

ENTREVISTA: REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PENAL Y SU ENSEÑANZA EN EL PERÚ

INTERVIEW: REFLECTIONS ON CRIMINAL LAW AND ITS TEACHING IN PERU

Manuel Abanto Vásquez*

Universidad Albert-Ludwig de Friburgo

In criminal law, there is a serious crisis that has been generated not only by the influence of ideological conflicts in political field, but also by the limited capacity of the legislator to evaluate our reality before introducing foreign legislative tendencies. These in many cases, generate confusion and hinder the search for effective solutions.

In this context, JD. Manuel Abanto shares his reflections based on his extensive professional experience and valuable academic contributions. He shares that criminal law faces multiple challenges, highlighting among them its excessive use as the first defense mechanism against all the evils of Peruvian society.

KEYWORDS: Criminal law; legislative tendency; crime; asset laundering.

En materia penal, existe una grave crisis que ha sido generada no solo por la influencia de los conflictos ideológicos en la vida política, sino también por la limitada capacidad del legislador para evaluar nuestra realidad antes de introducir tendencias legislativas extranjeras. Estas en muchos casos no hacen más que generar confusión y dificultan la búsqueda de soluciones efectivas.

En este contexto, el Dr. Manuel Abanto nos comparte sus reflexiones basadas en su amplia trayectoria profesional y sus valiosas contribuciones académicas. Comparte que el derecho penal enfrenta múltiples desafíos, destacando entre ellos su uso desmedido como primer mecanismo de defensa frente a todos los males de la sociedad peruana.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal; tendencia legislativa; delito; lavado de activos.

* Abogado. Doctor en derecho por la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo (Alemania). Ha participado de numerosas conferencias académicas en materia de Derecho penal, entre sus contribuciones se encuentra "Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas" (1997), "Comentarios a la Ley contra los delitos agravados" (1998), "El transfuguismo político: ¿delito de cohecho" (2001), entre otros más. Actualmente es profesor asociado de la Universidad Peruana de los Andes de Huancayo (Perú) y es profesor auxiliar de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1583-7033>.

Agradecemos de manera especial al Dr. José Reaño Peschiera, coordinador de la edición, por contactar al Dr. Manuel Abanto Vásquez y hacer posible esta entrevista.

- I. Como profesor universitario, investigador y conferencista ha contribuido a la formación de varias generaciones de penalistas, desde su experiencia, ¿qué papel considera que tiene la academia en el desarrollo de teorías penales aplicables a realidades sociales cambiantes? ¿Cuáles son los elementos esenciales que deberían incluirse en la educación de los futuros penalistas para fortalecer una aplicación rigurosa y justa del derecho penal?

En cuanto a la academia y las teorías penales, su importancia es indudable para una correcta aplicación de los tipos penales durante la labor de la administración de justicia, pero debe tenerse en cuenta que, si se puede hablar de ciencia penal nacional, ella pocas veces ofrece teorías o soluciones originales a los problemas actuales. Más bien, se caracteriza por recoger teorías, conceptos, soluciones provenientes de países que tienen una gran tradición jurídica, pero que no siempre pueden ofrecer soluciones aplicables a nuestra realidad o que, por lo menos, no lo pueden hacer sin algunos cambios o adaptaciones. Este hecho merece ser explicado un poco más.

Nuestro sistema penal, perteneciente al europeo-continental, ha recogido no solamente las formulaciones penales que surgieron en otras realidades, sino también una serie de conceptos, teorías y conocimientos provenientes de la ciencia penal de aquellos países que los han desarrollado desde hace ya más de un siglo. Especialmente, se trata de la ciencia penal alemana, la cual también ha influido en el derecho penal de países como España, Portugal y otros países suramericanos. La influencia ha sido o bien directa –especialmente en los últimos años gracias a la traducción al español de muchos trabajos de autores alemanes, como también a la formación en Alemania de juristas peruanos– o indirecta, a través de países de habla hispana.

En menor medida, también ha habido influencia de la ciencia penal italiana, en especial en el ámbito de los delitos contra la administración pública y, anteriormente –en el Código Penal de 1924 que influyó luego en el actual– de la ciencia penal suiza –influida a su vez por la alemana–. Últimamente, se aprecia una influencia indirecta, no percibida como tal, del derecho anglosajón a través de los instrumentos internacionales y sus recomendaciones en diversas materias, por ejemplo, la legislación antilavado y los tipos de ‘corrupción entre particulares’. Estas recomendaciones suelen ser recogidas sin más reflexión por el legislador nacional, al igual que también ha

recepionado ideas anglosajonas a través de la discusión de la doctrina europeo-continental que las había asimilado anteriormente –por ejemplo, la ‘indiferencia’ como dolo en el derecho material y en el ámbito procesal, el papel de la fiscalía, los acuerdos procesales, la colaboración eficaz, o en general, el derecho penal premial, entre otros–.

Ahora bien, debido a que en el mundo moderno los problemas sociales a los que el derecho debe dar respuesta son muy similares, los planteamientos de la ciencia penal extranjera suelen ser generalmente útiles también en nuestro país. Así, las teorías sobre tentativa, autoría y participación, perjuicio económico en la estafa, entre otras, también son aplicables en nuestro medio. Empero, a veces, hay problemas muy concretos que no tienen importancia o no tienen la misma trascendencia en nuestra realidad. En muchos congresos, cursos y exposiciones, he observado que se pide a los ponentes extranjeros que aborden sobre temas muy teóricos o que no tienen importancia actual para el país. Estas son oportunidades desaprovechadas para obtener opiniones valiosas de otras realidades que probablemente ya han encontrado soluciones a los problemas a los cuales nosotros nos enfrentamos en la actualidad. Por ejemplo, la eventual introducción de más tipos de peligro concreto en el tráfico rodado que existen en Alemania o España desde hace tiempo, pero no en Perú, pese a la gran cantidad de graves accidentes mortales producidos por la grave imprudencia de algunos ciudadanos en distintos contextos –como en el tráfico rodado, en el uso de material inflamable, en el funcionamiento de instalaciones comerciales o industriales, entre otros–.

Y es que muchas experiencias de los países cuyos derechos influyen en nuestro país podrían ser de gran utilidad en la lucha puntual contra determinados tipos de criminalidad. Sería muy útil, por ejemplo, saber cómo se refuerza la protección penal de los diferentes bienes que conforman el correcto funcionamiento de la administración pública en países como Alemania, Italia o España. A partir de allí, se podría entender por qué allá no existen algunas figuras penales que ocupan el quehacer judicial peruano dilapidando recursos, en vez de dejar la solución al ámbito administrativo o dirigir la persecución penal a conductas más puntuales y realmente graves. En particular, resulta interesante cómo el patrimonio público tiene una distinta protección penal en Alemania, España y Perú. He hecho un estudio comparado sobre esta materia que ha sido recogido en la compilación dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública¹, que los invito a revisar.

¹ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 2, 2da ed.). Revisar desde la página 533 en adelante.

Ahora bien, con respecto a la segunda pregunta, debo mencionar que se suele asumir que las universidades trabajan con estudiantes que llegan con una formación sólida. Sin embargo, para quienes están familiarizados con otras realidades, resulta evidente que los primeros años de educación condicionan el rendimiento y la capacidad crítica de los estudiantes universitarios –y de la población en general-. Es conocido que en nuestro país, aunque la educación primaria y secundaria son gratuitas, la calidad de ellas –en cuanto infraestructura, profesorado, material didáctico, etc.– es muy desigual.

Tras la precisión anterior, que se puede reproducir también en la educación universitaria misma y en todo el sistema educativo en general, ya en concreto en cuanto a la enseñanza del derecho penal, puedo decir –hasta lo que he podido observar y sobre lo que he podido meditar– resumidamente lo siguiente:

1. Las clases suelen ser muy expositivas. Por lo general, no fomentan la reflexión ni la discusión, es más, muchas veces se parece a la enseñanza escolar. Por ejemplo, se suele dilatar el tiempo haciendo control de la presencialidad, los exámenes en vez de evaluar la capacidad de análisis de los alumnos en la solución de problemas, tienden a exigir y premiar el memorismo de textos legales, conceptos, etc.
2. No hay mucha relación con la práctica; sobre todo en los últimos años de estudio, se debería preparar mejor a los estudiantes para la práctica del derecho penal.
3. No se fomenta la investigación. Los trabajos escritos que a veces deben presentarse para obtener una nota –y muchas veces se realizan en grupos de trabajo– no pueden reflejar que realmente se haya hecho una investigación seria y un análisis crítico del problema tratado. Debido a la cantidad del alumnado, el profesor –si realmente llegara a leer los trabajos presentados– difícilmente podrá detectar su autenticidad y ponderar su calidad.
4. Las bibliotecas dificultan la consulta de los libros. A diferencia de lo que ocurre en el extranjero, restringen mucho el acceso a los libros no solo a los propios profesores, alumnos y ex-alumnos, sino también a los alumnos de otras universidades y a investigadores en general. Esto además de que los recintos no suelen ser apropiados, tampoco los catá-

logos suelen estar actualizados, ni cuentan con la cantidad y calidad suficientes de volúmenes apropiados para el alumnado. Por suerte, este problema ha sido mitigado un poco por las posibilidades técnicas de consulta a distancia gracias al internet.

II. Desde su experiencia y considerando la influencia de sus publicaciones en el ámbito de la política criminal y de la aplicación judicial del derecho en el Perú, ¿cómo percibe la relación entre el derecho penal y la política criminal en la construcción de una sociedad más justa? ¿Qué aspectos cree que deben fortalecerse para que esta relación sea eficaz?

No veo que haya una **política criminal** realmente seria en nuestro país. Lamentablemente, la ley penal peruana es reflejo de la política en general, que, como es de conocimiento público, está en grave crisis. Es cierto que también en otras realidades la política recurre fácilmente al derecho penal, y sucede que, en contra de lo que exige una ciencia penal y política criminal racional, la decisión sobre las reformas penales es tomada en el parlamento en el marco de una lucha de ideologías y bajo la presión social coyuntural. Ejemplos relativamente recientes constituyen la fracasada reforma de los tipos de homicidio en Alemania o las constantes luchas en todos los países por la reforma de los tipos de ‘aborto’ –especialmente actual en los Estados Unidos–; pero estos casos no son tan masivos como en el Perú y, cuando ocurren, las instituciones son lo suficientemente fuertes como para ofrecer resistencia a las tendencias sobrecriminalizadoras del legislador.

Un cierto control a los eventuales abusos del poder legislativo se ha conseguido al plantear exigencias formales para la génesis de la ley penal en el parlamento. El principio de legalidad exige que las leyes sean emitidas por los representantes del pueblo. En ese sentido, por lo menos las leyes que puedan tener las consecuencias más graves para el ciudadano –la tributaria y la penal– deberían ser siempre producidas por una ley penal que hubiera sido materia de un amplio debate y, en lo posible, aprobada por un amplio consenso en el parlamento, es decir, o bien una ley simple –mayoría simple de los asistentes a la votación– o, mejor aún, en una ley orgánica –mayoría según el número legal de los parlamentarios–. Sin embargo, ni siquiera esta restricción básica ha sido conseguida en nuestro país desde que la ley penal puede ser emitida por el Ejecutivo a través de decretos legislativos. Al respecto, debo remitir a un trabajo específico que analiza y critica el errado entendimiento del legislador penal peruano en cuanto al ‘principio

de reserva de la ley penal². Por ello, en muchas oportunidades el Ejecutivo, aprovechando la delegación de facultades para legislar que le otorga el parlamento, ha realizado cambios en la ley penal (y en la administrativa o en la de organización y funcionamiento del aparato judicial), sea de forma abierta en decretos legislativos de reforma de la ley penal, aunque también de forma velada, con motivo de la regulación de otras materias, introduciendo modificaciones penales en disposiciones transitorias y finales.

Entonces, un primer aspecto que debe mejorar es la génesis de la ley penal: no debe existir la posibilidad –que por lo demás, fue producto de una mala interpretación de la Constitución de 1978– de delegar facultades legislativas en materia penal. Además, la ley penal debería ser emitida en el parlamento tras un análisis previo muy profesional –preferiblemente bajo asesoramiento de una comisión de expertos– y un procedimiento constitucional más garantista. Yo sugeriría que debería existir un control permanente de expertos sobre la actividad penal legislativa, sea a través del mismo parlamento, sea a través de una comisión especial formada para tal efecto.

Por otro lado, el **derecho penal** debe estar en condiciones de retroalimentar la política criminal. Aquí no solamente son importantes los aportes de la academia, sino también las experiencias provenientes de la actividad judicial. Por ello también, la jurisprudencia debe poder reflejar en su motivación, el uso que se da a las distintas teorías provenientes de la academia o, si se prefiere y se fundamenta bien, ofrecer una teoría propia. Ahora bien, en esto debería haber un mayor control de las decisiones judiciales, en especial, de aquellas que ya no pueden ser materia de ulteriores recursos –como en el caso de las casaciones–. Es cierto que ha habido una mejora en las últimas décadas gracias a la emisión periódica de acuerdos plenarios y a la publicación de estos y de algunas resoluciones judiciales. Pero aún con esta mayor transparencia y acceso del público al contenido de las resoluciones, su análisis no puede ser comprendido por cualquier ciudadano, y menos aún –como suele ocurrir– cuando la formulación de las resoluciones utiliza un lenguaje enrevesado y extremadamente técnico.

Al igual que lo que se propone para las leyes, también debería existir una comisión especial autó-

noma encargada de analizar las resoluciones y, en caso necesario, impulsar que se adopten las medidas necesarias. En este contexto, aunque se pueda argumentar que la prensa, como supuesto ‘cuarto poder’ ya estaría cumpliendo tal función y, efectivamente, ocasionalmente lo ha hecho, ello tiene sus límites. Hasta lo que he podido observar, el análisis de las situaciones legales o resoluciones judiciales suele ser superficial y tender al sensacionalismo. Y cuando, a veces, se ha recurrido a la opinión de penalistas, la consulta suele estar orientada más bien a las posibilidades de que imponga alguna medida restrictiva de derechos o una condena de los imputados en procesos mediáticos. No interesa aquí la correcta aplicación de la ley por parte de los magistrados. Es más, si tal decisión está en consonancia con la ley, pero defrauda las expectativas punitivas de la prensa y de la opinión pública, el fiscal o el magistrado que la hubieran emitido suele ser duramente criticado, cuando no acusado directamente de prevaricato o corrupción.

Por otra parte, la falta de consecuencias para los responsables de emitir resoluciones abiertamente erróneas es preocupante. Un ejemplo que indiqué en su momento fue la aplicación abiertamente errónea de la doctrina de la autoría mediante apoyos organizados de poder en la primera resolución que supuestamente la había acogido³. En la actualidad, he observado que, aunque aparentemente se cumple con el mandato constitucional de motivar las resoluciones judiciales, la argumentación misma puede ser muy dudosa, por más citas de autores nacionales e internacionales que contenga. A pesar de ello, esto no lo puede entender un periodista y menos aún el público en general. Así, he comprobado que, en contra del proceder académico, se está mezclando la teoría funcionalista ontológica –Roxin– y la funcionalista sistemática –Jakobs– para dar lugar, dentro de la teoría de la imputación objetiva, a criterios de esta última que garantizan ampliamente la impunidad de una serie de conductas. Sobre esto, he preparado una próxima publicación en la Revista de Peruana de Ciencias Penales: ‘Neutralidad y Principio de Confianza en la Jurisprudencia Peruana’. Pese a que algunos magistrados ocasionalmente han votado en contra en las resoluciones correspondientes y han dado fundamentaciones plausibles, advirtiendo además la impunidad que esta corriente originaba, no ha habido ninguna reacción ni de los órganos de control de la propia Corte Suprema ni de alguna otra institución jurídica.

² Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 1, 2da ed.). Revisar desde la página 183 en adelante.

³ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 1, 2da ed.). Revisar desde la página 480 en adelante.

Entonces, para conseguir una mayor efectividad de las decisiones judiciales –y fiscales–, de forma que esta contribuya a impulsar una política criminal nacional racional, así como para la formación de un verdadero prestigio de la administración de justicia, tendría que existir una institución –de preferencia autónoma– que sea capaz de explicar a la opinión pública las decisiones judiciales y sus consecuencias, por lo menos, en los casos más mediáticos o que tengan trascendencia social, así como, de detectar y denunciar las eventuales infracciones o delitos de los funcionarios públicos que hubieran participado en la emisión de resoluciones judiciales y fiscales erróneas. Esto no impide, por cierto, que el Poder Judicial y el Ministerio Público también puedan y deban pronunciarse a través de órganos dedicados exclusivamente a esto. Lo mismo deberían hacer el Colegio de Abogados y las facultades de derecho de las distintas universidades. Los comunicados esporádicos, que además no se refieren a estos aspectos, son insuficientes.

III. ¿Cómo deberían los académicos y los educadores en derecho penal abordar la tendencia legislativa actual de prever marcos punitivos muy severos para toda clase de delitos, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones penales europeas? En esta línea, ¿cuál es su opinión sobre la tendencia expansiva que se experimenta en el Perú en materia de ‘prisión preventiva’?

Bueno, se plantean dos preguntas que deben ser respondidas de manera separada, por lo que me permito enumerar para un mejor entendimiento:

1. Los académicos peruanos –pero también otros sectores como la prensa–, salvo excepciones ante evidentes abusos denunciados en el marco de la lucha política –como la impunidad que buscarían los parlamentarios a través de la modificación de normas relacionadas con las organizaciones criminales–, no suelen ser muy críticos con la política penal ni tampoco con la jurisprudencia suprema. Se limitan a comentar las decisiones fiscales y judiciales de las primeras instancias. Y sobre todo las critican cuando no cumplen con sus propias expectativas. Debería haber un mayor y mejor análisis de las tendencias legislativas aludidas, y esto debería reflejarse en sendas publicaciones.
2. La ‘tendencia expansiva’ no solamente se observa con la prisión preventiva, sino tam-

bién con muchos otros mecanismos procesales. Esto es consecuencia de las deficiencias ya señaladas sobre la génesis de la ley penal. Además, esta tendencia refleja un derecho penal y procesal penal puramente simbólicos que buscan, ante la ciudadanía, mostrar que el poder político actúa frente a los problemas sociales. El resultado de esta mala política legislativa es lo que ya ha ocurrido hace décadas: sobrerepresión, hacinamiento carcelario y escasa efectividad de la lucha contra la criminalidad. Esto está relacionado también con la siguiente pregunta a cuya respuesta me remito.

IV. ¿Cree que los postulados del ‘derecho penal del enemigo’ han terminado por imponerse frente al ‘derecho penal del ciudadano’? ¿Es posible revertir esta situación y, en todo caso, cuál considera que es el papel de la academia en la crítica y la orientación hacia una política penal más proporcional y racional, tanto en el ámbito de la política legislativa, la aplicación judicial del derecho penal y la ejecución de las penas?

Las preguntas aquí planteadas van en línea de las anteriores, me permito nuevamente numerar:

1. El concepto ‘derecho penal del enemigo’ es comúnmente utilizado –como muchos otros conceptos doctrinarios– fuera de su contexto original como sinónimo de derecho penal represivo. Este polémico término, utilizado en contraposición al ‘derecho penal de personas’, fue introducido por el penalista alemán Jakobs para justificar la necesidad de una legislación penal con menores garantías y dirigida a ‘no-personas’, quienes, con la comisión continuada de hechos delictivos, podrían ‘erosionar la seguridad cognitiva’ de las ‘personas’ que participan de la comunicación normativa y que, por lo general, sí respetan la vigencia de las normas. Está claro que esta propuesta, aunque pueda ser consecuente con sus propias nociones metodológicas, proporciona una base doctrinaria a la legislación penal autoritaria que siempre ha existido y que ha sido criticada con justicia por todas las doctrinas penales tradicionales. Al respecto, remito a mis trabajos recogidos en “Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”⁴. Por mi parte, yo prefiero el funcionalismo

⁴ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 1, 2da ed.). Revisar desde la página 227 en adelante.

- ontológico que no da cabida a un derecho penal del enemigo.
2. Revertir la situación es difícil –por no decir: imposible– si no hay un cambio profundo en nuestro país en muchos niveles. En parte, ya se ha dado respuesta a esto al responder preguntas anteriores. Se trata de evitar el abuso del derecho penal por parte de la política que, muchas veces sin necesidad y casi siempre sin un previo análisis serio de la situación, recurre al derecho penal como panacea de los problemas sociales. El legislador peruano prefiere recurrir casi exclusivamente al derecho penal y soslaya las posibilidades que ofrecen otras disciplinas jurídicas u otros medios de control social.
- V. ¿De qué manera el funcionalismo de Roxin y el funcionalismo de Jakobs han influido en la práctica penal en contextos latinoamericanos, particularmente en Perú? ¿Cuál considera que es la teoría más adecuada para enfrentar los desafíos actuales de la justicia penal en la región?

En nuestro país –y tal vez también en otros países latinoamericanos– se es muy propenso a seguir ‘modas’ doctrinarias. Ello ya había ocurrido anteriormente con el finalismo de Welzel o la doctrina de la acción social de Jescheck. Se suele recibir acríticamente y entusiastamente todo lo nuevo. Y, peor aún, no pocas veces se confunden las doctrinas, se las mezclan –probablemente para evitar la discusión– y se llega a soluciones incorrectas. Al respecto, debemos recordar la respuesta y los ejemplos mencionados en la segunda pregunta, primer punto.

Es cierto que no se puede decir que una escuela sea mejor que la otra. En particular, yo prefiero el **funcionalismo moderado** de Roxin. Ello no quiere decir que el funcionalismo sistémico –si es bien aplicado– no pueda llegar a soluciones aceptables. De hecho, ambas teorías pueden coincidir en varios aspectos. Por ejemplo, aunque en la imputación objetiva, la ‘relación de riesgo’ la refieren a distintos objetivos de protección –los bienes jurídicos, los funcionalistas moderados; la vigencia de las normas, los funcionalistas sistémicos– y usan diversos criterios –creación de riesgos, realización de riesgos y el alcance del tipo, los primeros; prohibición de regreso y principio de confianza, los segundos–, en muchos casos puntuales, ambos niegan o afirman la imputación objetiva.

Pero, más allá de que el **funcionalismo sistémico**, llevado a sus últimas consecuencias, podría desembocar en una legitimación de tendencias autoritarias como anteriormente, también, utiliza un lenguaje equívoco y a veces confuso no solo para los juristas –concepto particular de ‘persona’; concepto de ‘enemigo’, ‘no-persona’– y difícilmente accesible a la comprensión por parte de la ciudadanía –estabilización de normas–. Entonces, en mi opinión, aparte de las diferencias de principio que se pueda tener con el funcionalismo sistémico, esta teoría resulta mucho menos comunicable en la práctica judicial frente a los procesados y a la opinión pública en general.

VI. ¿Qué opinión tiene sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas? ¿Deberían las empresas y otras entidades ser tratadas como responsables por actos de corrupción o lavado de activos cometidos por sus representantes? ¿Qué ventajas o dificultades encuentra en este enfoque?

Admitir la **responsabilidad penal de las personas jurídicas** es una tendencia mundial. Además, suele formar parte de ‘recomendaciones internacionales’ que nuestros países tienden a introducir sin un previo análisis crítico. Esto ha ocurrido muchas veces y se nota especialmente en la llamada legislación antilavado –al respecto remito a mis críticas en “El delito de lavado de activos. Análisis crítico”⁵–.

Sobre los distintos tipos de responsabilidad de los entes colectivos me he pronunciado en diversas ocasiones⁶. Aunque teóricamente desde la vigencia del Código Penal peruano –o sea hace más de 30 años– ya existía una responsabilidad penal de personas jurídicas –artículos 105 y siguientes–, esta siempre ha sido accesoria, pues dependía de la constatación previa de una responsabilidad penal individual en un proceso penal contra este último. Es cierto que la Corte Suprema parecía haber considerado que con ello se trataría ya de una auténtica responsabilidad penal directa de personas jurídicas en el Acuerdo Plenario 7-2009 –al considerar que las medidas serían ‘sanciones penales especiales’–, pero tampoco tras esta aclaración se han producido consecuencias prácticas en la administración de justicia. En la actualidad, desde el 2016, está vigente la ley de responsabilidad administrativa de personas jurídicas, la Ley 30424, junto con su correspondiente reglamento y normas procesales que podrían servir para su aplicación. Más

⁵ Véase a Abanto Vásquez (2017). *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*. Revisar desde la página 257 en adelante.

⁶ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 1, 2da ed.). Revisar desde la páginas 513, en adelante.

allá de la terminología –responsabilidad administrativa–, discutida en la doctrina nacional –¿no esconde en realidad una auténtica responsabilidad penal de entes colectivos?–, tampoco se observa que los tribunales peruanos hubieran hecho uso de estas posibilidades, más allá de algunos intentos en procesos mediáticos de carácter político.

Todo esto demuestra que, aunque sea deseable por razones de política criminal que nuestro sistema penal contenga alguna forma de responsabilidad penal para los entes colectivos, todavía falta preparación en los tribunales para que lleguen a aplicar consecuentemente la ley. Por otra parte, hay que admitir que el propio legislador ha contribuido a la inseguridad y confusión al haber emitido de manera asistemática diversas normas que prevén distintos regímenes de responsabilidad de las personas jurídicas –al respecto recomiendo ver las consideraciones que hice en un estudio⁷ sobre el tema–.

VII. ¿Cómo visualiza el debate en torno a la tipificación del delito de organización criminal? ¿Aprecia una tendencia expansiva de esta figura con fines meramente instrumentales? ¿Cuáles son las notas distintivas de una genuina ‘organización criminal’ que permiten diferenciarla de supuestos en los que basta con aplicar las reglas de autoría y participación, y las de concurso de delitos?

Aquí, como en otros contextos, se ha seguido recomendaciones internacionales. Es discutible que esta hubiera sido una buena elección, dado que ya se disponía de tipos de ‘asociación delictiva’ –antigua versión del artículo 317 Código Penal– y las agravaciones puntuales de delitos cometidos ‘por dos o más personas’ o por ‘bandas’, así como la modalidad de autoría conocida como coautoría.

Pero aún así, en la aplicación –interpretación–, la jurisprudencia peruana, influenciada por la conjuntura y la política ha tendido a extender cada vez más los límites aplicativos de esta figura con lo cual casi cualquier comisión de delitos mediante un grupo de personas puede ser entendida como ‘organización criminal’. La ‘ventaja’ de esta ‘estrategia’ policial y fiscal es poder contar con una serie de relajamientos de garantías procesales para poder investigar con mayor comodidad posible:

mayores plazos, más posibilidades de intervención en los bienes y la esfera privada de los investigados, medidas coercitivas que motiven a una colaboración con la justicia, etc. Con esto se consigue un éxito inicial frente a la opinión pública, pero no necesariamente, a largo plazo, una efectiva administración de justicia. En el camino, se sacrifica el Estado de derecho con medidas que –aquí sí, aunque de manera criticable– parecen indicar que el derecho trata como ‘enemigos’ a los investigados.

El peligro de que se pueda considerar como ‘organizaciones criminales’ a las **empresas** realmente existe, aunque la doctrina se esfuerza por establecer diferencias entre empresas criminales y empresas que son instrumentalizadas para fines criminales. Un aporte muy interesante fue dado por el Plenario de la Corte Superior que había precisado los criterios en el Acuerdo Plenario 1-2017 –al respecto remito a mis comentarios desde la página 624, en adelante de la compilación ya antes referenciada⁸–. A pesar de ello, la experiencia demuestra que cualquier concepto jurídico puede ser objeto de abuso. Por ejemplo, incluso en países tan garantistas como Alemania, la jurisprudencia ha llegado a extender en demasiado el concepto ‘aparato organizado de poder’ para condenar a médicos como autores mediatos de delitos cometidos en hospitales, soslayando la necesidad de que la ‘empresa’, para que pueda ser considerada como aparato organizado de poder, debe haberse apartado del derecho. Recomiendo revisar un aporte de Roxin, “La teoría del delito en la discusión actual”⁹.

VIII. ¿Cuál es su apreciación sobre la actual aplicación del tipo penal de lavado de activos en el Perú? Vista la tipificación del delito de lavado de activos actualmente vigente en el Perú, ¿resulta posible distinguir los casos típicos de una receptación, adquisición de bienes maculados a sabiendas de su origen ilegal, de los casos de lavado de activos? ¿Cuál es el rasgo característico del delito de lavado de activos, qué permite diferenciarlo de la figura de la receptación?

Sobre este asunto en concreto ya me he referido anteriormente en un libro¹⁰, los animo a revisar la página 219, en adelante. El problema no es desconocido en la doctrina extranjera, pero aún no se ha llegado a las consecuencias que yo he propuesto

⁷ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 1, 2da ed.). Revisar desde la página 639 en adelante.

⁸ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 1, 2da ed.).

⁹ Véase a Roxin (2021). *La teoría del delito en la discusión actual* (tomo 1, 3ra ed.), p. 497.

¹⁰ Véase a Abanto Vásquez (2017). El delito de lavado de activos. Análisis crítico.

en mi contribución. En resumen, puedo decir que, tal como denota la tendencia constantemente ampliatoria de los ámbitos abarcados por la legislación antilavado, se hace patente que la **receptación** se ha transformado en una especie del ilícito penal más genérico que sería el **lavado de activos**.

En la actualidad, parece haberse admitido que, en contra de lo que se entendía anteriormente, la **ayuda postdelictual** sí contendría –siempre y más allá de los delitos contra la propiedad, como en la receptación– un injusto punible al cual debería responder el derecho penal. Luego, lo consequente sería hacer una reforma penal que lleve a considerar de manera general como ilícito punible cualquier ayuda postdelictual, pero que eventualmente considere distintos grados de gravedad, según el delito –o incluso ilícito administrativo– que dio origen al bien maculado y según otros factores –abuso de funciones públicas, monto lavado, uso de medios financieros, etc.–, junto con otros ilícitos vinculados –tipos imprudentes, omisión de funciones supervisoras, etc.–. En todo ello, como también defiendo en mis publicaciones, lo realmente afectado, en primer lugar, es la ‘administración de justicia’ en cuanto se le impide o dificulta el acceso a los bienes maculados.

IX. ¿Qué reformas legislativas o posiciones jurisprudenciales considera necesarias en el derecho penal para mejorar la lucha contra la corrupción y el lavado de activos? ¿Cuáles son los principales obstáculos que deberían superarse para hacer más efectiva esta lucha?

Sobre ambos temas me he pronunciado en diversas publicaciones. En lo que respecta a la lucha contra la corrupción, debo remitir en especial a los trabajos recogidos desde la página 335 y 719 de la colección antes mencionada¹¹. Sobre la lucha antilavado me he expresado en mi libro “El delito de lavado de activos”¹², para mayor precisión recomiendo revisar la página 262 y siguientes. Es cierto que, desde entonces, ha habido varias reformas legislativas, pero debido a la ausencia de una política criminal coherente, no han llevado a mejorar la situación.

A parte de muchas otras ideas ya mencionadas, que se dirigen a mejorar el sistema penal nacional en general, respecto a los dos problemas menciona-

dos, también debería –en ambos casos– revisarse los textos legales –material y sustantivo– y adoptar diversas medidas relacionadas con el personal –policial, fiscal, judicial, auxiliar– encargado de la administración de justicia o que colabora con ella.

En cuanto a las leyes, me voy a limitar a la parte sustantiva. Los tipos relacionados con la **corrupción** –concepto criminológico que en su núcleo contiene a los tipos de cohecho, pero puede abarcar muchos más–, y en general todos los tipos de esta parte del Código Penal, deben ser sometidos a una profunda y seria evaluación desde la perspectiva de su finalidad de protección –bienes jurídicos– y en concordancia con las necesidades de un buen funcionamiento de la administración pública. Desde el principio, nuestro Código Penal de 1991 no ha tenido en cuenta esto y tan solo ha acumulado tipos delictivos de distintos textos penales que le sirvieron de fuente. Entonces, bajo la orientación del bien jurídico que se quiere proteger –el correcto funcionamiento de la administración pública– y de los distintos objetos de protección concretos –bienes jurídicos concretos–, teniendo en cuenta los principios de *última ratio*, proporcionalidad, así como el *ne bis in idem*, y coordinando con las necesidades de la administración pública peruana –para lo cual hay que consultar con los administrativistas expertos–, debería reestructurarse toda la parte correspondiente del derecho penal.

Así, podría revisarse, entre otros puntos, si el concepto de ‘funcionario público’ para el derecho penal está correctamente formulado y ubicado, si se debe mantener la distinción entre delitos cometidos por particulares y delitos cometidos por funcionarios públicos, si los diferentes tipos delictivos realmente son necesarios o están correctamente caracterizados. Ahora no puedo pronunciarme sobre cada uno estos y muchos otros aspectos más. En parte, ya me he pronunciado en anteriores publicaciones¹³. Sin embargo, sí quiero enfatizar en la urgente necesidad de establecer una coordinación eficiente entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, y no solamente se trata de coordinar conceptos y atender a las necesidades de reforzar la protección primaria del bien jurídico por parte de la propia administración pública, sino también de evitar la doble sanción tal como –al respecto tengo un amplio trabajo recogido¹⁴, pueden revisarlo desde la página 279, en adelante–.

¹¹ Véase a Abanto Vásquez (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 2, 2da ed.).

¹² Véase a Abanto Vásquez (2017). El delito de lavado de activos. Análisis crítico.

¹³ Véase a Abanto Vásquez (2003). Delitos contra la administración pública (2da ed.). Revisar las páginas 335 en adelante.

¹⁴ Véase a Abanto, M. (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (tomo 2, 2da ed.).

En lo que respecta al **lavado de activos**, creo que es necesario aclarar muchos aspectos. En primer lugar, el legislador debería decidir si quiere adoptar un modelo amplio de ‘lavado de activos’ que ‘sincere’ la situación. Es decir, que reconozca la existencia de un ‘injusto punible’ consistente en todo tipo de ayuda ‘post-delictual’ o ‘post-infracción’. A partir de allí, se debería, nuevamente respetando los principios garantistas del derecho penal, elegir las conductas más graves para el bien jurídico –en mi opinión: la administración de justicia– y tipificar de manera clara, racional y proporcionada los distintos injustos punibles.

La situación actual dista mucho de ser ideal, no solo porque el desarrollo de la lucha antilavado ha ocurrido en nuestro medio, una vez más, de manera desordenada y acrítica, sino también porque la tipificación ha sido hecha de manera asistemática y usando conceptos confusos que no compatibilizan con los principios de nuestro derecho penal –al respecto ver mis críticas en “El delito de lavado de activos. Análisis crítico”¹⁵, página 257 y siguientes; 262 y siguientes–. El legislador penal peruano ha querido ‘ahorrarse’ el trabajo de reflexionar y adecuar el compromiso internacional a la realidad jurídica-penal peruana, manifestando con ello un criticable servilismo a las recomendaciones internacionales –que tampoco pedían ni esperaban esta actitud-. Pero este proceder es contraproducente para la administración de justicia nacional, no solamente porque no tiene en cuenta la realidad nacional, sino también porque las propias recomendaciones no parecen ser infalibles. Como han criticado en Alemania, esta figura parece tener ‘vida propia’ debido a su alimentación por parte de los organismos internacionales, cuyos expertos –no siempre penalistas y menos aún de corte europeo-continental– periódicamente sugieren reformas para mejorar la ‘lucha’ contra este tipo de delitos, lucha cuyo fracaso lleva a nuevas reuniones y recomendaciones. En nuestro país, el continuo incremento de penas

de los tipos de lavado ha llevado a la absurda situación de que el lavado de activos, como ayuda post-delictual, pueda llevar a penas mucho más graves –sobre todo, cuando se aplican los mal diseñados tipos agravados del artículo 4 del Decreto Legislativo 1106– que los delitos fuente que dieron origen a los bienes maculados, perdiéndose toda proporcionalidad.

Respecto al personal que opera las leyes penales, creo que no es necesario que mencione aquí el grado de corrupción al que ha llegado nuestro país en todos los niveles mencionados. Esto rebasa el ámbito del derecho penal. Aquí quiero enfatizar también algo que parece no haberse entendido aún, y que también denota la pregunta efectuada: el derecho penal no es la solución a todos los problemas. Aunque se enseña en las primeras clases de derecho penal, se suele olvidar en la práctica que el derecho penal es la *última ratio*, que muchas veces es solo el refuerzo de una protección previa que es dada por otras ramas del derecho y por otras instituciones.

Como último aspecto, también se debería luchar consecuentemente contra la impunidad, no solo de los implicados directamente en delitos de corrupción y de lavado de activos, sino también de los propios miembros de los aparatos de persecución penal que pudieran ser responsables de tal impunidad, sea dolosa o imprudentemente. En este contexto, se hace indispensable el control y análisis crítico de la jurisprudencia referida a dichos delitos, especialmente de la Corte Suprema. Para esto, reitero la necesidad de establecer un órgano de control autónomo, bien equipado y financiado, que no deba temer represalias por parte de los investigados, cuya elevada posición en la administración de justicia podría inhibir el control y la denuncia por parte de los abogados y de los profesores universitarios que, en nuestro medio, suelen mejorar sus ingresos mediante el ejercicio de la abogacía. ■

¹⁵ Véase a Abanto, M. (2017). El delito de lavado de activos. Análisis crítico.