

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción**

Trabajo Académico:

**BENEFICIOS DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ DE
PERSONAS JURIDICAS COMO POSIBLE AFECTACIÓN AL FIN DE
PREVENCIÓN GENERAL DE LA PENA. A PROPOSITO DE LOS
PROCESOS DE COLABORACION EFICAZ CORPORATIVAS**

TRABAJO ACADÉMICO

**PARA OPTAR POR EL TITULO DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN
PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CORRUPCIÓN**

Autor : JOHNY ANGEL SOLIS ADRIANZEN

Asesora : DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ

Código de alumno : 20194541

2019

**BENEFICIOS DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ DE
PERSONAS JURIDICAS COMO POSIBLE AFECTACIÓN AL FIN DE
PREVENCIÓN GENERAL DE LA PENA.**

RESUMEN

El trabajo titulado Beneficios del Proceso de Colaboración Eficaz de Personas Jurídicas como posible afectación al fin de Prevención General de la Pena tiene relevancia jurídica su investigación, puesto que, a la fecha se encuentra vigente un nuevo proceso de colaboración eficaz a favor de las personas jurídicas y/o corporativas, proceso que no es aplicado generalmente por los Magistrados de nuestro país, al ser un proceso nuevo que viene surgiendo; sin embargo, dicho proceso debe de ser analizado con mucha minuciosidad, ya que al otorgar beneficios premiales, genera espacios de impunidad, más aun cuando se aplica beneficios no solo a la persona natural sino también a la empresa, siendo que este doble beneficio por una misma información, trae con ello, un mensaje para el delincuente potencial que pese a que cometa delitos tiene aún la posibilidad de evitar una condena efectiva. Por consiguiente, a través del presente artículo se ha buscado describir si la imposición de benéficos premiales por colaboración eficaz a las personas jurídicas afectaría o no los fines de prevención general de la pena. Sin desconocer que el proceso de colaboración eficaz ha demostrado ser un mecanismo eficiente en lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada por lo que su uso, recientemente ha aumentado considerablemente, inclusive se ha ampliado esta figura a las personas jurídicas o también llamada por el derecho procesal Brasileño colaboración eficaz corporativa, sin embargo debe de existir una especial fundamentación que haga suponer que los fines de la pena en su vertiente de prevención general no será vulnerada, y que el potencial criminal al conocer que tiene una oportunidad que no se le impondrá la pena por sus delitos, no actuara con el mismo respecto al cumplimiento a las normas sociales.

“La Lava Jato no es solo la operación, sino un estado de espíritu. Si las personas aceptan la corrupción como la forma que son las cosas, esa actitud puede ayudar a perpetuarla. El mejor escenario es que Lava Jato también conduzca a un cambio de actitud hacia la corrupción” Malthew Stephenson



INDICE

Carátula	1
Resumen	2
Nota preliminar	3
Índice	4
Introducción	5
CAPÍTULO I: Persona Jurídica en el Proceso Penal	10
1.1 Ideas Generales	10
1.2 Derecho Comparado.....	11
1.2.1 En los países europeos	12
1.3 En el ámbito nacional.....	13
CAPITULO II: El Proceso de Colaboración Eficaz para las personas Individuales y Jurídicas	16
2.1. Ideas Generales	16
2.2. El Proceso de Colaboración Eficaz de la Persona Jurídica	20
2.2.1. En el Derecho Comparado	21
CAPITULO III: Prevención General	23
3.1. Ideas Generales	
3.2 La prevención general negativa	25
3.3 La prevención general positiva	26
CAPITULO IV: Aspectos Fundamentales en que el proceso de Colaboración Eficaz de Persona Jurídica puede resultar desalentador por afectar el fin de prevención general	29
Conclusiones	35
Bibliografía	36

INTRODUCCIÓN

Recientemente la legislación nacional incorporó la figura jurídica de la Colaboración Eficaz a favor de persona jurídica a través de la Ley N° 30737 (Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos).

Ello aparece en la disposición Décimo Tercera sobre Incentivos a la colaboración eficaz que señala “El Ministerio Público puede celebrar Acuerdos de Colaboración Eficaz con las personas jurídicas o entes jurídicos, que decidan colaborar efectivamente en las investigaciones a cargo del Ministerio Público, siempre que permita la identificación de los involucrados en los hechos delictivos y la información alcanzada sea eficaz, corroborable y oportuna. La aprobación del Acuerdo de Colaboración Eficaz por parte de los órganos judiciales, a criterio del Ministerio Público puede eximir, suspender o reducir a la persona jurídica o ente jurídico de las consecuencias jurídicas derivadas del delito; sin que ello implique renuncia a la reparación civil que corresponda”. Asimismo, el acuerdo de Colaboración Eficaz al que arribe el Ministerio Público con aprobación de los órganos judiciales puede eximir, suspender o reducir la aplicación de la presente ley, así como incluir dentro del acuerdo, a las personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo económico.

Antes de ello no existía un proceso similar, más aún ni siquiera se procesaba a las personas jurídicas, pese que existía procesos judiciales que se encontraban involucradas estas en diversos tipos de delitos por ejemplo los delitos ambientales, delitos por lavado de activos, delitos contra la administración pública y en la mayoría de los casos delitos económicos.

Esta no inclusión, se debía a que nuestro ordenamiento jurídico actuaba bajo los cánones del principio *societas delinquere non potes*, la sociedad no puede delinquir. La regla impide considerar responsable penal del delito a una persona jurídica.

Durante la evolución de nuestra doctrina jurisprudencial y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú recién con el Acuerdo Plenario N° 07- 2009, que versa sobre personas jurídicas y consecuencias accesorias, ha permitido establecer los requisitos que deben de considerarse para instaurar un proceso válido,

desarrollar supuestos de aplicación dogmática (consecuencias accesorias) y procesal para su aplicación.

Aunado a ello aparece publicadas sentencias en las que se impuso medidas accesorias a tres personas jurídicas. Una de ellas es el caso “Utopía”, mediante sentencia de primera instancia dispuso la disolución y liquidación de la Empresa Inversiones García North S.A.C., sustentando la medida en la gravedad de los hechos producidos (muerte de 29 personas ocasionado por el incendio ocurrido dentro de una Discoteca denominada Utopía, fiesta que se realizó sin las medidas de seguridad necesarias) (GARCIA CAVERO, 2006).

El segundo caso está referido a la empresa Business Track Sociedad Anónima Cerrada, aquí se dice que habría sido utilizada, además de otras actividades lícitas, para la comisión de delitos, los que fueron debidamente probados. También se encuentra el caso Crousillat donde se demostró la instrumentalización de la empresa Canal 4, para cometer y favorecer el delito de peculado imponiéndose las *medidas contempladas en el artículo 105° del Código Penal. Así como a la empresa “La Planicie Properties Sociedad Anónima”*, la que instrumentalizó para ocultar dinero de origen estatal imponiéndose también medidas accesorias del artículo 105 del Código Penal imponiéndose la medida de prohibición contemplada en el inciso 4 de dicha norma: “Prohibición a la sociedad, (...) de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”, es decir queda permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales.

Muchos años después se desato la ola de investigaciones en el caso Lavajato, por la Policía Federal de Brasil desde el año 2014, que tiene como objeto investigar un esquema complejo de lavado de dinero y actos de corrupción, logrando descubrir la conformación de una organización criminal conformado por las más importantes empresas - constructoras brasileñas con el objetivo de hacerse de obras públicas en el Estado brasileño, así como en diversas partes del mundo (incluyendo Perú).

El modus operandi de dicha organización criminal incluía el pago de sobornos a altos ejecutivos de dichos Estados y otros funcionarios públicos para hacerse de las obras, a través de empresas off shore.

Ante los tribunales Estado Unidenses la empresa Odebrecht reconoció que no solo ha pagado sobornos a funcionarios estatales para adjudicarse la construcción de las grandes obras públicas en el Perú, sino que también ha contribuido con dinero proveniente de sus ganancias ilícitas para financiar campañas electorales con el objetivo espurio de obtener beneficios de la clase política a la que financia. En efecto, el grupo empresarial Odebrecht en el acuerdo que suscribe con los Estados Unidos de Norteamérica hace la siguiente afirmación:

"(...) 19. Entre los años 2001 al 2016, o alrededor de dichas fechas, Odebrecht junto con sus cómplices, a sabiendas y deliberadamente, se asoció ilícitamente y se coludió con otros para facilitar, de manera corrupta, cientos de millones de dólares en pagos, y otros objeto de valor, a funcionarios extranjeros, a partidos políticos extranjeros, a funcionarios de partidos políticos extranjeros y a candidatos políticos extranjeros, así como en beneficio de estos, para obtener un beneficio indebido e influenciar a dichos funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros, y candidatos políticos extranjeros con el fin de obtener y mantener negocios en diferentes países alrededor del mundo.

(...) Luego de ser generados, los fondos no declarados eran canalizados a través de la División de Operaciones Estructuradas a varias empresas offshore que no estaban incluidas en el balance general de Odebrecht como empresas relacionadas. Estas empresas eran creadas y gestionadas por instrucciones de la División de Operaciones Estructuradas a través de beneficiarios efectivos que eran recompensados por abrir, y en algunos casos, operar estas empresas. (...)"

Así, de la sentencia dictada por el Décimo Tercer Juzgado Federal Penal de Curitiba – Brasil contra Marcelo Bahía Odebrecht y otros en relación al caso LAVA JATO, se tiene por cierto que el grupo Odebrecht, entre diciembre de 2006 a junio de 2014, para el pago de las coimas a funcionarios y otros se valió de cuentas a nombres de las empresas “off shore” como Constructora Internacional Del Sur y Klienfeld Services Ltd, las mismas que recibieron abonos desde las cuentas de la empresa Off Shore Smith & Nash Engierring Company y otros; así se sabe que este empresa Smith & Nash Engierring Company, es una compañía de fachada con sedes en Islas Vírgenes Británicas, creada y gestionada por instrucción de la División de Operaciones Estructuradas de Odebrecht, utilizado para llevar a delante el plan de

sobornos y para ocultar pagos indebidos a funcionarios y otras personalidades, para ello Odebrecht transfería dinero a su cuenta bancaria, esto conforme al acuerdo de declaración de culpabilidad celebrado entre Odebrecht SA y la Fiscalía de los Estados Unidos del Cuaderno de Acuerdo de Culpabilidad de la empresa Odebrecht).

En el referido acuerdo de declaración de culpabilidad, Odebrecht S.A. señaló sobre los pagos corruptos a funcionarios extranjeros y partidos políticos en otros países entre los años 2001 al 2016, o alrededor de dichas fechas, Odebrecht pagó e hizo que se efectuaran pagos corruptos por la suma aproximada de \$439 millones a partidos políticos extranjeros, a funcionarios extranjeros y a sus representantes, en otros países distintos a Brasil, incluidos Angola, Argentina, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela, con el fin de obtener una ventaja indebida para conseguir y mantener negocios para Odebrecht en aquellos países (...).

Es importante señalar que la empresa Odebrecht a fin de lograr ganar las licitaciones más importantes en el país y obtener mejores condiciones para su ejecución ha desplegado su accionar delictivo se desarrolló de la siguiente manera a. El acuerdo fraudulento. b. Ajustes al Marco Jurídico. c. Designación en puestos claves. d. Intervención en actos previos y en la licitación. e. Ejecución con sobrecostos. f. Influencia en el supervisor. g. Efectivización de los pagos ilícitos.

La concurrencia de las conductas descritas que se han desarrollado, antes, durante el proceso de selección y en la ejecución el Proyecto Interoceánica Sur Perú - Brasil IIRSA Sur, Tren Eléctrico, Puerto del Callao, Carretera Cusco, Carretera Carhuaz en Ancash entre otros que ha involucrado a todos los últimos presidentes del país como Alejandro Toledo, Humala Tasso, Alan García y Pedro Pablo Kuczynski.

Como es obvio los pagos ilícitos que efectuaba la empresa Odebrecht en el Perú provenía de los sobrecostos o sobrevaloraciones de las obras, ocasionando un grave perjuicio al patrimonio del Estado.

La Investigación a la empresa Odebrecht ha originado múltiples casos en el que se encuentran involucrados una serie de empresas constructoras que estarían implicadas en pagos indebidos para las adjudicaciones de las licitaciones.

Es así la Procuraduría Pública anticorrupción ha publicado en enero del año 2019 un informe especial sobre la responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción. Informe especial en el que enumera una amplia lista de personas jurídicas que se encuentran hoy en día comprendidas como terceros civilmente responsables y en otros casos incorporadas como parte investigada.

A la fecha se puede afirmar que nuestro sistema procesal admite el principio *societas delinquere*, lo que en los años noventa y los tres primeros lustros del nuevo milenio se han rechazado.

Para afrontar este tipo de criminalidad organizada de amplia escala, resultado necesario fortalecer un sistema de persecución penal que cuente con nuevas técnicas de investigación que permita ampliar el abanico de posibilidades que cuenta el Ministerio Público y la PNP para la averiguación de la verdad y combatir de forma eficiente y eficaz a las grandes organizaciones criminales.

Es así que surgió la creación de un marco jurídico que otorga beneficios a las personas jurídicas que han cometido delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos y a cambio de información útil en los procesos instaurados.

Si bien pueda generar cierta suspicacia las formas y circunstancias como ha surgido la emisión de la citada ley y sus antecedentes, en razón que ha sido publicada en la época que uno de sus protagonistas investigados ocupaba el cargo de presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski Godard.

Al margen de ello, este dispositivo legal resulta de trascendencia analizar ya que no solo premia a las empresas que colaboran a través de la no aplicación del artículo 105 del Código penal que regula las consecuencias accesorias sino también exonera de toda forma de responsabilidad administrativa al ente organizacional. Su relevancia de estudio radicaría ya que al ser analizada la cita norma procesal no ha tomado en cuenta los propósitos por el cual ha sido planteada los fines de la pena de prevención general que sirva como mecanismo de prevenir la comisión de nuevos ilícitos.

CAPÍTULO I:

PERSONA JURIDICA EN EL PROCESO PENAL

1.1. Ideas Generales

Si bien no es el tema central del presente artículo diseñar una propuesta que determine la elección de una u otra teoría que defina mejor la responsabilidad penal de una persona jurídica, sin embargo, no puedo dejar de mencionar los antecedentes de esta y el proceso evolutivo que ha venido sufriendo a propósito del cambio de paradigma que ha propuesto el derecho penal económico.

La discusión se remonta a finales del siglo XVIII cuando las personas jurídicas comenzaron a tener presencia significativa en el ámbito comercial, surgiendo la problemática de si se ha de considerar a la persona jurídica como una construcción jurídica con ciertas atribuciones y limitaciones o como un sujeto con capacidad tanto para realizar actividades económicas como para responder penalmente por los ilícitos que pudieran cometerse en tales actividades (MAZUELOS COELLO, 1996).

La sociedad postmoderna que nos encontramos viviéndose caracteriza por el consumismo la industrialización, la preeminencia de medios de comunicación y de masas ha cambiado la forma de criminalidad violenta clásica, por una criminalidad de ámbito económico, financiera, empresarial, organizada y de alcance internacional, por tanto, ella conlleva que los delitos sean cometidos en el seno de una persona jurídica o ente colectivo que se ha formado. (ZUGALDÍA ESPINAR, 1980).

Autores como Tiedemann K. en su libro responsabilidad penal a señalado que el ámbito civil resultaría insuficiente ya que solo abarcaría el ámbito reparator y dejaría al margen al ámbito preventivo.

Es así que en diversos países europeos y en Latinoamérica se adoptaron diferentes posiciones de admitir el principio *societas delinquere potest* y en otras se ha admitido la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

1.2.Derecho Comparado

El departamento de estudios extensión y publicaciones del parlamento chileno ha publicado en octubre de 2017 un breve análisis de las más importantes legislaciones a nivel mundial sobre el tratamiento que dan a la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así concluye que, en Bélgica, EE.UU., España, Francia, Italia, Países Bajos y Reino Unido, persiguen judicialmente a las personas jurídicas respecto de sus actos delictivos. Asimismo, en aquellos países como en Alemania donde no hay responsabilidad penal propiamente tal para las personas jurídicas, habría una responsabilidad cuasi-penal o responsabilidad penal administrativa.

En los Estados Unidos las entidades corporativas tienen responsabilidad penal, pero sólo por delitos de responsabilidad objetiva. La Ley Antitrust Sherman de 1890 contempla explícitamente la responsabilidad penal corporativa empezándola a aplicar la responsabilidad penal a las entidades corporativas por crímenes cometidos por sus agentes y empleados. Esta ley se dio con la finalidad de evitar monopolios.

El caso emblemático data del año 1909 que consagra, en la jurisdicción federal Estado Unidense, un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas amparado en la doctrina del respondeat superior importada del ámbito civil, conforme al cual, la persona jurídica será penalmente responsable de los delitos cometidos por sus directivos o empleados, cuando estos actúen en el ejercicio de sus funciones y con la intención de beneficiarla los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. (VILLEGAS GARCÍA, MARÍA ÁNGELES (2015).

A ello se debe de sumir la sentencia dictada en el año 2017 por un juez federal estadounidense en la que condenó a la constructora brasileña Odebrecht a pagar una multa de 2.600 millones de dólares por la trama de sobornos que puso en marcha y terminó involucrando a funcionarios gubernamentales de doce países latinoamericanos y africanos. La empresa deberá pagar 2.390 millones de dólares en Brasil, 116 millones en Suiza y otros 93 millones en Estados Unidos tras la sentencia que dictó el magistrado Raymond Dearie, informó un portavoz de la fiscalía federal del distrito este de Nueva York. La multimillonaria sanción, que se

dio a conocer en un tribunal de Brooklyn, es el resultado de un acuerdo negociado por Odebrecht con el Departamento de Justicia estadounidense, así como con las autoridades brasileñas y helvéticas (EFE, 2017).

2.2.1 En los países europeos

En Bélgica, las personas jurídicas conforme a la Ley sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas pueden ser procesadas y responder penalmente en materia de derecho ambiental, regulación, delitos de tránsito, protección del consumidor, fraude fiscal, manipulación del mercado y lavado de dinero. (...) Mientras que España la responsabilidad penal corporativa por delito cometido su representante debió de haberse cometido para o en nombre de una entidad corporativa o para su beneficio. En Francia El Código Penal de 1994 introdujo el concepto de responsabilidad penal empresarial en el derecho francés, posteriormente se ha extendido a todos los delitos. Italia, para que una entidad corporativa sea responsable penalmente, el delito debe haberse cometido, al menos en parte, en interés o en beneficio de dicha entidad corporativa. (...) Por el contrario, la entidad corporativa no es responsable si el empleado ha actuado exclusivamente en su interés o de un tercero. Países bajos, este país tiene una larga tradición de establecer responsabilidad penal para personas jurídicas por diversos delitos. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX, las entidades sólo podían ser procesadas por delitos económicos y fiscales. Desde 1976, como regla general, en el Código Penal Holandés, cada delito puede ser cometido por una persona jurídica, pudiendo ser procesada en la misma medida que las personas físicas. (Departamento De Estudios Extensión y Publicaciones octubre de 2017).

En cambio, a los casos señalados en Alemania se discute si la ley penal debe aceptar la posibilidad de que las personas jurídicas tengan responsabilidad penal. Actualmente prima la visión de que no debe aceptarse, por ser contrario a la esencia del derecho penal alemán, que se funda en la noción de culpabilidad individual, careciendo las personas jurídicas de capacidad penal. Sin embargo, la aplicación de multas administrativas sería suficiente sanción a las infracciones cometidas por personas jurídicas. (Departamento De Estudios Extensión y Publicaciones octubre de 2017).

1.3. En el ámbito nacional

En el ámbito nacional no se podía hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que no se consideraba que estos pueden adquirir la calidad de sujetos activos, por lo que nuestro código penal suplía está vacío con la aplicación del artículo 27 que plantea una forma de responsables los representantes de las mismas, ya que en nuestra legislación sólo son eran sancionadas las personas naturales.

No obstante, a ello el Código Penal ha establecido las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, que no son otra cosa que especiales medidas administrativas (clausura, disolución de la sociedad, etc.) aplicables a las sociedades en cuyo seno se han cometido ciertos hechos delictivos.

El artículo 27° del Código Penal se aplica no solo al órgano de representación autorizado de una persona jurídica y al socio representante autorizado de una sociedad, sino también a todos aquellos quienes actúan como órgano de representación autorizado de una persona jurídica y como socio representante autorizado de una sociedad. En otras palabras, caben actuaciones de representantes de hecho, o cuando el título de representación no sea válido. Con esto se atiende al dominio material que tiene el sujeto en el ámbito organizacional de la persona jurídica.

El Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116

El Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del 2009, tiene como propósito resolver los problemas de aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, las cuales no son aplicadas jurisprudencialmente por la falta de regulación de los presupuestos que deban aplicarse.

Este acuerdo plenario identifica como problemas de aplicación las siguientes:

- 1) Ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el código penal.
- 2) Ausencia de normas procesales.

Este acuerdo plenario establece como presupuestos para imponer las consecuencia

- 1) Que la persona jurídica haya servido para la realización del hecho punible.

2) Que se haya condenado al autor físico y específico del hecho punible.

Se plantea la disolución de la persona jurídica se aplicará cuando resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

En relación al ámbito procesal, se establece la necesidad que las consecuencias accesorias se apliquen en el marco de un proceso penal con todas las garantías procesales como el derecho de conocimiento de los cargos, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación, al silencio y de impugnación conforme el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, que son los siguientes:

- 1) El fiscal provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado.
- 2) La persona jurídica denunciada debe ser comprendida en el auto de apertura de instrucción en condición de sujeto pasivo imputado. Esta resolución deberá notificársele a la persona jurídica.
- 3) La persona jurídica procesada tiene en lo pertinente los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.
- 4) La acusación fiscal, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. Solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda a la persona jurídica.

Mención aparte merece la emisión de la resolución que incorpora al Partido Nacionalista al proceso penal en el expediente N° 00249-2015-39-5001-JR-PE-01, Lima, dicha resolución establece que la incorporación de la persona jurídica al proceso dependerá de la cadena de atribución que defina su actuación que conecta a los órganos del ente colectivo con el evento delictivo, definiendo cuatro factores de atribución: 1.-La actuación delictiva en su nombre o en su beneficio de parte de sus representantes de hecho, de derecho y de sus vínculos o de sus vínculos contractualmente, 2.- la falta de un sistema de control eficiente de la persona

jurídica y de sus órganos de gestión sobre la actividad funcional de sus operadores
3.- la deficiente administración de los riesgos de contaminación criminal 4.- la cultura y función criminales como razón de origen o existencia de la persona jurídica.

Sin embargo, el art. 105 del Código Penal del Perú prevé sanciones preventivo-especiales, que al decir de Bernardo Feijoo Sánchez (FEIJOO SÁNCHEZ, 2002), tienen como presupuesto una peligrosidad de la persona colectiva. Además, en el artículo 104 del Código Penal del Perú contempla el comiso, con fines indemnizatorios o reparatorios.

En Perú se encuentra a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica Percy García Cavero (GARCÍA CAVERO, 2003), en su obra Derecho Penal Económico, Parte General, expone sobre el tema expresando que, a los efectos de responsabilizar a las personas jurídicas, a estas se las considera como una coordinación de distintas esferas de organización de sujetos individuales, en la que solamente estos resultan titulares de competencias por organización e institucionales penalmente relevantes. Pero que esta concepción solamente es aplicable a las pequeñas empresas con una estructura organizativa elemental, siendo esto insuficiente cuando se trata de empresas modernas complejamente organizadas. Y expresa que el primer problema dogmático a sortear, para poder hacer titular a la persona jurídica de competencias por organización e institucionales penalmente relevantes, es la atribución de estatus de ciudadano a la empresa. En respuesta a ello, García Cavero expresa que esta atribución puede perfectamente fundamentarse, en tanto la persona jurídica posee una organización autónoma y aparece socialmente como responsable del cumplimiento de obligaciones ciudadanas. Para este autor, la principal objeción que se hace a la imputación penal de las personas jurídicas consiste en llevar a cabo una doble imputación con base a un mismo hecho. Confirmado así que la persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacersele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de organización.

CAPITULO II

EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ PARA PERSONAS INDIVIDUALES Y JURIDICAS

2.1. Ideas Generales

Para hablar del proceso de colaboración eficaz es necesario recurrir al sistema de derecho penal premial y si bien esta encierra en sí misma una contradicción lingüística y también un cambio de rumbo en la técnica y control social formal del Estado. Ante la experiencia terrorista en Alemania, Italia y España se respondió por medios legi ferantes, buscando el retorno a la acción política pacífica de las personas integradas en las organizaciones terroristas se empezó allanar las dificultades tanto policiales como judiciales. Se creyó que, apelando al contenido de una ley como estrategia, se podía conseguir la racionalidad y el avivamiento del espíritu de paz (CABRERA RAUL, 1994).

Bentham en su obra Penas y recompensas señala que “el hombre no se mueve si no es por causa de dolor o placer”. Por lo que podemos inferir que la ley de recompensas si bien puede contribuir a la lucha contra la criminalidad, ya que parece que el dinero que se le otorgue al beneficiario puede servir de cierta manera como un estimulante al colaborador, sin embargo esto parece insuficiente, aunque podría ser significativa anteponiéndolo a anteriores indicadores; por otro lado, también es de advertir que el informante tiene temor de ser descubierto y sufrir contra sí o su familia un atentado, lo que ahonda más el desánimo en proporcionar información. Así como están las cosas se aprecia que el Estado está perdiendo la lucha contra la criminalidad ya que ni siquiera se aproxima a debilitarla o cuanto menos a reducirla considerablemente

Asimismo, respecto a los incentivos económicos fuera de los procesales actualmente se encuentra vigente el (Decreto Legislativo N° 1180) que establece Beneficios de Recompensa para Promover y Lograr la Captura de Miembros de Organizaciones Criminales, Organizaciones Terroristas y Responsables de Delitos de Alta Lesividad, que podría incentivar de cierta manera a este tipo de agentes con reserva de identidad. Lo cierto es que en el Perú ya se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 033-2009-PCM que regula casos de recompensas por actos de

terrorismo, así como también tenemos la Ley de Delitos Aduaneros Ley N° 28008 y su antecesora la Ley N° 26461 de 1995 que ya regulaba un sistema de recompensas hasta un 20 % de la mercadería hallada, situación similar se encuentra en la Ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria (Decreto Legislativo 815), también tenemos la Ley de protección al denunciante (Ley 29542), la misma que está a cargo de la Contraloría General de la Republica, sin embargo pese a toda esta regulación jurídica sobre incentivos para el denunciante, no parece que hayan sido influyentes en la ciudadanía, tal vez por su poca difusión o por falta de especialistas que la promuevan y la apliquen salvo en el caso de Terrorismo que inclusive las recompensas que se habrían brindado no necesariamente han salido de las arcas del Estado sino por financiamiento extranjero en su lucha contra el Tráfico ilícito de Drogas.

El interés político criminal es sin lugar a dudas muy importante puesto que permite obtener efectos devastadores para las asociaciones criminales, con doble resultado, por un lado, el desaliento por la formación misma de las organizaciones criminales que están expuestas al peligro constante de la delación, por el otro, impedir que las ya existentes lleven a cabo sus deseos criminales. (CABRERA RAÚL, 1994).

Asimismo, los incentivos que se debe de otorgar a las víctimas y testigos no solamente deben de ser económicas, también pueden ser procesales, así por ejemplo se puede otorgar eximen de responsabilidad o disminución de pena en el caso que hayan sido protagonistas de hechos independientes a su colaboración, ello también estimularía al testigo para que participe en un proceso penal.

El colaborador eficaz últimamente ha tomado notable presencia en la actividad procesal para resolver asuntos de criminalidad organizada en nuestro país, prueba a ello se tiene que se han instaurado diversos procedimientos de colaboración eficaz para delitos de tráfico ilícito de drogas, delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos inclusive en los procesos de terrorismo.

Esta figura consiste en otorgar beneficios procesales a aquel imputado que otorgue información básicamente para desarticular una organización criminal logrando las capturas de los integrantes que la conforman o evitar la comisión de delitos por parte de la organización criminal.

Alessandro Baratta define al colaborador eficaz como la figura denominada arrepentido definida como aquella persona que incurso en el delito, que antes o durante un proceso penal aporte información que permita llevar a procesamiento a otra indicada o a un significativo progreso de la investigación o al secuestro de sustancias provenientes de los delitos previstos en la ley, recibirá una atenuación en la sanción, siendo este el beneficio por su colaboración. Para el efecto debe revelar la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o conexos, proporcionando datos necesarios que permitan el procesamiento de personas sindicadas o un significativo progreso de la investigación” (BARATTA, 2014).

La figura del arrepentido nace dentro de una nueva política criminal menos represiva y más premial a aquellos que colaboran con la justicia, es la evaluación de un buen comportamiento procesal de aquel imputado que se hace merecedor luego a una recompensa.

Raúl Peña Cabrera en su libro *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista* analiza la ley de terrorismo y equipara el concepto de arrepentimiento con el nombre de derecho penal premial, Mario Daniel Montoya autor argentino comentando a nuestro autor peruano considera la figura de arrepentido como una concepción moderna mediante la cual la pena que sigue a la comisión de un delito no se aplica o simplemente se atenúa, lo que es una forma sui generis de despenalización. Para ello, el juez deberá valorar el comportamiento procesal del sujeto que tiene que responder a circunstancias o modelos prefijados para poder acceder al premio consistente en una eximición o reducción de pena. Es una técnica de estímulos. La frase del derecho penal premial encierra en sí misma una contradicción lingüística y también un cambio de rumbo en la técnica y control social formal del Estado. Ante la experiencia terrorista en Alemania, Italia y España se respondió por medios legiferantes, como el aquí estudiando a fin de allanar las dificultades tanto policiales como judiciales. (CABRERA RAUL, 1994).

La palabra “arrepentido” viene de la expresión italiana pentito y está relacionada con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de ciertos tipos de delitos. Se trata, efectivamente, de colaboradores que a cambio de beneficios procesales brindan información que permite luchar

contra el crimen organizado. Dicha institución nació como una necesidad de contar con un arma que permitiera a las autoridades introducirse en las altas esferas a través de la información que brindan quienes muchas veces la componen. Es mediante este tipo de instituciones que se han logrado condenas y penetrar el mundo mafioso, especialmente en Italia (MONTROYA, 1998).

La ley del arrepentimiento en nuestra legislación peruana viene hacer el antecedente de lo que ahora conocemos como colaboración eficaz, esta aparece el 25 de mayo de 1992 con la entrada en vigencia del Decreto Ley 25499 -Ley de Arrepentimiento, mediante el cual se establecía los beneficios que se otorgaban a los arrepentidos incurso en delitos de terrorismo. Luego aparece el Decreto Ley No. 25582 de fecha 27 de junio de 1992, en el que se otorga beneficios procesales, a los sujetos que se encontraban en proceso de investigación, teniendo este como antecedente el D.L N° 25582 y Ley 25384 del 30 de diciembre del 1991.

Luego a ello con fecha 20 de diciembre del 2000, se promulgó la Ley No. 27378 - Ley Que Establece Beneficios por Colaboración Eficaz en el Ámbito de la Criminalidad Organizada, y después de dos años aparece la Ley N°. 27885 de fecha 18 de diciembre del año 2002 la misma que fue reemplazada por el proceso regulado en el Nuevo código Procesal penal, esta ley señala como requisito que el colaborador eficaz para ser beneficiario de los beneficios procesales debe de a) haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas; b) Admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen. Aquellos hechos que no acepte no formarán parte del proceso por colaboración eficaz, y se estará a lo que se decida en el proceso penal correspondiente; y, c) Presentarse al Fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz. Actualmente incluso este proceso de colaboración eficaz se ampliaron sus beneficios a favor de personas jurídicas que haya estado involucradas en la comisión de delitos de crimen organizado a través de la ley 30737, situación que me disgusta como operador jurídico, ya que su aplicación conlleva a la convalidación de actos de corrupción.

2.2. EL PROCESO DE COLABORACION EFICAZ DE PERSONA JURIDICA

El proceso de colaboración eficaz de persona Jurídica no tiene mucha difusión entre las legislaciones procesales penales en el mundo, ya que se sabe muy poco de la aplicación de esta figura que contribuye a descubrir la criminalidad organizada. Es así se sabe que Estados Unidos, Brasil cuentan con una legislación al respecto.

En el Perú oficialmente inicia con la dación de la ley N° 30737 ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos.

En la que se instaura el proceso de colaboración eficaz de las personas jurídicas con esta ley se le permite al Ministerio Público celebrar Acuerdos de Colaboración Eficaz con las personas jurídicas o entes jurídicos, que decidan colaborar efectivamente en las investigaciones a cargo del Ministerio Público, siempre que permita la identificación de los involucrados en los hechos delictivos y la información alcanzada sea eficaz, corroborable y oportuna.

La aprobación del Acuerdo de Colaboración Eficaz por parte de los órganos judiciales, a criterio del Ministerio Público puede eximir, suspender o reducir a la persona jurídica o ente jurídico de las consecuencias jurídicas derivadas del delito; así como incluir dentro del acuerdo, a las personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo económico.

Antes de ello se emitió la ley N° 30424 Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional (la ley entrará en vigencia el 1 de julio de 2017), en la que se introduce un sistema para hacer penalmente responsables a las empresas y personas jurídicas en general, aun cuando se señala expresamente que se trata de una responsabilidad de naturaleza administrativa.

Asimismo se emitido el Decreto Legislativo N° 1352 “Ley que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas que tiene como objeto ampliar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 397, 397-A, y 398 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra

el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y, en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio ley que fue publicada el siete de enero de dos mil diecisiete y entrada en vigencia del uno de enero del dos mil dieciocho.

Antes de la emisión de la citada ley entro en vigencia el Decreto de Urgencia que asegura la continuidad de Proyectos de Inversión para la prestación de Servicios Públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de corrupción del Decreto de Urgencia N° 003-2017 donde en su artículo dos hace inferencia de beneficios premiales a toda empresa que reconozca su culpabilidad en un proceso penal a quien se le otorgara la posibilidad de proseguir sus obligaciones contractuales a cambio que cumpla con el pago de la reparación civil, así se tiene señalado lo siguiente: Que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Este Decreto de Urgencia tenía como vigencia solo un año, motivo por el cual se emitido el Decreto de Urgencia 003-2018 que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del estado en casos de corrupción ampliando la vigencia del Decreto de Urgencia N° 003-2017.

A la fecha el Fiscal Superior Coordinador del Equipo Especial en diversas conferencias ha señalado que se han acogido al proceso de colaboración eficaz a la fecha cinco personas jurídicas y por razón de reserva de investigación no ha precisado las empresas postulantes a colaborador eficaz. Por lo que resulta atractiva este mecanismo premial que a su vez viene hacer una técnica de investigación de lucha contra la criminalidad.

2.2.1 En el Derecho Comparado

Son muy pocos los sistemas que han acogido la figura del colaborador eficaz de persona jurídica. Los casos mas conocidos en nuestro medio lo tiene los Estados Unidos y Brasil, asimismo existe un estudio que resulta ilustrativo que tiene como título Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas jurídicas elaborado por Patrick Matteo De Genaro Dyer en el que hace un breve resumen de como se

viene aplicando el proceso de colaboración eficaz de la persona jurídica, así comenta que en los EE.UU. se encuentra regulada en los memorandos del Departamento de Justicia de Estados Unidos como en las Sentencing Guidelines de la U.S Sentencia Comission siendo que entre los principales requisitos que requiere es que la información proporcionada por la organización que busca acogerse a este sistema debe ser entregada de forma oportuna y completa. El momento en el que se brinde la información será fundamental para determinar la sentencia final. Asimismo, se tomará en cuenta la calidad de la información y que no se hayan omitido detalles. Estos requisitos serán tomados en consideración para asignar el denominado “Culpability Score” (puntaje de culpabilidad) que podrá ser reducido hasta en cinco puntos si la organización cumple con los mismos (Tuffin, 2010). Señala también que se toma en cuenta el nivel jerárquico de los funcionarios involucrados, la historia de la organización y la presencia de un programa de cumplimiento. El sistema americano tiene la tendencia de buscar soluciones que eviten que los casos lleguen a juicio y sean objeto de una sentencia.

La citada bibliografía cuando se refiere al caso de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sostiene que es una posición mucho más poderosa que la de un individuo que comete un delito común. Esto se traduce que una persona jurídica tiene la capacidad de contratar equipos legales de primer nivel. Ya que las empresas tienen suficientes recursos económicos para encubrir cualquier tipo de actividad delictiva que se de en su interior. Estos detalles son los que, a la larga, dificultan la investigación por parte de las autoridades correspondientes.

El método de aplicación del proceso de colaboración es muy similar al nuestro, la persona jurídica se compromete a cumplir una serie de requerimientos impuestos por el acuerdo con el fiscal, mientras que este último se compromete, a que una vez sea aprobado el acuerdo por la autoridad jurisdiccional. El acuerdo se suscribe a nombre de la empresa y nunca de los socios de la misma. Esto es importante dado que lo que se busca es reforzar la autonomía de la empresa. En relación al pago dinerario que deba ser estos necesariamente deberán de provenir de los fondos de las cuentas de la empresa. Todo acuerdo que se arribe con personas jurídicas deberá retener su autonomía a lo largo de proceso de colaboración eficaz. Un aspecto sumamente importante dado que lo que se busca con la medida es preservar la integridad de la empresa, debiendo de responder sus socios a título individual.

Algunas de las principales exigencias que usualmente son incorporadas a los acuerdos de este tipo, podemos encontrar: (a) el pago de una multa directamente a la Fiscalía, (b) la compensación a todas las víctimas afectadas por la conducta delictiva, (c) la donación de una suma de dinero a una asociación sin fines de lucro o institución dedicada a obras de caridad, (d) la renuncia a todo tipo de ganancias y/o beneficios producto de la comisión del delito, (e) la implementación de un adecuada programa de cumplimiento o la modificación de uno existente, (f) la colaboración plena con cualquier investigación vinculada al delito, y (g) el pago de cualquier gasto razonable incurrido por la fiscalía asociado con la investigación o con la suscripción del acuerdo.

CAPITULO III

PREVENCIÓN GENERAL

3.1. Ideas Generales:

Este trabajo analiza los beneficios del proceso de colaboración eficaz de las personas jurídicas y la implicancia que tiene esta para el cumplimiento de los fines de la pena, por lo que empezamos describiendo algunas definiciones al respecto.

En principio tenemos que el Tribunal Constitucional alemán ha formulado su idea de la prevención general positiva del siguiente modo: *“El fin de la pena es preservar a la sociedad de comportamientos socialmente dañosos y proteger los valores elementales de la vida comunitaria. El legislador expresa en la cantidad de pena su juicio de desvalor coadyuva a la formación de la conciencia en la población”* (PÉREZ MANZANO, 1986)

Ahora bien, el planteamiento de la prevención general en Roxin se lleva a sus últimas consecuencias en el ámbito de la imposición y medición de la pena, introduciéndolo en el mismo no en el sentido de mera intimidación sino de salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la comunidad. Más concretamente, a la prevención general en su aspecto positivo le serían atribuibles tres efectos: el efecto de aprendizaje socio pedagógicamente, el ejercicio en la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal, y el efecto de pacificación, que se instala cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza como consecuencia de la sanción sobre el

quebrantamiento del derecho y considera solucionado el conflicto con el autor. (Claus, 1997).

Efectivamente, según estas teorías, el delito representa el lado oscuro de la personalidad de los individuos, de modo que cuando alguien delinque la sociedad proyecta en él mediante la sanción su propio sentimiento de culpabilidad, al tiempo que mantiene controlados sus propios instintos agresivos. (STRENG, 1976).

Justamente este mecanismo es considerado por Jager la verdadera aportación del psicoanálisis a la teoría de la prevención general, al fijarse en la existencia de necesidades coactivas o compulsivas de castigo (JAGER, 1974).

En otro lugar continúa Hassemer su argumentación diciendo que la prevención general comporta como teoría de la pena, que cada intervención a cargo del individuo desviado de la norma tiene que forzar al mismo tiempo el bien común en el Derecho Penal del Estado como instrumento de la política social en sentido último, en la praxis penal de la vida diaria como estabilización de las normas del respectivo grupo de referencia (HASSEMER, 1979)

El derecho Penal se entiende, pues, modernamente, como un medio ineludiblemente necesario para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos (LUZON PEÑA, 1996), que posibilita la vida en comunidad, y que no se pone al servicio de una determinada concepción ética (CARRIO, 1962). Junto a este fin de evitar aquellos comportamientos que estarían dificultando la consecución del orden social constitucional (fin de prevención general de delitos y reacciones informales de la sociedad), se hallaría el fin que limita la propia violencia estatal (SILVA SANCHEZ, 1992).

La comisión de un hecho delictivo tiene como consecuencia la imposición de una pena o medida de seguridad, o de ambas al objeto de hacer efectiva la función de dirección y control social, sin olvidar el objetivo de “reparar el daño causado (RODRIGUEZ MOURULLO, 1965)”

El concepto de prevención general ha sido introducido en su sentido moderno por Feuerbach, y también por Filangieri y Bentham, el concepto de prevención general alude a la prevención frente a la colectividad. Concibe a la pena como medio para

evitar que surgen delincuentes de la sociedad. (SANTIAGO MUIR PUIG Derecho Penal).

El autor fórmula esta teoría a partir de la llamada teoría de la coacción psicológica. Se recreaba la situación desde la idea de imaginar el alma del delincuente potencial que cae en la tentación entre motivos que lo impulsan a cometer el acto ilícito, y aquellos que lo motivan a resistirse de cometer la conducta conminada. GÓMEZ HORTA, R. 2016).

La teoría de la prevención general sostiene que el sistema penal apunta a motivar a todos los ciudadanos a que no cometan delitos. Bajo esta perspectiva, la pena no se impone para retribuir el delito cometido, sino que lo que busca es influir en la comunidad para evitar su futura comisión (ROXIN, 1997). Existen dos clases de prevención general de la pena: La prevención general negativa, por un lado, y la prevención general positiva, por el otro.

3.2. La prevención general negativa

La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por concebir a la pena como un mecanismo de intimidación de los ciudadanos para motivarlos a no lesionar los bienes jurídicos penalmente protegidos (JAKOBS, 1997). Este proceso de motivación puede verificarse en dos momentos distintos. Por un lado, la motivación de los ciudadanos puede tener lugar a nivel de la ley penal que prevé la imposición de una pena por la realización de una conducta prohibida. Por otro lado, puede ser también que con el cumplimiento efectivo de la pena concretamente impuesta se produzca sobre los ciudadanos la disuasión que se quiere alcanzar. Dado que cada uno de estos momentos presenta sus propias particularidades y evidentemente también sus propios cuestionamientos (HORNLE, 2017).

Prevención general negativa en la ley penal

La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la ley penal fue formulada originalmente por FEUERBACH. Para este penalista liberal alemán, la amenaza penal debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo (HORNLE: Strafrecht) por medio de la coacción psicológica desplegada por la amenaza penal se deben bloquear los impulsos o inclinaciones delictivas de los ciudadanos para asegurar,

de este modo, una convivencia pacífica en la sociedad civil. A FEUERBACH le quedaba claro que, a nivel de la ejecución de la pena, el Estado no tenía el derecho a la intimidación de otro por medio de los sufrimientos inferidos al condenado (FEIJOO SANCHEZ, 2014).

La teoría de la coacción psicológica por medio de la amenaza penal presupone la existencia de un vínculo psicológico entre el mensaje prescriptivo de la norma penal y los ciudadanos (SILVA SANCHEZ, 1992). Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se hace la atingencia de que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos conoce efectivamente lo que establece la normativa penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre norma y ciudadano no debe tener un carácter empírico, sino, más bien normativo (SILVA SANCHEZ, 1992).

3.3. La prevención general positiva

La formulación originaria de la prevención general positiva, atribuida a WELZEL, se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de conseguir que los ciudadanos no lesionen los bienes jurídicos protegidos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de dichos bienes (JAKOBS, EL SISTEMA FUNCIONALISTA, 1996). Desde esta lógica, la tarea del Derecho Penal consistía en proteger los bienes jurídicos a través del mantenimiento de los valores ético, sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético (WELZEL, 1989).

Por su parte *Mario Duran Migliardi* lo ha definido a la prevención general positiva es un término pluricompreensivo que abarca desde distintos efectos de la pena hasta amplias concepciones de justificación del sistema jurídico penal e, incluso, nuevas concepciones dogmáticas. Por esta razón, las nociones surgidas bajo este concepto no solo vinieron a sumarse a la discusión de los tradicionales fines de la pena (retribución, prevención general negativa y prevención especial), sino que, al incorporar nuevos conceptos desde las ciencias sociales (entre otros, la conformación de la conciencia jurídica colectiva, el psicoanálisis, la fidelidad y la confianza en el Derecho, la defensa del ordenamiento jurídico, el control social y la

pacificación de la conciencia social normativa) contribuyeron a renovar la discusión concerniente a la justificación, legitimación y limitación del Derecho penal.

La criminología moderna concibe la prevención general como un concepto abstracto que debe de verificarse empíricamente. Es decir, la criminología neoclásica se marca como objetivos averiguar sí: 1) nuestro sistema jurídico-penal imparte, en la realidad, castigos con certeza y celeridad y proporcionales al daño hecho a la sociedad; 2) Si el ciudadano, sobre todo el delincuente potencial, conoce y teme este aparato punitivo; 3) Si el ciudadano, sobre todo el delincuente potencia, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales; y 4) En el caso de delincuentes aprehendidos (detenidos por la autoridad), si una vez castigados, deja de delinquir por haber aprendido una dura lección (HECTOR E. BERDUCIDO Universidad Mesoamericana).

Baurmann señala que la idea principal que subyace en el utilitarismo de Bentham es que una organización o institución social está justificada sólo cuando maximiza la felicidad y bienestar del conjunto de los miembros de la comunidad. Este modelo de pensamiento conduciría respecto al Derecho Penal al siguiente silogismo:

- A. La pena está justificada cuando tiene un efecto deseado.
- b. Un efecto es deseado cuando eleva la suma de utilidad social.
- c. La pena está justificada cuando eleva la suma de utilidad social.

Para Bentham, es útil, y por ello razonable y justo, imponer sanciones penales a determinadas personas cuando es posible hacerlas responsables causal y mentalmente, porque sólo bajo esta condición se garantiza la efectividad de la pena. En casos en que el individuo no es consciente de la antijuricidad penal del hecho o se halla bajo un estado mental que lo hace inaccesible a la amenaza penal, no tiene sentido sancionar porque no es posible evitar un daño, y únicamente se conseguiría aumentar el daño mediante la imposición de una pena sin finalidad alguna.

Se puede llegar de este modo al siguiente esquema de razonamiento a través del cual se justifica también el principio de responsabilidad penal, pero no a través del principio utilitarista:

- A. Una pena está justificada cuando tiene un efecto deseado.
- B. Un efecto es deseado cuando eleva la suma de utilidad social.
- C. La suma de la utilidad social se consigue sólo si la pena actúa preventivamente.
- D. La pena actúa preventivamente cuando el penado es responsable de la acción cometida.
- E. La pena está justificada cuando el penado es responsable de un hecho penal típico.

La doctrina de Bentham ha sido criticada por Hart, quien ha puesto de relieve los puntos débiles que contiene. La primera de sus críticas señala la dependencia de la teoría benthamiana de un presupuesto empírico que la hace insostenible. Para Hart, no está claro que con los presupuestos de una teoría utilitarista las acciones de niño o de enfermos mentales que violan normas jurídico-penales no deban ser penalizadas, porque no está empíricamente probado que ello no repostara más utilidad social que la existencia de causas de exculpación, y por tanto la vinculación de Bentham del principio de orientación a las consecuencias con los principios de responsabilidad quedaría falseada. (HART, H.L.A., Punishment and Responsibility).

CAPITULO IV:

ASPECTOS FUNDAMENTALES EN QUE EL PROCESO DE COLABORACION EFICAZ DE PERSONA JURIDICA PUEDE RESULTAR DESALENTADOR POR AFECTAR EL FIN DE PREVENCIÓN GENERAL

El proceso especial de colaboración eficaz se enmarca dentro de la justicia penal negociada que implica el otorgamiento de beneficios de orden punitivo, procesal, incluyendo medidas de protección, a favor del colaborador, bajo el entendido que ha prestado información importante o elementos de convicción que permitan esclarecer los hechos que se investigan, o incluso, dar a conocer nuevos hechos presuntamente ilícitos (EXP. Colaboración eficaz 00035-2018-2-5201-JR-PE).

Este es la definición que otorga al proceso de colaboración eficaz en la primera sentencia de este proceso especial la misma que ha sido dictada a favor de la empresa Odebrecht y sus sucursales, la misma que ha sido publicada en la página web oficial del Diario la República donde aparece las 253 páginas que la conforman.

Con esta sentencia se estrena el proceso de colaboración eficaz corporativa que sería una especie de acumulación de procesos de colaboración eficaz a favor de varias personas naturales, así como a favor de personas jurídicas y estas mezcladas entre ellos.

La aludida resolución judicial señala que el proceso especial de colaboración eficaz abarca un total de cuatro personas naturales y una persona jurídica, frente a lo cual fiscalía ha sostenido que se trataría de una colaboración corporativa; ante ello, la juez a cargo advierte que en su oportunidad si bien se aperturaron carpetas independientes por cada uno los cinco colaboradores eficaces, y dado que no se encuentra descrita de manera expresa en la norma, la posibilidad de acumular distintos colaboradores eficaces en un único acuerdo no se encuentra prohibida por ley, por lo que no existe impedimento alguno para su evaluación en el modo que ha sido presentado, tanto más, si creemos existen suficientes elementos de corroboración para realizar un análisis independiente en relación a cada uno de ellos.

Como se puede apreciar tanto la ley que amplía el proceso de colaboración eficaz y la propia interpretación que efectuó la magistrada a cargo tiene fuerte dosis de política criminal para la lucha contra la corrupción y lavado de activos al admitir la posibilidad de acumulación de procedimientos especiales que tiene el carácter de secreto.

Además, la aludida resolución señala: *la suscrita no encuentra mayor impedimento, tanto más si el acuerdo ha sido celebrado con Constructora Norberto Odebrecht S.A., quién en los términos del art. 396 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), comprende a las sucursales.*

En relación a los beneficios premiales del presente acuerdo, a fin de delimitar adecuadamente a aquellas empresas del Grupo Odebrecht que se harán merecedor a los mismos, por ser quienes se encuentran vinculadas a los hechos ilícitos que han sido materia de delación. Lo que, desde ya, nos permite precisar que la resolución que pone fin al proceso de colaboración eficaz igual otorgara los beneficios del proceso de colaboración eficaz, pese a que indistintamente se le haya denominado de diversas formas en las distintas cláusulas comprendidas en el Acuerdo de beneficios y colaboración eficaz.

De lo señalado queda claramente establecido que no solo ha comprendido a la empresa donde se haya realizado o facilitado la acción delictiva. Sino abarco a todas las empresas que haya creado la empresa Odebrecht y hayan intervenido sus funcionarios.

La ley que da origen al proceso de colaboración eficaz de persona jurídica no ha previsto un mecanismo adecuado para el otorgamiento de beneficios premiales, si bien si aparece descrito el tipo de información que deberá de ser presentada por estos y en base ello se hará merecedor a uno de los beneficios que son eximente de responsabilidad o disminución de las consecuencias accesorias, sin embargo no aparece como criterio a evaluar para graduar el beneficio a otorgar el fin preventivo de la pena, es decir el impacto que reflejara a la ciudadanía la no imposición de consecuencias accesorias.

Este proceso de colaboración eficaz corporativa ha sido desarrollado en Brasil en el caso Lavajato sus principales resultados en Curitiba: son 474 acusados, 244

condenados a más 2250 años, 60 parlamentarios condenados y presos, 4 mil millones regresados a los cofres públicos, 12,4 mil millones compromisos de devolución, 750 millones repatriados.

Al parecer este tipo de procesos de colaboración eficaz corporativo ha contribuido positivamente a combatir la corrupción en la República de Brasil. Además este trae con ello un mensaje alentador a la ciudadanía que se pueda luchar contra la corrupción cometida por altos funcionarios y empresarios con poderío económico, sin embargo nos hacemos la pregunta si a los fines del proceso de colaboración eficaz de persona jurídica sus beneficios no resultan acorde al propósito que busca los fines de la pena, es decir si realmente ello contribuye a que la sociedad tome conciencia que delinquir traerá consecuencias nefasta para la existencia de la actividad económico de la empresa.

Los que nos dedicamos al derecho penal conocemos que el fin de la pena es prevenir o disuadir a la sociedad a no cometer delitos, al tener conocimiento que toda persona que delinca será merecedora a una sanción.

Y si bien nuestro ordenamiento jurídico penal no ha considerado como elemento para graduar la imposición de la pena, y si bien se puede encontrar implícito con el solo señalamiento de la pena. Sin embargo, consideramos que resulta imprescindible si argumentar en los casos que se otorgue beneficios premiales en los procedimientos de colaboración eficaz o disminución de penas o penas atenuadas, ya que el impacto que se origina a la sociedad puede ser mayor que el propio remedio.

Los operadores del derecho consideramos necesario descubrir la verdad con todos los medios y recursos posibles legales y constitucionales ello incluye el proceso de colaboración eficaz en el que se puede eximir de responsabilidad penal por intercambio de información para que en la mayor parte de los casos se pueda lograr la condena a los demás integrantes o cabecillas de la organización criminal.

La fórmula será un beneficiario por más de cuatro, cinco, o más personas condenadas, sin embargo, a futuro sucederá que, si bien las penas pueden resultar ampliamente intimidadoras para que el sujeto activo no quiera delinquir, no

obstante, ya es ampliamente difundido que tiene aún un comodín para evitar pagar su responsabilidad penal.

Ese comodín o salvavidas se va a denominar Colaboración Eficaz, va a resultar un mecanismo que da oportunidad al que delinque inclusive alienta a la población que se encontraría propensa a delinquir a consumar el delito, ya que conoce que cuenta con una oportunidad de no responder por sus delitos. Mas aun cuando a la vez se pretende acogerse al proceso de colaboración eficaz tanto a la persona natural como a la persona jurídica otorgando doble beneficio por un mismo aporte.

Para graficar que si generaría un impacto negativo el uso del proceso de colaboración eficaz sin tener en cuenta la prevención general resultaría otorgar a los líderes de los cuellos blancos beneficios de eximente de responsabilidad, o que las empresas que han delinquido al país permitirles seguir trabajando en el Perú, ello en definitiva va contra la prevención general de la pena.

Hay que recordar que cuando se infringe las normas de conducta y no se impone sanciones, ello significa que en realidad no existe el derecho. la pena colabora a las funciones generales del ordenamiento jurídico allí donde otras medidas jurídicas no pueden hacerlo: evita la desintegración social y, con ello, maximiza la libertad general. Como se ha señalado convincentemente desde una perspectiva funcional primero Luhmann y, posteriormente, Jakobs, es un requisito irrenunciable para la pervivencia del orden social la existencia de expectativas seguras, sobre todo cuando se trata de aspectos esenciales de ese orden social. (Héctor E. Berducido Prevención general).

Hace una afirmación que comparto cuando señala que resulta imposible constatar la incidencia o irritación de los delitos y las penas en las conciencias personales, los ciudadanos son los únicos competentes y responsables de dicha disposición ellos son los que procesan la incidencia que el delito y la pena pueden tener para ellos.

Como seres definidos jurídicamente “autorresponsables”, es una cuestión particular si se dejan o no “corromper” en su disposición normativa. Es una cuestión particular de cada ciudadano cómo se deja influir por las normas penales, sus infracciones y por las penas que reaccionan a dichas infracciones. La pena no puede tener como

tarea mitigar el peligro de corrupción del delito para ciudadanos responsables, ni puede ejercitar o desarrollar fidelidades normativas.

Si bien como se ha dicho que no existe una fórmula adecuada que nos permita conocer con un grado de certeza la influencia que cumple la prevención general de la pena en el comportamiento humano, esto es determinar los costes y beneficios entre la relación del miedo al castigo y la inhibición de impulsos delictivos; y la eficacia del sistema jurídico-penal como eje de un sistema preventivo del delito. (Héctor E. Berducido), pero ello no quiere decir que la imposición de penas por la comisión de delitos no genere ningún impacto en la persona lo cierto que, si genera, obviamente con mayor influencia entre uno u otro ser humano o sociedad.

Se dice que la tasa y la estructura de la criminalidad se ven más influidas y determinadas por condiciones económicas, sociales y otras de tipo contextual que por el uso que se haga de la pena. Lo que pretende la pena es que siga existiendo un cierto orden social prevenir la desintegración social, a pesar de la existencia de delitos, manteniendo la criminalidad dentro de límites que no provoquen el colapso social.

La pena por sí sola no puede, sin embargo, realizar estas prestaciones. Por ello, si las dinámicas sociales van en contra de su función de estabilización normativa, la población y, como consecuencia de ello, la política pondrá en duda su eficacia, como sucede en la actualidad.

De la revisión de literatura sobre estudios sobre la prevención general han señalado que las personas que perciban poca probabilidad de ser detectadas delinquen más y viceversa, mientras que todos estos estudios sugieren que la certeza percibida tiene algún efecto sobre la comisión de delitos en el ámbito global, por otro lado, existe toda una serie de estudios enfocados, esta vez, en la severidad de la pena percibida y la relación entre esta percepción y la conducta delictiva. Esta literatura es menor en cantidad comparada con la literatura sobre la certeza percibida, en gran parte, porque teóricamente la severidad de la pena es menos importante que la certeza de la pena a la hora de prevenir los delitos.

Beccaria opinaba que, a efectos de la prevención general, era más importante proporcionar una pena cierta que severa: “No es la crueldad de las penas uno de los

más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”, “La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible”, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres. (Beccaria, 1764/1980).

Según esto último los beneficios que otorga los procesos de colaboración eficaz, más aun cuando se beneficia no solo a la persona natural sino también a la jurídica que de por sí ya viene hacer un doble beneficio recae con ello que las penas que se imponen por delitos graves no sean efectivas, por lo que para la prevención general no importaría regular los delitos con penas graves, ya que la pena abstracta regulada no resultaría intimidatoria por no ser infalible, ya que se sabe que pese a que cometan delitos graves equivalentes a penas elevadas, la pena no se impondrán por tener la posibilidad de obtener un beneficio premial.

Siendo así los beneficios que otorga el proceso de colaboración resultaría contraproducente con la prevención general. Sin embargo, líneas arriba se ha señalado que el proceso de colaboración eficaz contribuye altamente como técnica de investigación a conocer la comisión de hechos delictuosos y a sus operadores, dando un nivel de satisfacción ciudadana por permitir conoce la verdad de políticos y empresarios que han operado siempre al margen de la legalidad.

Lo que sí creemos que no debe de ser empelada con exageración los beneficios premiales que otorga el proceso de colaboración eficaz, aun mas cuando es corporativa, ya que por una misma información se premia a más de una persona y además a la persona jurídica ocasionando un malestar social y que no solo trasciende al sentir de la población, sino con ello contribuye que la ciudadanía considere que delinquir es una posibilidad ya que el verse descubiertos tienen la posibilidad de no ser castigados por que aun cuentan con los beneficios premiales de la colaboración eficaz.

Además, debe resulta de importancia fundamental que la imposición de cada beneficio debe de ser motivado en razón a la prevención general de la pena, para poder valorar el impacto que pueda generar ella en la sociedad.

CONCLUSIONES

- Recientemente en nuestra legislación la responsabilidad penal de persona jurídica es vigente habiéndose superado el principio *societas delinquere non potest*, por lo que a la fecha los juzgados nacionales de investigación preparatoria en el caso Lavajato vienen procesando a diversas empresas comúnmente off shore que han sido creadas para la realización de delitos.
- El proceso de colaboración eficaz ha demostrado ser un mecanismo eficiente en lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada por lo que su uso, recientemente ha aumentado considerablemente, inclusive se ha ampliado esta figura a las personas jurídicas o colaboración eficaz corporativa.
- La pena a imponerse producto de la comisión de delitos se realiza con la finalidad de prevenir que los integrantes de la sociedad delinca, ello como una forma de lograr de vivir en paz y armonía. Sin embargo, las penas establecidas en el código penal, que inclusive año tras año resultan ser más drásticas, no ha resultado ser intimidatoria, ya que nuestro sistema permite la reducción de penas u otorga beneficios premiales, por lo que no existe certeza del cumplimiento total de una pena.
- El proceso de colaboración eficaz sin lugar a duda resulta ser uno de los mecanismos más grandiosos para la develación de la verdad, motivo por el cual se exime o se le disminuye la pena que le corresponden a sus beneficiarios, sin embargo debe de existir una especial fundamentación que haga suponer que los fines de la pena en su vertiente de prevención general no será vulnerada, ya que el ciudadano potencial criminal al conocer que tiene una oportunidad que no se le impondrá la pena por sus delitos, no actuara con el mismo respecto al cumplimiento a las normas sociales.
- El proceso de colaboración eficaz de persona jurídica y/o corporativa debe de ser analizada adecuadamente al establecer sus beneficios premiales, a fin de evitar que se otorgue beneficios en exceso, ocasionando con ello un mensaje negativo a la sociedad con clara afectación a la prevención general de la pena.

BIBLIOGRAFIA

- BARATTA, A. (2014). Criminología Crítica y crítica del derecho. Buenos Aires: Argentina.
- BAURMANN, Michael, (1981) Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden.
- BENTHAM, Jeremy, (1948) An Introduction to the Principles of Morals and Legislation: New York.
- CABRERA, R. P. (1991). Traición a la Patria y arrepentimiento terrorista. Lima: Grijley.
- CID MOLINÉ, José, (1994) ¿Pena justa o pena útil?: (el debate contemporáneo en la doctrina penal española), Ministerio de Justicia, Madrid.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2016) “Prevención General e individualización judicial de la pena, Buenos Aires Argentina.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2002), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima: RA Editores.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2003), “Derecho penal económico, Parte General, Lima: ARA Editores.
- HART, H.L.A.(1973), Punishment and Responsibility, Clarendons Press, Oxford.
- JARA BASOMBRÍO, E. (s.f.). La Colaboración Eficaz contra el Crimen Organizado, entre lo permitido y lo prohibido.
- LUZON PEÑA, D. (1996). “Curso de Derecho Penal. Parte General”, Universitas, Madrid.
- MAZUELOS COELLO, JULIO F. (1996). “Responsabilidad Penal de las Personas Políticas aplicación al caso peruano desde una perspectiva política criminal” Lima. Taiman & Luna Victoria.

- MONTOYA, M. D. (1998). Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Buenos Aires: Ad Hoc.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. (1965) “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”.
- SANCHEZ GARCIA DE PAZ, I. (s.f.). El coimputado que colabora con la justicia penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- SILVA SANCHEZ, José María. (1992) Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosh, Barcelona.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL (1980), Cuaderno de Política Criminal N°11: Conveniencia política criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional, Societas Delinquent Non Potest.

WEBS

- GARCÍA CAVERO, Percy: Las Medidas Aplicables a las Personas Jurídicas en el Proceso Penal Peruano Pag. 16 - Publicado en Revista de Derecho. Universidad de Piura. Vol. 7-2006, páginas 93-127. Extraído de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf en diciembre de 2018.
- EFE, Made For, EE.UU. Multa a Odebrecht por Sobornos extraído de <https://www.dw.com/es/ee-uu-multa-a-odebrecht-por-sobornos/a-38458361>, en abril de 2017.

TESIS

- TREJO HERNÁNDEZ, Amanda, (2014) La incidencia del colaborador eficaz en el proceso penal y su funcionalidad en los casos relacionados con el crimen organizado. Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala de la Asunción: Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- PATRICK DE GENNARO-DYER (2018) Perspectivas sobre la Colaboración Eficaz de las personas jurídicas.