creando confusión en la organización y el mecanismo de decidir.

Las causas de las deficiencias de organización de empresa pueden ser diversas. El caso más frecuente es el resultado de una política empresarial deficiente o de una administración incompleta. Entonces, es indispensable verificar si la actividad corporativa es el origen de las deficiencias que han condicionado la actividad delictuosa y hecho imposible la identificación del responsable individual, disolviendo la responsabilidad personal en una “falta de responsabilidad organizada”. El caso extremo sería aquel en el que el defecto de organización es provocado y mantenido por los órganos de la misma empresa.

Se pueden emplear los términos tradicionales de dolo y culpa para describir los actos de la empresa relacionados con la falta de organización. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esos vocablos no pueden ser comprendidos en el mismo sentido que cuando son utilizados respecto del comportamiento de una persona natural. Basta admitir el sentido ordinario dado a dichas palabras cuando se atribuye a alguien metas o inadvertencias. En el presente caso, se trata de una cuestión relacionada con la falta de organización.

En el caso de la responsabilidad directa (inciso 2 del artículo 102), empresa es, por el contrario, directamente responsabilizada cuando una de las infracciones, expresamente mencionadas en la misma disposición, haya sido cometida en la realización de sus actividades económicas, sin importar si el autor material haya o no haya sido identificado. Pero, la responsabilidad tampoco está relacionada con la infracción misma sino porque la empresa no ha tomado “todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir se cometa tal infracción”.

En esta perspectiva la empresa es percibida, por un lado, como titular del deber garantizar la vigilancia, cuyo fin es evitar que una de las infracciones sea realizada. La vigilancia o control depende de los riesgos propios al tipo de actividad comercial desarrollada por la empresa. Estos riesgos aumentan con la técnica de organización y de gestión irregulares. Por otro lado, la calidad de autor de la empresa se comprende por el dominio de organización funcional sistemática y no por el dominio de hecho del derecho penal individual.

Por tanto, es indispensable constatar concretamente cuál es el defecto de organización que es el origen de la infracción particular. Al respecto, es necesario determinar qué directivas de organización no han sido respetadas para fijar el contenido del deber de garante, considerando, en primer lugar, las reglas de orden público.

10. Corrupción

Uno de los factores que explota el crimen organizado es la corrupción institucionalizada. Corrupción que no solo consiste en el aprovechamiento indebido de los recursos del Estado, sino también en la intervención en la red delictiva debido a la ampliación de clientelas y complicidades, la misma que facilita el lavado de los beneficios pecuniarios ilícitos en el sistema financiero, en el mercado inmobiliario, el comercio, la actividad industrial y de servicios. De este modo, el crimen organizado busca someter a las instituciones oficiales y privadas al servicio de los intereses delictivos, creando así un peligro importante para la estabilidad, la soberanía y los intereses del país.

La corrosión que produce en el aparato estatal se ha acentuado en la medida en que la organización de dicho aparato y su poder se debilitan. En su interior, se llegan a instalar redes mafiosas que desnaturalizan las finalidades propias de todo el sistema. El mismo fenómeno se produce en el ámbito privado y, sobre todo, económico. La complejidad de las sociedades modernas impulsa a la criminalidad organizada a desarrollar sus actividades tanto en la economía subterránea (por su índole ilícita) como en la economía legal. En esta última, aprovecha la evolución del nuevo tipo y sistema de empresas; para ocultar y financiar sus actividades criminales infiltra a las empresas existentes o crea otras nuevas. De esta manera, comete o promueve una serie de delitos económicos como los delitos societarios o el delito de iniciados o de explotación de información privilegiada (*insider trading*) y, asimismo, los crímenes de lavado de dinero, financiamiento de terrorismo, tráfico de drogas, de armas o de personas.

En el marco de la puesta en marcha de la Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, la corrupción privada pasiva en las relaciones

comerciales ha devenido, a partir de julio de 2006, una infracción perseguida por querrela (Ley federal contra la competencia desleal, artículo 4, inciso 1, lit. b). Se ha previsto también la punibilidad de la corrupción pasiva de agentes extranjeros e internacionales (artículos 322septies, frases 2 y 3).

Al ser parte de la Convención penal del Consejo de Europa, la Suiza devino automáticamente miembro del Grupo de Estados contra la corrupción. Este comité verifica que las disposiciones de la convención, comprendiendo la corrupción de los particulares, la corrupción pasiva de los funcionarios extranjeros y la responsabilidad penal de la empresa, sean adoptadas y respetadas.

La Convención de las NU contra la corrupción constituye un instrumento internacional de lucha contra la corrupción. Uno de sus principales capítulos está dedicado a la recuperación de haberes ilícitamente adquiridos. En el 2007, esta convención será ratificada por el Parlamento. La legislación suiza ya es compatible con las disposiciones de esta Convención (Rapport 2006).

11. Dificultades de la justicia

En contradicción con este enorme esfuerzo legislativo, hay que reconocer que en Suiza, las instancias judiciales y policiales no están aún suficientemente dotadas de los medios necesarios para reaccionar eficazmente contra la criminalidad económica y la criminalidad organizada. Al respecto se puede afirmar que, como ha sido sostenido en otros países, que “el crimen de dinero es el núcleo central del mundo actual[...] El estrépito de las investigaciones financieras no debe ilusionar. Se trata solo de un efecto óptico. Más del 95 % de estos delitos no son reprimidos efectivamente.

Los obstáculos más importantes a los que se enfrenta la justicia son diversos:

Los actores y los sectores de las actividades concernidas por la criminalidad económica son en especial discretos y conservan el secreto: la invisibilidad de los casos es una de las causas más importantes. Hay que señalar el hermetismo de los medios económicos privados y su falta de voluntad para colaborar con la justicia, aún su hostilidad declarada contra ella.

En cuanto a la criminalidad económica, por ejemplo, no existen o hay pocas víctimas visibles, por tanto pocas denuncias. En realidad ellas son numerosas (particulares, empresas, colectividades), pero no reclaman la defensa de sus derechos y esto debido a diversos motivos:

- que no saben que han sido engañadas o explotadas,

- que lo saben, pero no quieren denunciar por miedo a la mala publicidad y al perjuicio que su imagen sufriría (por esto prefieren arreglos negociados o amigables)
- que lo saben, pero prefieren no denunciar para no arruinar sus posibilidades futuras de obtener contratos, mercados o adjudicaciones públicas;
- que lo saben, pero ellas mismas no están a salvo de reproches por haber procedido con negligencia o cometido infracciones de criminalidad económica;
- que las víctimas y los perjudicados constituyen con frecuencia un conjunto impreciso, como toda una colectividad, por ejemplo, en la que cada miembro no es consciente de los daños padecidos o no dispone generalmente la calidad para actuar, ni eventualmente los medios necesarios para cubrir los gastos de un proceso.

Los asuntos descubiertos y los expedientes tratados son generalmente tan complejos, difíciles de tratar y remontan tanto en el tiempo, que un buen número de cargos deben ser abandonados por prescripción.

Las pruebas son muy difíciles de recolectar y las autoridades de vigilancia, como también las judiciales, se enfrentan al grave problema de distinguir entre actividades económicas legales y prácticas ilegales.

Los medios (humanos, materiales y temporales) de la justicia son muy insuficientes y sus competencias (profesionales, especialización), muy frecuentemente incompletas. Además, demasiados magistrados carecen de independencia en relación con los poderes y los partidos políticos y no están dispuestos a enfrentarse a la “criminalidad de los poderosos”. Hay jueces que por incompetencia, sobre carga laboral o simplemente por falta de voluntad, no hacen su trabajo.

Si esta es la situación en un país como Suiza, nos toca a nosotros establecer lo que acaece en nuestros países, mucho menos ricos y muy inestables política y económicamente. La actitud suiza se distingue por la búsqueda de soluciones apropiadas y conforme a las condiciones e intereses suizos. Este ejemplo es útil para nosotros, en la medida en que sin obsesionarse por modas dogmáticas (como finalismo, funcionalismo, posmodernismo) concentran sus esfuerzos en formular propuestas concretas y eficaces para combatir mejor la criminalidad.

El problema es que hay que invertir tiempo y dispensar muchas energías. Asimismo, la voluntad individual desempeña un papel determinante (Bertossa 1996, 109)

Frente a las ramificaciones internacionales de la criminalidad económica, se plantean importantes problemas de persecución y de ayuda judicial internacional, a los que se agregan lagunas jurídicas notables, como por ejemplo, la no incriminación penal del contrabando.

Por fin, estos últimos años, el funcionamiento de la justicia ha sido cuestionado en diversos cantones y comisiones de investigación han sido instituidas.

VI

Reflexiones sobre la reforma del Código Penal*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ejemplos de reformas penales. a. Reforma alemana. b. Reforma francesa. c. Reforma suiza. d. Reformas en América Latina. a) Anteproyecto ecuatoriano. b) Anteproyecto boliviano. c) Proyecto peruano. d) Apreciación del proyecto peruano. 3. Conclusión.

1. Introducción

Un Código Penal puede convertirse en un obstáculo para el eficaz funcionamiento del sistema de control penal. En particular, si sus disposiciones resultan anacrónicas o incompletas y los órganos oficiales encargados de aplicarlos son incapaces de interpretarlas y aplicarlas con gran iniciativa de interpretación creativa. Estas deficiencias son generalmente el resultado de los cambios sociales sustanciales que condicionan igualmente el desarrollo de la delincuencia. Así, se produce el “envejecimiento” de las soluciones dadas, tanto en la regulación de las condiciones de punición y de las sanciones penales como en la falta de incriminación de nuevas formas de delincuencia.

Estas deficiencias son apreciadas y valoradas de conformidad con la perspectiva de política criminal que se adopte. Esta perspectiva es adecuada en la medida en que se conozca la realidad delictiva. En nuestro medio, generalmente, se carece de la información indispensable para determinar la necesidad y la

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2009*, monográfico sobre *La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú*, Lima, 2009, pp. 255-274.

orientación que debe darse a la reforma penal¹. A pesar de los loables esfuerzos en llevar adelante la reforma impostergable no se llega a establecer una estrategia adecuada. Al menos, se debería lograr establecer los aspectos respecto de los cuales las disposiciones del código son consideradas incompletas o insuficientes. Estas insuficiencias explican, por un lado, que se promuevan una serie de iniciativas tanto para modificar sendas disposiciones del código como para introducir nuevas disposiciones incriminadoras y, de otro, que no se logre concebir una estrategia eficaz para efectuar una reforma global e innovadora del código.

Los trabajos de reforma que se llevan actualmente acabo están orientados, sobre todo, por los resultados de los estudios dogmáticos y de la experiencia práctica de los órganos responsables del sistema de control penal directo. Mediante los primeros, los juristas ponen de manifiesto, de acuerdo a sus concepciones teóricas y valoraciones político-sociales, los vacíos, las contradicciones y las deficiencias de las disposiciones legales. Por lo que proponen que sean corregidas y completadas. Los jueces, fiscales y abogados constatan, en su quehacer diario, la dificultad con la que funciona el sistema debido a las carencias materiales y personales, pero también por las deficiencias de la ley. Respecto de estas últimas, se esfuerzan en superarlas mediante la interpretación o, ante la incapacidad de superarlas o imposibilidad de hacerlo, a plantear que la ley sea reformada.

Desde una perspectiva diferente, la misma exigencia de reforma se percibe por la frecuencia con la que políticos, sobre todo, parlamentarios presentan proyectos de ley para modificar alguna o algunas de las disposiciones del código penal. Propuestas que debidamente analizadas permiten detectar la verdadera motivación de sus promotores, que puede ser el oportunismo político o electorero y rara vez una verdadera necesidad de mejorar la ley.

A manera de ejemplo, señalemos que, en el periodo legislativo de octubre de 2008 hasta diciembre 2009², fueron presentados en el Congreso 57 proyectos de ley en materia penal. De los cuales, 10 concernían cuestiones procesales penales o de ejecución penal. Entre los 47 proyectos penales, dos trataban de la

1 Hasta donde estamos informados no se han efectuado investigaciones de campo sobre el sistema de control social, ni en particular sobre la delincuencia. Las informaciones estadísticas tampoco existen. Las publicaciones sobre criminología son muy pocas y de índole informativa, por ejemplo, SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Criminología*, 2.^a ed., Editorial Imprenta Desa, Perú, 1988; VILLAVICENCIO, Felipe, *Introducción a la Criminología*, Grijley, Lima, 1997. Sobre política criminal, ver PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima, 1985.

2 Apreciaciones realizadas teniendo en cuenta la información difundida en el portal del Congreso de la República del Perú, actividad legislativa. Proyectos de ley. Versión en línea: <http://bit.ly/1FBTQbW>.

reincidencia y de la incorporación de la pena de muerte, respectivamente, los 45 restantes proponían insertar nuevas figuras penales, modificar las ya existentes o variar las penas. Iniciativas presentadas a pesar que una comisión designada por el mismo Congreso está en tren de redactar un proyecto completo de Código Penal. El apresuramiento de los parlamentarios proponentes puede significar, por un lado, que existe urgencia de reprimir nuevos delitos o de sancionar más severamente algunos que se cometen con frecuencia. Por otro, significa que no se estima necesario modificar las disposiciones de la parte general. La tercera posibilidad sería la de que carecen de los conocimientos especializados, no están debidamente asesorados o que obran motivados por razones puramente políticas y electorales.

2. Ejemplos de reformas penales

Toda comparación dicen que es una ofensa. Sin embargo, esto no es del todo exacto respecto del derecho comparado en la medida en que la experiencia ajena brinda enseñanzas interesantes³. Esto es particularmente cierto en el ámbito de las reformas penales. Sin embargo, esta comparación solo da resultados positivos en la medida en que se tengan en cuenta los diferentes contextos en que cada proceso de reforma tiene lugar. En el fondo, no se trata de otra cosa que de decepcionar modelos legales foráneos adecuándolos convenientemente a la realidad nacional.

a. Reforma alemana

Debido a la gran influencia que tienen entre nosotros las concepciones dogmáticas penales, no está de más recordar, aun brevemente, el gran proceso de reforma alemana que culminó con el reemplazo del viejo Código de 1870 con el actual Código de 1975⁴. La necesidad de llevarlo a cabo resultaba del desfase marcado de ese cuerpo legal tanto con la realidad social y política en que era aplicado como con los avances doctrinarios realizados. Esta situación dio lugar a la confrontación, indicada *grosso modo*, entre una corriente preocupada más en los problemas técnico-jurídicos y basada en una concepción que puede ser califi-

3 Como ejemplo de este esfuerzo indispensable, cabe recordar la *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, 16 vols, 1902-1909.

4 La bibliografía sobre esta reforma es enorme; para los efectos informativos del presente trabajo basta referirse a ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general I*, Civitas, Madrid, 1997, § 4, N.º 15 y ss., N.º 27 y ss., y a las obras allí citadas.

cada de conservadora⁵ y otra promotora de nuevos criterios de política criminal, la misma que concretizó sus planteamientos en el Proyecto Alternativo de 1966⁶ elaborado en particular por un conjunto de profesores alemanes y suizos⁷.

En razón al contexto social y político reinante en Alemania, se impuso la segunda corriente. Lo que significó un cambio sustancial de la orientación de la reforma. Así, sin abandonarlo del todo, se pusieron en segundo plano las preocupaciones técnico-jurídicas, a tal punto que se llegó a afirmar que lo único que se recogió de la gran discusión entre causalismo y finalismo, fueron los criterios de esta última referentes al error. Las innovaciones fundamentales se hicieron sobre todo en el ámbito del sistema de sanciones penales, el mismo que fue renovado con la incorporación de una serie de proposiciones para evitar la imposición de penas privativas de libertad y, en especial, las de corta duración. Para lo cual, primero, se suprimió la pena de prisión inferior a seis meses y, segundo, se atribuyó un papel importante a la pena pecuniaria renovada, convirtiéndola casi en el pilar central del sistema de sanciones; se amplió el ámbito de aplicación de la condena condicional, se previó la dispensa de pena de prisión de hasta un año. Innovación significativa para la época fue la abolición de la pena de presidio (penitenciaría) por el carácter infamante que tenía.

En la parte especial, aplicando criterios dirigidos a descartar la influencia de factores moralizantes en la incriminación de ciertos comportamientos, se hicieron cambios sustanciales, por ejemplo, en el ámbito de las infracciones sexuales que dejaron de ser violaciones de las buenas costumbres para ser consideradas como atentados contra la integridad y la libertad sexuales. Pero también, frente al desarrollo de nuevas formas de comportamientos graves en relación con intereses sociales importantes, se planteó la previsión de nuevas incriminaciones, en particular en el dominio del derecho penal económico. Innovación que no fue inmediatamente admitida, pero que llegó a tener una gran influencia en las décadas posteriores con la dación de algunas leyes especiales.

b. Reforma francesa

Por las peculiaridades del sistema francés y su poco conocimiento entre nosotros, debido al prejuicio generado por la orientación unilateral hacía los criterios alemanes, es interesante observar la evolución de la legislación penal

5 *Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bundesvorlage*, Bonn, 1962.

6 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1966.

7 BAUMANN, Jürgen (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968.

gala. El código, vigente desde 1810⁸ y varias veces modificado, para actualizarlo, requería ser reformulada de acuerdo a los nuevos criterios legislativos y a las exigencias impuestas por la evolución y el desarrollo de las conductas delictuosas⁹. Las críticas a la vieja legislación fueron también inspiradas por concepciones de política criminal, en especial las promovidas por la nueva defensa social. Una de las principales observaciones era la necesidad de “desjuridizar” la reacción penal, lo que implicaba el alejamiento del tradicional tecnicismo jurídico en favor de respuestas pragmáticas y adecuadas a la realidad¹⁰.

El nuevo CP de 1994, pero al que se le sigue designando como CP de 1810, se caracteriza por una mejor y moderna sistemática. Los criterios renovados siguen el desarrollo de la doctrina y, en particular, de la jurisprudencia. Lo interesante es que, sin ignorar (promulgado por diferentes leyes en 1992) las concepciones alemanas, los redactores del nuevo código continuaron y acentuaron los planteamientos desarrollados en el contexto cultural francés. Con bastante sentido práctico, se innovaron ciertas nociones relativas a la infracción y se retocaron de manera sustancial el sistema de sanciones penales, así como algunos capítulos de la parte especial. Se previeron nuevas infracciones como el crimen contra la humanidad, las violencias sexuales contra menores y se abolieron otras como la vagancia, la mendicidad. Estas modificaciones eran indispensables para concordar la reacción penal con las circunstancias sociales y las nuevas formas de criminalidad. Renovación importante ha sido reconocer, de manera amplia y pragmática, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

c. Reforma suiza

El tercer caso de reforma que vale la pena tomar en cuenta es la realizada en Suiza, tanto por la manera cómo ha sido llevada a cabo y la orientación que ha seguido. Además, para nosotros resulta interesante por la influencia que ejerció en nuestro país la legislación y la doctrina suizas al elaborarse nuestro CP de 1924 y durante su aplicación.

En cuanto a la manera, hay que señalar la paciencia y la prudencia con que se planeó y llevó adelante la reforma. Debido al plazo largo que requiere la

8 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 12.^a ed., Cujas, París, 1999, pp. 113 y ss.

9 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, cit., pp. 114 y ss.; ÍDEM, *L'avant-projet de révision du Code Pénal (Partie générale)*, París, 1995; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le nouveau Code Pénal, Enjeux et perspectives*, Colloque, 32 rapports et un rapport général, Dalloz, París, 1994.

10 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, París, 1981, p. 211.

elaboración de un proyecto completo de Código Penal y ante la necesidad de renovar con urgencia el catálogo de infracciones penales, se optó por reformar progresivamente el código. Con la finalidad de proceder coherentemente, se decidió revisar separadamente la parte general y la parte especial. De esta manera, se trató a la primera globalmente para garantizar su unidad y sistemática¹¹. Respecto de la segunda, se procedió por grupos de infracciones. En esto último, influyó también la necesidad de armonizar la legislación nacional con los convenios internacionales que habían sido suscritos, por ejemplo, las convenciones internacionales contra el terrorismo, el lavado de capitales, la corrupción.

Las directrices básicas establecidas en la versión original del código han sido respetadas. Esto se explica por ser consideradas eficaces debido a su índole ecléctica: prevención general y prevención especial, penas y medidas de seguridad, legalidad y flexibilidad de las disposiciones.

Las reglas relativas a la aplicación de la ley penal en el espacio han sido renovadas. Se mantiene el principio de la territorialidad como pilar central, pero se atenúa el rol de los principios de la personalidad activa y pasiva. Por el contrario, se relevan los casos de aplicación de la ley nacional para mejor proteger los menores y las mujeres o reprimir ciertas formas de delincuencia internacional (delitos contra la humanidad).

De manera coherente, las reglas sobre las condiciones de punición son previstas, contrariamente a la versión original, antes de las referentes a las sanciones penales. Sus contenidos han sido revisados en el sentido de los criterios establecidos por la jurisprudencia, a partir de la interpretación de las disposiciones reformadas, y admitidos por la doctrina mayoritaria. El afán no ha sido de recoger los criterios más novedosos de la doctrina, sino de reforzar y completar las nociones ya establecidas: por ejemplo, se mantiene la definición del dolo como conciencia y voluntad, precisándola con la inserción de la noción de dolo eventual; se regulan separadamente los casos de defensa y de estado de necesidad, distinguiendo en sendas disposiciones los casos que excluyen la ilicitud de los que eliminan o atenúan la culpabilidad; se precisan los criterios concerniendo la tentativa y la

11 CONSEIL FÉDÉRAL, “Message concernant la modification du Code Pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code Pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu’une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998”, en *FF* 1999 II, pp. 1787 y ss (cité: Message 1998); SCHULTZ, Hans, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches “Einführung und Anwendung des Gesetzes” des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern 1987; ROTH, Robert y Peter PIRKL, “Chronique, Dix ans de réforme pénale en Suisse”, en *RDPC*, N.º 12, 1993, pp. 1099 y ss.; HURTADO POZO, José, *Droit Pénal, partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Schulthess, Zurich, 2008, pp. 79 y ss.

participación; se suprime la reincidencia como circunstancia agravante, se prevé la responsabilidad penal de la empresa.

Se ha cambiado de modo notable el sistema de sanciones penales. La convicción de que es indispensable evitar la aplicación de las penas privativas de libertad en el caso de la pequeña y mediana delincuencia, ha sido materializada previendo, primero, la pena pecuniaria (conforme al sistema días-multa) como el eje central del sistema de penas y, segundo, sanciones alternativas a dichas penas de detención (suspensión del fallo condenatorio, trabajo comunitario, suspensión condicional de la ejecución de la multa o de la pena privativa de libertad). También es de señalar la tendencia a abandonar las penas privativas de libertad de larga duración, así por ejemplo, la pena de reclusión a vida, no ha sido derogada, pero su única aplicación al caso del asesinato ha sido restringida previéndose, como pena alternativa, la de prisión de veinte años.

Las medidas de seguridad han sido completadas y actualizadas. Por las críticas muy fuertes formuladas contra la medida del internamiento, esta fue fuertemente restringida. Esta decisión ha sido cuestionada y ha servido de ocasión para que se critique la reforma del sistema de sanciones. Este es considerado como extremadamente suave porque, en razón de las reglas dirigidas a evitar la pena privativa de libertad, la primera infracción cometida por una persona es solo sancionada con una pena pecuniaria o la suspensión de la ejecución de la pena, lo que lleva a las víctimas o al público en general a pensar que se consagra la impunidad de los infractores primarios. Esto ha generado un movimiento de contrarreforma para rectificar algunos de los criterios del nuevo código en materia de sanciones penales.

La previsión originaria de las disposiciones referentes al tratamiento penal de los menores en la última sección de la parte general ha sido abandonada con la finalidad de separar formal y materialmente los menores de los adultos. Con esta finalidad, se ha dictado una ley especial, denominada Derecho penal de menores, en la que se regulan las condiciones de represión y las sanciones o medidas que se le deben aplicar. El carácter tuitivo de este derecho no ha sido dejado de lado, pero ha sido morigerado con la vuelta en cierta medida a criterios punitivos. De esta manera, se piensa que se tiene mejor en cuenta las características propias de los infractores menores y que se logra responsabilizar a estos, atenuándose así la orientación demasiado paternalista de la manera de reaccionar ante los menores.

La renovación de la parte especial se distingue, por ejemplo, por la previsión de circunstancias agravantes en consideración a la condición de menor, de mujer, de casado, de pareja en unión libre heterosexual u homosexual, en relación con infracciones de violencia; la inserción de nuevos tipos legales para sancionar,

por ejemplo, los delitos informáticos, explotación de hechos confidenciales, manipulación del mercado bursátil, lavado de dinero, corrupción, financiamiento de terrorismo.

La previsión de ciertas nuevas infracciones, como el delito de explotación de hechos confidenciales, la corrupción de agentes extranjeros, era indispensable para responder eficazmente a los pedidos de ayuda internacional en materia penal, que supone la doble incriminación del comportamiento tanto en Suiza como en el país solicitante. Este mismo factor ha determinado cambios recientes en el tratamiento de las infracciones fiscales, en particular el tratamiento de la evasión fiscal como delito, la misma que era calificada hasta entonces solo de contravención, lo que permite ahora el levantamiento del secreto bancario en caso de persecución penal, la misma que es improcedente en caso de contravenciones.

En los tres casos de reforma penal descritos, la necesidad de proceder a reformar el Código Penal era evidente debido, en particular, a que los cambios sociales y económicos, en especial la globalización e internacionalización de las redes económicas, financieras, de comunicación, de transporte, han generado formas de criminalidad que no podían ser combatidas eficazmente con las reglas y medios regulados en los viejos códigos. Un paso fundamental en esta dirección, en Francia y en Suiza, ha consistido en la atribución de responsabilidad penal a la empresa. Decisión tomada en la convicción que la empresa constituye, con frecuencia, la fuente o el marco en el que se cometen delitos económicos. En Alemania, debido al peso de la reflexión dogmática, la discusión continúa, pero se fortalece constantemente la corriente en favor de la represión penal de la empresa.

d. Reformas en América Latina

En el plano latinoamericano, se nota que en algunos procesos de reforma la preocupación se centra, *grosso modo*, en aspectos que son, sobre todo, propios a las realidades de nuestros países. En los trabajos prelegislativos llevados a cabo en Bolivia y Ecuador destacan dos cuestiones: por un lado, garantizar de manera estricta el respeto de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de los principios propios al derecho penal; por otro, tomar en consideración las diferencias culturales de los diversos sectores de la sociedad.

a) Anteproyecto ecuatoriano

Para ilustrar el primer caso, veamos brevemente las disposiciones iniciales del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales para el

Ecuador¹². En su artículo 2, se ha considerado necesario establecer de manera detallada, primero, que “en materia penal se aplicarán todos los principios que emanan de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Es, en realidad de una disposición de reenvío a los criterios establecidos en esos textos legales; un llamado de atención a quienes aplican las leyes, los mismos que, se supone, ya están debidamente informados sobre la fuerza y prioridad de las normas constitucionales e internacionales referidas al respeto de los derechos humanos.

En seguida, se detallan las consecuencias de esa regla general en el ámbito estrictamente penal. Así, se declara que el fundamento del derecho penal es la dignidad y, del mismo, deduce la regla de que los participantes procesales, la policía y todos quienes intervengan en el sistema penal tratarán a todas las personas con igual consideración y no deberán discriminarlas por motivo alguno.

Directivas que son reforzadas y particularizadas, en el inciso 4 de la misma disposición, indicándose sucesivamente que no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad sin lesividad, no hay lesividad sin acción u omisión punible, no hay acción u omisión punible sin culpabilidad, no hay culpabilidad sin un debido proceso, no hay debido proceso sin conocimiento del hecho punible, instrucción ni acusación, que corresponde exclusivamente al fiscal o acusador.

Esta enumeración no es considerada suficiente, por lo que se ha estimado indispensable fijar reglas de interpretación para evitar que se violen determinadas garantías por parte de quien aplica la ley. Con esta finalidad, se establecen reglas estrictas en el artículo 3. Según esta disposición, el intérprete debe interpretar restrictivamente la descripción del tipo penal y, en general, la comprensión de cualquier circunstancia que pueda agravar la responsabilidad penal.

Esta exigencia es reforzada por la prohibición expresa de crear, mediante la analogía y la interpretación extensiva, infracciones penales, ampliar los límites de las condiciones legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar, de la remisión a otras normas o disposiciones legales para completar la definición de la infracción penal.

Como aun la aplicación estricta de estas directivas puede producir conflictos sobre la comprensión, la aplicación o los efectos de una ley penal, se dispone en el anteproyecto que la ley se aplicará en el sentido más favorable a la situación de la persona infractora o presuntamente infractora. Se permite la aplicación de

12 Borrador de discusión, 19 de noviembre de 2009, *s/f*.

este principio incluso cuando la infracción se haya cometido en el extranjero y la ley que rige en dicho territorio fuere más favorable que la ecuatoriana.

Además, se prevén reglas para tener en cuenta ciertas circunstancias particulares. Así, primero, respecto de adolescentes infractores, se ordena que las normas penales y sus efectos se interpretaran de conformidad con el principio del interés superior del niño y niña y el de prioridad absoluta, atendiendo a su grado de madurez. Segundo, en consideración con la cultura de las personas, se dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los partícipes en el conflicto penal.

b) Anteproyecto boliviano

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de Bolivia¹³, también se distingue por prever reglas destinadas a reforzar la legalidad del sistema y mejorar su aspecto humano, tomando en cuenta la persona y sus derechos fundamentales. En el nivel de las condiciones de punibilidad, vale la pena citar, como ejemplo, que estatuye la legalidad de las omisiones disponiendo que las “infracciones penales pueden cometerse por omisión solo en los casos especialmente señalados por la ley”. Regla que recuerda a la tradicional regulación de la culpa, por lo que cabe plantearse si podría recurrirse a la noción de comisión por omisión, en la medida en que esta figura no está expresamente regulada. Con la misma orientación, se excluye la represión de los delitos de peligro abstracto, pues en el artículo 7, se estatuye que “no hay delito sin una lesión significativa para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo”.

Sin embargo, la cuestión que preferimos destacar de este anteproyecto es la propuesta de regulación de los efectos de la pluralidad cultural en el sistema punitivo del código. La diversidad cultural es, en primer lugar, destacada en relación con los límites de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina respecto de la jurisdicción oficial. En caso de duda, se estatuye que se resolverá en favor “de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto, respete el pluralismo y pluralidad cultural y conserve o restablezca la paz social”. De esta manera, se trata de prever los conflictos de jurisdicción que puedan presentarse, sin embargo es de considerar que los criterios no son suficientemente precisos y tampoco se señala quien terciará en la confrontación.

13 Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia (Luis Arroyo Zapatero, Marías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni), Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, Parte General, 2009. Versión en línea: <http://www.cienciaspenales.net/>.

En seguida, la multiculturalidad es tomada en cuenta con respecto a la competencia. En el artículo 11, inciso 1, se dispone que la ley penal no se aplicará: “A hechos cometidos por personas que vivan en una comunidad perteneciente a una cultura originaria conforme a la cual no constituyan delito, salvo que se trate de hechos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual cuya impunidad importe una grave lesión a la dignidad humana”.

De la manera cómo está redactada esta norma, hay que deducir que concierne a toda persona perteneciente a dicha comunidad de cultura originaria, que se comporte conforme a las pautas de esa cultura y según las cuales su comportamiento no debe ser considerado como infracción por más que se adecue a un tipo legal del derecho penal oficial. Consecuentemente con la defensa estricta de los derechos fundamentales, se restringe esta regla a los casos que no sean uno de los delitos graves expresamente mencionados: homicidio, lesiones, delitos sexuales.

En el inciso 2 de la misma disposición, se excluye la aplicación de la ley penal a “hechos cometidos por una persona perteneciente a una cultura originaria, considerados como infracción y sancionados por su comunidad, siempre que esta lo juzgue y sancione”.

En este caso, se explica la no intervención de la justicia oficial debido a que, por un lado, la calificación de infracción depende de las pautas de la cultura originaria y, por otro, la comunidad ya los ha juzgado y sancionado.

Por último, indiquemos que se incorpora en el anteproyecto (artículo 19, pf. 5) la regla relativa al error de comprensión, casi en el mismo sentido que figura en nuestro código (artículo 15). Conforme con esa disposición, se excluye “la culpabilidad cuando el agente, por su cultura o costumbres, no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión”. La pena será, por el contrario, disminuida, cuando “por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme con el grado de exigencia que podría formularse”. De esta manera, se sigue la forma en la que se prevé, generalmente, el error sobre la ilicitud y no aquella referente a la incapacidad de culpabilidad.

c) Proyecto peruano

La orientación de la parte general del anteproyecto peruano¹⁴, en proceso de elaboración, se aprecia cuando se determinan los cambios propuestos en rela-

14 Comisión especial revisora, 2009.

ción con el texto legal vigente. Siendo imposible revisar cada una de sus disposiciones, cada una de las cuales puede ser materia de una conferencia, me limitaré a comentar algunas de ellas.

Por ejemplo, en el artículo II del Título Preliminar, se establece que “nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de su realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”. De esta manera, se ha creído conveniente, primero, hablar de “acto u omisión” y no solo de acto y, segundo, precisar que debe ser “de modo expreso e inequívoco”. Así, se trata de precisar el principio de legalidad.

En este mismo sentido, la prohibición de la analogía, estatuida en el artículo III es completada con la declaración de que la “analogía procede a favor del reo”.

A diferencia de los proyectos extranjeros antes mencionados y en contradicción, en cierta manera con los criterios de estricta legalidad que estos buscan favorecer, se propone la modificación del artículo IV, admitiendo expresamente que el ataque al bien jurídico puede consistir también en una puesta en peligro abstracto, en lugar de limitarse a decir, como la disposición vigente, que exista un “peligro”.

Se propone, en el artículo VI, reforzar la legalidad de la ejecución de las sanciones mediante la indicación que esta se refiere tanto a penas y medidas de seguridad y que será no solo intervenida sino también controlada judicialmente.

Relacionada ya con las condiciones de la punibilidad pero afirmada como principio general, se prevé, en el artículo VII, que se requiere la culpabilidad, con lo que se deja de mencionar la “responsabilidad” a la que se alude en el texto vigente. Esta vuelta a la terminología empleada en los códigos y por la mayoría de los autores para fijar la base y el límite de la sanción penal, es sin embargo, aparentemente revisada, en el artículo VIII, al señalarse que la pena “no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. Con lo que se podría pensar que los autores distinguen entre culpabilidad base de la pena y responsabilidad límite de la misma.

Las referencias al dolo y la culpa, sin definirlos como lo hacía el Código de 1924, son cambiadas, pero sin lograr establecer la fórmula adecuada. Se deja de tomar como factor al agente que comete la infracción, lo que indica que la pena le será siempre aplicada cuando cometa una infracción dolosa y que si lo hace culposamente solo procederá en los casos expresamente establecidos por la ley. En el texto del artículo 12 del proyecto, se dice, en cambio, que la ley penal siempre describe la infracción dolosa y que la culposa debe estar expresamente

establecida en la ley. El problema es que la infracción dolosa o culposa siempre debe ser descrita en la ley, cuando de lo que se trata es de decir que se sancionan los delitos cuando son cometidas intencionalmente y, excepcionalmente, cuando lo son culposamente y si la ley lo prevé de manera expresa.

La definición de la comisión por omisión es también ocasión para que se busque precisar la legitimidad de la represión en la medida en que se reconoce como fuente del deber de garante el ordenamiento jurídico y se excluye la moral, la misma que es considerada en el código vigente (artículo 13).

No resulta claro, por el contrario, la precisión propuesta respecto de las condiciones de la legítima defensa. Al reiterarse que la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, se excluye “para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa”. La incongruencia se da debido a que para apreciar la intensidad y peligrosidad de la agresión debe también estimarse la proporcionalidad de los medios; lo que se admite implícitamente al hablarse de los “medios de que disponga la defensa”. Por lo que resulta contraproducente que no deba tenerse en cuenta los medios utilizados por el agresor.

No se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los aspectos de la delincuencia relacionada con la actividad empresarial es tratado en el artículo 27, referente al caso de la represión por actuar en lugar de otro. Pero la regulación es más amplia que la vigente porque se comprende también al representante de una persona natural. Dicha disposición establece que el “representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta responderá como autor, aun cuando los elementos que fundamentan o agravan la pena no concurren en él pero sí en la persona a quien representa, a pesar de que el hecho requiera la actuación en provecho propio y el agente no haya actuado con tal fin”.

Sin embargo, como en el código vigente inspirado en el modelo hispano, se establecen medidas para las personas jurídicas. Así, en el artículo 108, se propone, en caso de que un “hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo”, se imponga a esta una de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.

2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Además, se establece que si una de “medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica por un periodo de dos años”.

Para contrarrestar el fraude a la ley, se prevé que “el cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas”.

d) Apreciación del proyecto peruano

La índole de las modificaciones propuestas no implica un cambio innovador substancial. Una buena parte de las disposiciones restan inalteradas. Los retoques que se hacen son a veces solo de redacción. Otros, por el contrario, comportan un cambio en la medida en que precisan los alcances de la disposición concernida.

De ser correcta nuestra apreciación, se plantea la cuestión sobre la necesidad de proceder a tal reforma. La respuesta debe ser negativa si solo debía limitarse a realizar esos cambios. Sobre todo, si se considera que mediante la interpretación pueden ser enmendadas o completadas las deficiencias detectadas en el código vigente.

Los casos en que esto no fuera posible justificarían, sin embargo, una revisión parcial del código; principalmente, en las propuestas referentes al sistema de sanciones.

En todo caso, aun cuando fuera oportuna la reforma del código, la nueva versión de la parte general contenida en el anteproyecto no busca un cambio de orientación importante de la parte general vigente. Esto es claramente perceptible en comparación con los proyectos boliviano y ecuatoriano. Tanto porque

no prevé grandes cambios dirigidos a reforzar las garantías fundamentales de la ley penal, a la manera del proyecto ecuatoriano, como porque no prevé nuevas disposiciones para regular los problemas de aplicación de la ley penal generados por la diversidad cultural, del modo efectuado en el proyecto boliviano. Con esto no se quiere aconsejar que estos proyectos foráneos sean tomados como modelos para reformar nuestro código.

En este dominio, cabe preguntarse porque no se han tomado en cuenta las reflexiones que han conducido a las Salas Penales de la Corte Suprema a dictar una serie de directivas¹⁵ sobre los conflictos que se dan, con cierta frecuencia, en ocasión de las actividades de las rondas campesinas, entre estas y los órganos judiciales¹⁶. Lo que muestra la necesidad de que se mejore la regulación prevista en el Código Penal.

En esta perspectiva, resulta interesante analizar esta importante decisión. Pero antes de hacerlo, resulta oportuno indicar que sorprende que, los jueces supremos hablen, en decisiones de esa índole, de una “doctrina legal” para designar la argumentación desarrollada. Lo que da lugar a graves malentendidos en la medida que se puede comprender, por un lado, que toda otra doctrina no es legal y, por otro, que se trata de una forma de “doctrina auténtica” y, por tanto, única y obligatoria. Ninguna de las dos posibilidades es correcta, si se recuerda que la interpretación (no otra cosa es la doctrina) es un proceso lógico y axiológico por el que se atribuye al texto uno de sus posibles sentidos. Así, tampoco es correcto exigir que las directivas establecidas sean seguidas literalmente, pues ellas mismas deben ser interpretadas y, por tanto, no siempre serán comprendidas en un mismo y único sentido.

15 Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116, sobre “Rondas campesinas y derecho penal”. Sobre las decisiones vinculantes de la Corte Suprema: CASTILLO ALVA, José Luis, *Comentarios de los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Grijley, Lima, 2008.

16 La bibliografía sobre el tema es variada y generalmente se centra en el artículo 15 CP: Cfr. HURTADO POZO, José, “Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú”, en *Anuario de Derecho Penal* 2006, número monográfico “Derecho penal y pluralidad cultural”, Lima, 2006; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, Grijley, Lima, 2005, N.º 1663 y ss.; IRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Rondas campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo”, en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Hacia una ley de rondas campesinas*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2002, pp. 81 y 122; FRANCIA, Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal”, en *Derecho*, N.º 47, Lima, 1993, pp. 493 y ss.; PEÑA JUMPA, Antonio, “Límites a la concepción universal de los derechos humanos en sociedades pluriculturales: el caso de los aymaras del sur andino”, en CALVO, Manuel (ed.), *Identidades culturales y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2002.

En dicho acuerdo, se decide, primero, establecer “como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 al 17” y, segundo, precisar “que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales”. Al respecto, hay que destacar que si bien la materia indicada como objeto del acuerdo es resolver las dificultades que se presentan por la acción de los órganos de persecución penal contra los miembros de las rondas campesinas, las directivas sobrepasan esta meta y abordan globalmente, en buena cuenta, la problemática.

Respecto de las prerrogativas relacionadas con la regulación constitucional, se establece:

1. Las rondas campesinas, mencionadas como auxiliares de las autoridades de las comunidades andinas y nativas en el artículo 149 Const., son también autoridades por la real actividad que asumen, sin considerar si están o no vinculadas a una de esas comunidades.
2. La pertenencia de las rondas al mundo cultural andino o nativo, expresada en su identidad cultural y su conformidad con el derecho consuetudinario, debe ser comprobada por el juez con ayuda de peritos.
3. Las rondas tienen funciones jurisdiccionales como autoridades comunales en el territorio de la comunidad y aplican el derecho consuetudinario.
4. El fuero comunal ronderil se caracteriza por corresponder a un grupo étnico con una identidad cultural determinada, que cuenta con una organización reconocida por la comunidad y con capacidad de control social; con un derecho consuetudinario, un territorio determinado. El límite de este fuero es el respeto de los derechos fundamentales.

Los jueces supremos, en consideración de una simple constatación de hecho (las funciones reales efectivamente ejercidas por los ronderos), han ampliado los alcances del artículo 149 Const., declarando, primero, que los ronderos no son solo auxiliares de las autoridades comunales y nativas sino asimismo autoridades y, segundo, que también deben ser consideradas las rondas que no forman parte de ninguna campesina o nativa.

Asimismo, estatuyendo que las rondas son caracterizadas por la identidad étnica y cultural, la capacidad de un control social y un dominio territorial, las directivas prevén que las rondas deben ser reconocidas como una organización por la comunidad. Lo que está en desacuerdo con la afirmación de que deben o no estar vinculadas a una comunidad determinada.

Un aspecto importante, no siempre considerado hasta ahora, es que la base cultural de las rondas y la existencia de un derecho consuetudinario deben ser apreciadas por el juez con el apoyo de expertos y controlar así la pertenencia de las rondas al mundo andino o nativo.

En cuanto a los elementos del delito y manera de establecerlos, en las directivas se señala que:

- a. el autor debe ser un rondero.
- b. el hecho debe ser cometido en el territorio donde ejerce la ronda su fuero.
- c. el sujeto pasivo o la cosa (interés) debe pertenecer a la misma comunidad.
- d. el hecho debe ser conforme al comportamiento sancionado en una norma concreta del derecho consuetudinario.
- e. el hecho no debe violar ninguno de los derechos fundamentales.

Aun cuando no se dice expresamente, debe entenderse que estas mismas condiciones, *mutatis mutandis*, son igualmente aplicables cuando las rondas no forman parte de una comunidad.

El límite establecido respecto a los derechos fundamentales, previsto en el artículo 149 Const., no es establecido debidamente porque se alude solo al acto cometido por el rondero, sin considerar que la contradicción puede ya darse a nivel de la norma de derecho consuetudinario, en la medida en que esta puede ser ya inconstitucional.

Reunidas estas condiciones (conflicto interno a la comunidad), se considera que la represión no tiene lugar porque el acto cometido es lícito conforme al artículo 149 Const.

Se trata de un caso intercultural cuando:

- a. el sujeto activo no es rondero.
- b. el hecho no es cometido en territorio comunal.
- c. el sujeto pasivo o la cosa (interés) es comunal.
- d. el hecho es un injusto conforme al derecho consuetudinario.
- e. el sujeto activo debe darse cuenta que lesiona o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad.
- f. el sujeto activo debe haber actuado por egoísmo para afectar a la institución comunal o faltando a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales.

Los cuatro primeros factores son el contrario de las circunstancias personales, legales y materiales indicadas respecto de los casos internos a la comunidad. Los restantes son de carácter subjetivo: el autor debe ser consciente que daña o pone en peligro un miembro o los intereses de la comunidad y, además, obrar con egoísmo. Estos factores no son elementos del delito, sino más bien condiciones para fijar cuál es el órgano competente para investigar y juzgar, así como para fijar qué derecho debe ser aplicado (el oficial o el consuetudinario de la comunidad). Sin embargo, las reglas procesales no son fijadas.

Coherentemente con los límites fijados en la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales, se dispone en las directivas que el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al fuero jurisdiccional comunal no son absolutos, sino que deben concordarse con otros derechos individuales y colectivos.

Así, se indica que los derechos fundamentales que deben ser respetados plenamente son:

- la vida,
- la dignidad humana,
- la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes,
- la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre,
- la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas (bajo la noción básica de 'previsibilidad' para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural).

Estos derechos deben 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".

Los jueces supremos destacan que son conductas que atentan contra el "contenido esencial de los derechos fundamentales" y, por tanto, "antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario":

- las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable, plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil;
- las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos;
- la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido;

- los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa, lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento;
- la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario;
- las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones, entre otras.

Respecto a decidir si, por los menos, uno de los derechos fundamentales ha sido violado (por el contenido mismo del derecho consuetudinario o por los actos imputados a los ronderos), los jueces supremos indican que se trata de un control externo en manos de la justicia penal ordinaria, la misma que impondrá la sanción correspondiente.

En cuanto a la determinación particular de los elementos del delito, las directivas contienen criterios detallados. Así, se indica que la tipicidad del acto conforme a la norma de derecho consuetudinario puede ser excluida por la interpretación de sus elementos normativos de acuerdo a criterios constitucionales. Así, no puede darse usurpación de autoridad porque las rondas son autoridades comunales que ejercen el fuero jurisdiccional y de secuestro porque las rondas están autorizadas a detener personas en el ejercicio de ese fuero.

De manera *a priori*, se afirma que las rondas campesinas no actúan con fines de lucro o para obtener beneficios ilegales; asimismo que no pueden constituirse en grupo delictuoso. Esta generalización es incorrecta, ya que si bien la constitución de las rondas, en principio, es legal, estas pueden caer en la ilegalidad. Mediante esta declaración, de manera indebida, se excluye la aplicación a las rondas campesinas de las “circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186, pf. 2, inciso 1, y 317 CP)”.

La licitud de los actos de las rondas es determinada, según los jueces supremos, conforme al criterio del ejercicio de un derecho. Para comprobar la proporcionalidad deben compararse los derechos a la identidad cultural con los otros derechos. En el caso concreto, prevalecen siempre los intereses de más alta jerarquía y supone la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Para determinar la presencia de otros eximentes de pena, debe considerarse el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado.

En relación con el elemento subjetivo del acto, se afirma que este puede ser afectado por los patrones o elementos culturales del rondero (“vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad”). Lo que puede determinar, según los casos,

- la impunidad del rondero,
- la atenuación de la pena, o
- ser irrelevante.

Debido a su patrón cultural, el agente (rondero) puede actuar

- sin dolo –error de tipo– al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico;
- por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o
- sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión.

Los alcances de estas últimas indicaciones son restringidos mediante dos atenuancias. Primera, que es “de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado– los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15 CP”. Segunda, que los ronderos, “como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad ‘oficial’ como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobársela cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona”. De esta manera y de nuevo con afirmaciones apriorísticas, se establecen reglas generales, cuya aplicación rígida puede, sea restringir sea ampliar excesivamente la aplicación del artículo 15 CP.

El papel de los factores culturales es destacado, igualmente, en la medida en que los jueces declaran que deben tenerse necesariamente en cuenta para individualizar la sanción penal.

Todas estas indicaciones relativas a la determinación de los elementos del delito son el resultado de meritorios esfuerzos, pero de eficacia relativa por la índole peculiar de la denominada “doctrina legal”. Por el contexto en el que son presentados los criterios adoptados (una decisión judicial) no llega a tener el desarrollo propio de una exposición doctrinal. Más recuerdan a breves explicaciones dadas en un Código Penal comentado. Al mismo tiempo, tampoco tienen la forma de mandatos relativamente precisos que deben servir de guías en la aplicación concreta de la ley penal en los casos de conflicto de índole cultural. Por esto hubiera sido mejor que luego de establecer los diversos argumentos teóricos, se

establecieran de manera más clara y sucinta las directivas correspondientes. De esta manera, se hubiera facilitado su incorporación en la ley a la ocasión de un proceso de reforma.

3. Conclusión

Los procesos de reforma de la legislación penal deben ser el resultado de un largo proceso de reflexión que comprenda el establecimiento de un diagnóstico del real funcionamiento del sistema penal y de una estrategia adecuada para la elaboración de un primer proyecto de propuestas, El mismo que debe ser sometido a la discusión pública, en particular de especialistas.

Todo proceso de reforma supone la voluntad política de llevarlo a cabo, la misma que se manifiesta en la inversión de medios suficientes para, al menos, constituir equipo de expertos, que cuenten con el necesario apoyo de asesores y colaboradores. Solo así, los trabajos prelegislativos tendrán la seriedad y se desarrollaran de manera eficaz.

No es inútil repetir que el proceso de reforma no tiene por objeto conseguir que en el nuevo texto legal se consagre una determinada concepción dogmática. Sin descuidar el aspecto doctrinal, la preocupación debe estar centrada en la búsqueda de los planteamientos de política criminal más eficaces, con la finalidad de lograr establecer disposiciones que sean realmente aplicadas. La finalidad no es elaborar una ley modelo, equiparable a cualquier otra establecida en una realidad diferente.

Mediante la reforma penal no se logra un cambio concreto de la realidad social y de la delincuencia, para esto es indispensable que sea acompañada con las medidas sociales y administrativas que hagan posible su real materialización. Así, por ejemplo, el perfeccionamiento de la regulación del sistema de sanciones penales en el Código no dará los resultados esperados si es que no se mejoran los establecimientos de encarcelamiento, tanto a nivel material como del personal.

Finalmente, esperamos que esta repetición de apreciaciones, evidentes y formuladas por otros de mejor manera y con mayor autoridad, sirvan de alguna manera para incitar a mejorar o completar los trabajos de reforma legislativa que se proyecten.

