

**PREVENCIÓN PENAL EMPRESARIAL Y
CORRUPCIÓN PRIVADA**

**CRIMINAL COMPLIANCE AND
PRIVATE CORRUPTION**

Dr. Dr. Dr. H.C. Gino Ríos Patio

Director del Instituto de Investigación Jurídica

Universidad de San Martín de Porres

griosp@usmp.pe

Perú

SUMARIO: Introducción I. Corrupción II. Corrupción pública y corrupción privada III. La criminalización de la corrupción privada y la responsabilidad penal empresarial IV. Principales normas contra la corrupción 4.1 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 4.2 Convención Interamericana Contra la Corrupción 4.3 Otras normas nacionales V. Algunas críticas penales y de política criminológica a los delitos de corrupción privada 5.1 La incesante producción de normatividad penal ilegítima 5.2 La criminalización y punición de conductas predomina sobre la prevención 5.3 Delitos especiales e inobservancia del principio de proporcionalidad de penas 5.4 Acción penal privada para la corrupción privada *intra* entidades privadas 5.5 Cumplimiento de la normatividad internacional de la materia 5.6 Delitos especiales propios y delitos comunes de tendencia interna trascendente 5.7 Mayor control y política empresarial de dádivas VI. Algunas críticas al reglamento de la Ley N° 30424. VII. Conclusiones VIII. Fuentes de información.

RESUMEN: El artículo analiza la reciente creación en el Perú del nuevo delito de corrupción privada y examina el flamante reglamento del Programa de Prevención Penal Empresarial, con la finalidad de evaluar la configuración de estas dos estrenadas medidas de lucha contra la inveterada corrupción en el país.

ABSTRACT: The article analyzes the recent creation in Peru of the new offense of private corruption and examines the new regulation of the Criminal Business Prevention Program, with the purpose of evaluating the configuration of these two new measures to combat inveterate corruption in the country.

PALABRAS CLAVE: Corrupción; corrupción privada; programa de prevención penal empresarial; política criminológica.

KEY WORDS: Corruption; private corruption; business criminal prevention program; criminological policy.

INTRODUCCIÓN

La corrupción existe en el Perú desde que surgimos a la vida independiente. Antes, por cierto, había existido en la Colonia. Esta afirmación la compartimos todos. No es novedad, entonces, la corrupción en el sistema judicial de la que dan cuenta los audios que al divulgarse encendieron los reflectores sobre nuevos actores que desempeñaban el viejo libreto de la corrupción. Todos tenemos la idea de que era un secreto a voces. De hecho, el desprestigio y la falta de credibilidad en el Poder Judicial, los otros órganos del sistema de justicia y los demás poderes del Estado, demuestran ello. Por eso, entre otras cosas, siempre ha existido una sensación de injusticia en esos ámbitos, de la cual deriva su elevadísimo índice de desconfianza ciudadana, según las encuestas públicas de opinión, en las que encontramos también altos niveles de desconfianza en el sistema político y en el prójimo.

La corrupción más conocida involucra actores públicos y privados, pero también se da, por separado, en cada uno de esos ámbitos, a todo nivel. Su esencia está marcada por preferir el interés personal sacrificando el interés que debe primar en función del ámbito en el que se produzca. El mecanismo de la corrupción siempre es el contravenir la norma vigente y violar el valor ético comprometido, sacando provecho de ello. Cuando se trata de corrupción pública, la nefasta consecuencia es el grave perjuicio al interés común. Si es corrupción privada, el infausto resultado atenta contra el interés del negocio, el cual puede eventualmente manifestarse en el público usuario o consumidor. La corrupción, en fin, ocasiona el mal en donde se presenta.

En el ámbito nacional la corrupción es, lamentablemente, un lugar común, un vergonzoso sambenito. Su audición pública en esta ocasión es semejante a la visualización de la corrupción del sistema político que se dio el año 2000. Es decir, se connotaba pero esa vez, como en esta ocasión, se denotó públicamente, de ahí la reacción tan airada de la sociedad, la misma sociedad que convive de antiguo con la corrupción, de manera activa y deliberada o pasiva y complaciente. De tal forma que no solo nos deben alarmar los actos de corrupción en sí mismos, por conocidos; no solo nos debe excitar el morbo los audios, por tratarse del medio actual de denotar un viejo problema; lo que nos debe preocupar es que esta reacción legítimamente iracunda, no sea fruto de una manipulación por parte de grupos interesados en recuperar la cuota de poder perdida con la que también producían corrupción; no se convierta en una anécdota efímera inconducente; y sobretodo no se pierda el genuino interés -si en verdad existe- de poner coto ejemplarizadamente a esta lacra de comportamiento corrupto por altos funcionarios públicos y privados.

La corrupción no se elimina totalmente -su existencia como la del crimen es inevitable- solo con reformas de los sistemas operativos -en el Perú ha habido más de una docena de ellas respecto, por ejemplo, al sistema judicial, todas infructuosas- o intercambiando hombres. La

lucha frontal contra la corrupción se inicia y gana transformándose uno mismo. El efecto multiplicador de esa conversión es formidable y genera cambios estructurales y sistémicos. Es varias veces preferible un buen operador de justicia -por tratarse de los recientes casos descubierto- que un buen sistema, pues la persona ética actúa siempre bien aunque el sistema sea defectuoso, en cambio, una persona corrupta actúa siempre mal aunque el sistema sea extraordinario, pues los más exigentes controles son burlados cuando las personas que operan en ellos carecen de ética.

Recordemos que la ética en la vida privada debe proyectarse en la vida pública, como expresión de lo positivo en el vivir y en el convivir, respectivamente. Nunca la corrupción nace en el pueblo, sino en los dirigentes y líderes, que terminan siendo imitados en su comportamiento por la población.

La criminología nos enseña que la corrupción, como todo crimen, es una conducta egoísta que se expresa con violencia para ejercer dominio y lograr imponer su voluntad; y que por ello no resulta útil para enfrentar la corrupción la exigencia de mantener una conducta heroica en un mundo de lobos, sino más bien es indispensable el peso de la sociedad en su decisión de separar al corrupto, pero para eso es menester, como lo hemos dicho, que la persona misma, individualmente considerada, cambie y se transforme.

El bicentenario de nuestra independencia no nos debe encontrar sumergidos en la ciénaga de la corrupción.

I. CORRUPCIÓN

El concepto de la palabra corrupción debe precisarse porque es un vocablo usado a cada momento y registra presencia histórica en nuestro país, por lo que conviene definir su sentido y alcance a fin de preverla y evitarla, identificarla y sancionarla.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua¹ señala que la palabra corrupción proviene del latín *corruptio* –*onis*, y significa la acción y efecto de corromper o corromperse; destruir o alterar por putrefacción, dañar, sobornar o pervertir a alguien o las cosas no materiales; y en las organizaciones, especialmente en las públicas, es una praxis de mala utilización de las funciones y medios que le son confiados por razón del cargo, para procurarse un beneficio propio, sea económico o de otra índole.

Es factible considerar la acción de corromper, como el rompimiento y la destrucción de alguien o de algo que se acomete conjuntamente con otro, es decir, requiere del concurso del corruptor y del corrompido, ambos corruptos.

¹ Disponible en <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>

En buena cuenta, el acto de corromper altera y trastoca algo esencial, echándolo a perder, depravándolo, pudriéndolo, dañándolo y pervirtiéndolo; de ahí que la corrupción sea una actividad gravemente perjudicial y nociva.

Partiendo del concepto antes indicado, se puede deducir que el dinero no es un requisito indispensable para calificar un acto como corrupto, pero sí la promesa u obtención de alguna ventaja indebida. El medio por el cual se logra dicho objetivo puede variar. Interesa, entonces, el fin a lograrse merced a procedimientos irregulares, contrarios a la ley y la ética. Cualquier persona -pública o privada, natural o jurídica- puede cometer un acto de corrupción. El factor criminógeno de la corrupción es la codicia y la ambición, así como la ausencia de valores éticos, tales como, la honestidad, el compromiso y el sentido de pertenencia y de comunidad. Las consecuencias de la corrupción son demoledoras para la sociedad y sus instituciones, desde el punto de vista económico como espiritual, por la pérdida de confianza generalizada que se asienta en una comunidad, la cual tiene un efecto paralizante en todos los órdenes de la vida y, consecuentemente, afectan el respeto y vigencia de los derechos humanos.

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004:1)² señala en el primer y segundo párrafos de su Prefacio lo siguiente:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.

Sin duda alguna, la corrupción es un flagelo contra la Humanidad, proveniente de cualquier ámbito, público o privado; de cualquier país, rico o pobre; y de cualquier persona.

II. CORRUPCIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN PRIVADA

² Disponible en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

De acuerdo con Quiroz, A. (2017) la corrupción en el Perú no es algo esporádico sino más bien sistémico, enraizado en estructuras centrales de la sociedad, que ha influido en nuestra evolución histórica como país subdesarrollado. Las prácticas corruptas en las esferas pública y privada son un problema crítico, manifestado en una gran variedad de casos y formas de corrupción, siempre relacionado a un abuso de poder o de recursos y a un beneficio exclusivo o promesa, en perjuicio del progreso general. Frente a la cruda y pasmosa realidad de la corrupción, las Constituciones políticas y el imperio de la ley son una caricatura.

Ante este panorama de corrupción permanente, el estado se ha limitado hasta finales del siglo XX a dar una respuesta meramente penal, consistente en tipificar algunas conductas corruptas como delito y esperar a que el sistema penal, conformado por policías, fiscales, jueces y agentes penitenciarios, haga su labor selectiva y discriminadora, en perjuicio de funcionarios públicos de nivel medio, servidores públicos y ciudadanos vulnerables, manteniéndose en la impunidad a los altos funcionarios del estado, influyentes políticos y grandes empresarios. Recién entrado el siglo XXI se amplió el espectro a ciertas personas que habiendo tenido poder económico, político y social, lo habían perdido, por lo que fueron denunciados, procesados y sancionados. Sin embargo, la corrupción de quienes detentan poder, aún está incólume.

En ese orden de ideas, los delitos que aparecen en el Código Penal de 1991³, vinculados a conductas corruptas eran algunos de los perpetrados contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos, tales como, concusión, cobro indebido, colusión, patrocinio ilegal, peculado doloso y de uso, cohecho, soborno, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Luego se tipificaría el lavado de activos, como delito que puede provenir de la corrupción, entre otros crímenes. En todos estos casos, podían intervenir funcionarios públicos y ciudadanos particulares. Sin embargo, la corrupción entre personas privadas no estaba tipificada.

III. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

Mediante el Decreto Legislativo N° 1385, publicado en el diario oficial El Peruano⁴ del 4 de setiembre de 2018, el Gobierno del Perú modificó el Código Penal incorporando los artículos 241-A y 241-B, a fin de sancionar penalmente los actos de corrupción perpetrados entre personas privadas que perturban el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia honesta, proba y leal entre ellas.

El artículo 241-A, denominado corrupción en el ámbito privado, establece que:

³ Disponible en http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

⁴ Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-sanciona-la-corrupcion-en-el-ambito-decreto-legislativo-n-1385-1687393-3>

El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente **acepta, reciba o solicita**⁵ donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir **un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales**⁶, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, **prometa, ofrezca o conceda**⁷ a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto **que permita favorecer a éste u otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales**⁸.

El artículo 241-B, denominado corrupción al interior de entes privados, dispone que:

El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto **en perjuicio de la persona jurídica**⁹, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

⁵ Corrupción privada pasiva.

⁶ No se exige perjuicio sino únicamente favorecimiento.

⁷ Corrupción privada activa.

⁸ Ver nota 6.

⁹ Requisito de consumación.

Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, promete, ofrece o concede a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto **en perjuicio de la persona jurídica**.¹⁰

En los supuestos previstos en este artículo solo se procederá mediante ejercicio privado de la acción penal¹¹.

Ambos artículos adicionados al Código Penal se encuentran ubicados dentro del Capítulo IV, denominado De otros delitos económicos, que a su vez pertenece al Título IX, denominado Delitos contra el orden económico, correspondiente al Libro Segundo, Parte Especial-Delitos. Evidentemente, se tendrá que evaluar el grado de lesividad de la conducta para que teóricamente prospere o no la denuncia, recordemos que el derecho penal debe ser de *última ratio* y mínima intervención.

¿Era necesario crear estos nuevos tipos penales? ¿Las conductas tipificadas no estaban previstas en otros delitos? ¿Es una correcta medida de política criminológica para frenar la corrupción? De la lectura del presente artículo cada lector extraerá sus propias conclusiones personales.

Por otro lado, mediante el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS de 8 de enero de 2019¹², vigente desde el 10 del mismo mes, el Gobierno dictó el reglamento de la Ley N° 30424¹³ que regula la responsabilidad administrativa -en realidad es penal-¹⁴ y que está vigente desde el 1 de enero de 2018, de las personas jurídicas por los delitos de cohecho activo transnacional, cohecho genérico y específico, minería ilegal, crimen organizado, lavado de activos y financiación del terrorismo, según la modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 1352¹⁵.

¹⁰ Ver nota precedente.

¹¹ El consentimiento de la persona jurídica con la conducta corrupta es determinante para efectos del ejercicio de la acción privada, pero no exime al sujeto activo de la responsabilidad penal.

¹² Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-de-la-ley-n-30424-ley-que-regula-la-responsabil-decreto-supremo-n-002-2019-jus-1729768-3/>

¹³ Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>

¹⁴ Ver artículo "El criminólogo en la empresa. A propósito del nuevo modelo de prevención criminal introducido por la Ley N° 30424 modificada por el Decreto Legislativo N° 1352" en http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2675/1/rios_pg16

¹⁵ Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4/>

¿El reglamento regula adecuadamente los aspectos de la mencionada ley que requieren de reglamentación o los trasgrede o desnaturaliza? ¿Es de capital importancia para las personas jurídicas tener un programa de prevención penal empresarial o pueden prescindir de él? Igualmente, de la lectura de este artículo el lector sacará sus propias conclusiones personales.

La problemática que contiene el tema de investigación, como se puede apreciar, trasciende lo meramente penal y se instala en el marco de la política criminológica del Estado, por lo que es menester un análisis sereno y reflexivo sobre el particular, que sea ajeno al carácter emocional con el que se viene tratando la criminalidad a través del expansionismo penal y el populismo punitivo, para gobernar a través del crimen, que parece ser el signo de los tiempos actuales.

No está demás recordar que la política criminológica es la respuesta estatal para enfrentar la criminalidad, instrumentalizada a través de recursos, conocimientos, técnicas, medidas, disposiciones y toda clase de acciones destinadas a prevenir mediante políticas sociales, económicas, políticas, culturales, las causas generadoras de los crímenes (prevención primaria); y encaminadas a desarrollar una aserie de actuaciones con grupos determinados, para prevenir el delito y reforzar la seguridad ciudadana, de índole legislativa, administrativa o policial, no en actuaciones de política social general (prevención secundaria); y con posterioridad a la comisión del delito, las medidas dirigidas a los penados con el objetivo específico de lograr la resocialización y evitar la reincidencia.

Por cierto que la información científica de base para elaborar y diseñar la política criminológica la proporciona la criminología, ciencia social inter y multidisciplinaria que estudia las causas criminógenas del crimen que inciden en los factores sociales y personales y en las condiciones socio económico político culturales; la cual no se aplica en nuestro medio, limitándose a trabajar únicamente medidas de seguridad ciudadana con base en estadísticas, pero sin auxilio criminológico, lo que equivale a atacar los síntomas dejando intactas las causas..

De ahí que el Estado tan solo reaccione con una respuesta penal, punitiva, cada vez más violenta, frente al crimen, lo cual reproduce el ciclo de la violencia y crea más crímenes y criminales.

IV. PRINCIPALES NORMAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

4.1 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁶

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no define el fenómeno, pero sí establece obligaciones para los Estados Parte para que adopten sistemas, medidas, procedimientos, ordenamientos y demás instrucciones para la función pública, en el campo

¹⁶ Ver nota 2

legislativo y administrativo, desde la convocatoria, contratación, retención, selección, formación, capacitación, rotación, promoción, remuneración, sancionadoras y jubilación de empleados públicos, basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; y para el sector privado, destinadas a prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

Asimismo, para el sector privado, la Convención (2004:22,23) obliga a cada Estado Parte a considerar:

La posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar; b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

(...) y obliga también a cada Estado Parte a adoptar las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad penal, civil o administrativa de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

Los delitos aludidos son, taxativamente, soborno de funcionarios públicos nacionales; Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; tráfico de influencias; abuso de funciones; enriquecimiento ilícito; Soborno en el sector privado; malversación o peculado de bienes en el sector privado; blanqueo del producto del delito; encubrimiento; y obstrucción de la justicia.

4.2 Convención Interamericana Contra la Corrupción

La Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996)¹⁷ tampoco define la corrupción, pero sí describe los actos en los que ella resulta aplicable, los cuales son los siguientes:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.
- f. También será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en la Convención.

4.3 Otras normas nacionales

Otras normas, según Florián, R. (2011) son:

- La Declaración de Beijing sobre la Lucha contra la Corrupción de 2014.
- El Plan andino de lucha contra la corrupción.

¹⁷ Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion_firmas.asp

- El Compromiso de Santiago para luchar contra la corrupción y asegurar la transparencia.
- El Curso de acción de APEC para combatir la corrupción y garantizar la transparencia.
- El Tratado de Libre Comercio Perú – Estados Unidos: anexo forestal.
- La Ley N° 29622, que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.
- La Ley N° 29574: Ley que dispone la aplicación inmediata del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos.
- La Ley N° 29555: Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República.
- La Ley N° 29542 de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal.
- La Ley N° 28024 que regula la gestión de intereses en la administración pública.
- La Ley N° 27815 Código de Ética de la función pública.
- La Ley N° 27806 de transparencia y acceso a la información pública.
- La Ley N° 27785 Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- La Ley N° 27594 que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos.
- La Ley N° 27588 que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al estado bajo cualquier modalidad contractual.
- La Ley N° 27482 que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del estado.
- La Ley N° 27380 que faculta al Fiscal de la Nación a designar equipo de fiscales para casos complejos fiscales para determinados delitos.

- La Ley N° 26771 que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco.
- El Decreto Legislativo N°1017 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- El Decreto Legislativo N° 276 de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del Sector Público.
- El Decreto Supremo N° 023-2011-PCM Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.
- El Decreto Supremo N° 009-2010-JUS que aprueba el procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos.
- El Decreto Supremo N° 089-2006-PCM Reglamento para el funcionamiento, actualización y consulta de la información en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido.
- El Decreto Supremo N° 034-2005-PCM sobre Declaración Jurada para prevenir casos de Nepotismo.
- El Decreto Supremo N° 033-2005-PCM. Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- El Decreto Supremo N° 099-2003-PCM Reglamento de la Ley N° 28024 que regula la gestión de intereses en la administración pública.
- El Decreto Supremo N° 072-2003-PCM Reglamento de la Ley de Transparencia y acceso a la información pública.
- El Decreto Supremo N° 019-2002-PCM Reglamentan de la Ley que estableció prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.
- El Decreto Supremo N° 080-2001-PCM Reglamento de la Ley que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de funcionarios y servidores públicos del Estado.
- El Decreto Supremo N° 021-2000-PCM Reglamento de la Ley que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público, en casos de parentesco.
- El Decreto Supremo N° 005-90-PCM Reglamento de la Carrera Administrativa.

- Directiva para el uso, registro y consulta del Sistema Electrónico del Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido.
- La Ley N° 29660 que establece medidas para sancionar la manipulación de precios en el mercado de valores, entre otras.

V. ALGUNAS CRÍTICAS PENALES Y DE POLÍTICA CRIMINOLÓGICA A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA

5.1 La incesante producción de normatividad penal ilegítima

En primer lugar, es lamentable que el Gobierno siga legislando en materia penal, incesantemente, mediante decretos legislativos, atentando contra el principio de reserva de ley penal, en virtud del cual corresponde únicamente al Congreso de la República legislar en materia penal, por ser este ámbito uno en el que se expresa de manera muy intensa la tensión entre el poder de la autoridad estatal y la libertad, que es una materia reservada al órgano que ejerce en nombre del pueblo la función de representar y legislar.

Sin embargo, el furor punitivo hace que la tendencia contemporánea sea la de gobernar a través del crimen, a fin de ejercer a través del sistema penal un control y dominación más estrictos contra la ciudadanía, generando más populismo punitivo y expansionismo penal, por la facilidad y celeridad con la que se expiden los decretos legislativos, sin discusión ni debate legítimos, que solo se pueden dar en el Parlamento Nacional, lo cual desnaturaliza el derecho penal, originalmente concebido como límite y freno del poder y garantía del ciudadano frente al estado, aspecto que es nocivo para un estado democrático y de derecho.

5.2 La criminalización y punición de conductas predomina sobre la prevención

En segundo término, igualmente penoso, es que se siga la tendencia de castigar antes de prevenir y de creer que lo punitivo previene, dejando de lado el estudio de las causas del crimen, en este caso, de la corrupción privada, para procurar eliminar las causas y los factores criminógenos de dicha conducta *inter e intra* personas jurídicas de derecho privado, incurriendo en un simplismo paralizante, lo cual también es perjudicial para una sana praxis política. Siempre es mejor prevenir que castigar. El castigo penal no contra motiva ni disuade.

5.3 Delitos especiales e inobservancia del principio de proporcionalidad de penas

En tercer lugar, se tiene que con la criminalización de la corrupción en el ámbito privado (art. 241-A) se debe castigar la conducta corrupta en toda relación entre las personas jurídicas de derecho privado que se dedican a comprar y/o vender bienes o servicios como medio de vida, para obtener un beneficio o ganancia que es el lucro. De tal modo que el sujeto, sea que acepte, reciba o solicite, o sea que prometa, ofrezca o conceda, tiene que ser una persona

particular perteneciente a una persona jurídica comerciante. Son, pues, delitos cualificados, como son los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos.

No se comprende, sin embargo, las razones que hayan podido existir para que la pena de estos nuevos delitos de corrupción privada difiera de las penas de los delitos de corrupción pública y, en general, de los delitos consistentes en conductas corruptas, como son, concusión, cobro indebido, colusión, patrocinio ilegal, peculado doloso y de uso, cohecho, soborno, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Luego, se tiene que con la criminalización de la corrupción al interior de los entes privados (art. 241-B), se debe castigar la conducta corrupta que se perpetra dentro de la entidad particular. Se establecen las mismas penas y no se comprende aquí tampoco la razón, pues hay un perjuicio para la persona jurídica, mientras que en la corrupción inter instituciones particulares no necesariamente.

5.4 Acción penal privada para la corrupción privada *intra* entidades privadas

Asimismo, se dispone que los delitos de corrupción privada al interior de la persona jurídica no son perseguibles de oficio, sino dependen de un ejercicio privado de la acción penal¹⁸, siguiéndose el mismo criterio que para la difamación, calumnia e injuria, respecto de las cuales algunos magistrados se resisten a prestar tutela jurisdiccional efectiva por considerarlo propio de una acción civil y demoran el proceso; lo cual podría devenir en un factor de desinterés porque primarían los criterios comerciales, siendo que esta figura resultaría un fuego fatuo propio de un acto legislativo para las graderías ¿se desea realmente acabar con la corrupción privada?

5.5 Cumplimiento de la normatividad internacional de la materia

No obstante lo anterior, reconocemos que la criminalización de la corrupción privada, pese a los defectos anotados, cumple y se pone al día con el compromiso contraído por el Perú en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Más aún, al considerar que existe un vínculo indisoluble entre ambos tipos de corrupción, privada y pública, por la existencia notoria de numerosas condiciones de atracción, motivo por el cual se consideran igualmente nocivas económicamente y éticamente destructivas; no se entiende por qué estas modificatorias penales que criminalizan la corrupción privada no prevén penas similares a las de los delitos cometidos por funcionarios públicos que se relacionan con comportamientos corruptos. Evidentemente se afecta el principio de

¹⁸ Hay un procedimiento especial en el Código Procesal penal. No interviene el Ministerio Público ni la policía Nacional.

proporcionalidad de penas. Entonces nos preguntamos ¿se lucha por igual contra la corrupción pública y privada?

5.6 Delitos especiales propios y delitos comunes de tendencia interna trascendente

Por otro lado, es preciso destacar que los primeros párrafos de los artículos 241-A y 241-B constituyen delitos especiales propios (solo los sujetos taxativamente especificados en la norma lo pueden cometer); mientras que en los segundos párrafos de los mismos artículos se trata de delitos comunes (cualquiera puede cometerlos). Ambos delitos creados, sin embargo, son crímenes que se conocen en la doctrina como de tendencia interna trascendente, esto es, su comisión revela un dolo especial, que ataca el bien jurídico tutelado que viene a ser el normal y correcto desarrollo de las relaciones comerciales entre privados (competencia leal) y el deber de lealtad con la entidad particular a la que se pertenece, respectivamente.

Cabe relieves que la no exigencia de perjuicio en el tipo penal de corrupción en el ámbito privado, nos lleva a preguntar si necesariamente el derecho penal debe intervenir, pues siendo de última ratio y de mínima intervención, existirían otras vías no penales para perseguir civil o administrativamente dicha deslealtad en las relaciones comerciales privadas.

5.7 Mayor control y política empresarial de dádivas

Estas modificaciones apuntan a introducir un poco más de control -se espera que sea disuasorio- en situaciones y relaciones comerciales privadas no controladas, que es de suponer corresponden a las de entidades no tan grandes, en las que se pueden haber adoptado ya, en cumplimiento de la ley, un programa de prevención criminal empresarial. Lo cierto es que toda entidad comercial privada, de acuerdo a su praxis, tendrá también que configurar una política de dádivas, ofrendas, obsequios, agasajos y cortesías en general, para no incurrir en el tipo penal. No obstante, consideramos que el delito de corrupción entre privados debería estar comprendido en la relación de delitos contenida en la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para que ineludiblemente sean previstas las acciones internas de control correspondientes para mitigar los riesgos.

En general, consideramos que la finalidad de estas modificaciones penales, de acuerdo con la tendencia del fervor punitivo existente actualmente, se dirige a ser más punitiva que preventiva, habida cuenta que la pena en nuestro país no cumple su finalidad preventiva, protectora ni resocializadora. Es evidente que se siente agudamente la ausencia de una política criminológica, en cambio lamentamos que solo exista una política penal meramente represiva.

VI. ALGUNAS CRÍTICAS AL REGLAMENTO DE LA LEY N° 30424

En principio, como la Ley N° 30424 es de contenido penal, su reglamento no puede desarrollar aspectos penales, como los elementos del tipo o las sanciones, pues el principio de legalidad no permite que una norma de categoría infra legal lo haga.

Recordemos que el artículo 17 de la ley, al regular la exigente por implementación del modelo de prevención, establece en el inciso 1 que la persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

El inciso 2 del pre citado artículo dispone que el modelo de prevención a que se hace referencia en el inciso 1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

b. Medidas preventivas referidas a:

1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional.
2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión del delito de cohecho activo transnacional.
3. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en la comisión de la conducta delictiva de cohecho activo transnacional.
4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.

c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

Luego, la Segunda Disposición Complementaria Final de la ley encarga a un reglamento el desarrollo del contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica. Este encargo es importante porque la existencia previa de un programa de

cumplimiento efectivo excluiría la responsabilidad de la persona jurídica, según el artículo 17 inciso 1; como la existencia previa de un programa imperfecto reduciría la responsabilidad de la persona jurídica, de acuerdo con el artículo 12 inciso e. Como se podrá apreciar, si se encarga al reglamento desarrollar el contenido del modelo de prevención, entonces la función reglamentaria en este caso es trascendental, por las consecuencias que podrían derivarse.

En este marco ¿el reglamento satisface plenamente las expectativas de cara a la seguridad jurídica que le encarga la ley? Es debatible el tema, pues el modelo reglamentario no es flexible sino sumamente exigente, lo cual no se condice con el hecho de que el programa de cumplimiento o de prevención penal empresarial, en general, excepto para determinadas entidades, no sea obligatorio sino voluntario. Por ejemplo, en el artículo 48 establece numerosos ítems para que un programa de cumplimiento sea validado por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), sin considerar los distintos grados de exigencia de cada tipo de persona jurídica, su nivel de ingresos, su número de trabajadores ni su nivel de riesgo. Es decir, se deja a una lista de chequeo (verificación del cumplimiento de cada uno de los numerosos ítems) la validez del programa de prevención, cuando lo que consideramos se requiere es una evaluación ponderada, no aritmética, proporcional y razonable para evaluar la idoneidad del programa de cara a su efectividad.

En esta misma línea, cabe advertir que pese a que la ley en el artículo 17 inciso 2 última parte señala que para la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados, el reglamento en su artículo 44 indica soslayadamente que para dichas empresas el programa de cumplimiento debe implementarse conforme al principio de adaptabilidad, siendo que en el artículo 4 inciso 2 la definición y alcance del principio es gaseoso por decir lo menos.

Peor aún, cuando el artículo 45 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del reglamento encargan al Ministerio de la Producción aprobar mediante Resolución Ministerial los formatos del modelo de prevención aplicables a las micro, pequeña y medianas empresas, con lo cual redujo la categoría normativa de este instrumento tan importante legalmente para la responsabilidad penal empresarial.

VII. CONCLUSIONES

La corrupción es una inveterada conducta criminal de múltiples manifestaciones, que causa graves daños y perjuicios en lo personal y social, al devastar los valores éticos; destruir las instituciones democráticas; y afectar el respeto y la vigencia de los derechos humanos.

La conducta corrupta está presente en muchos delitos previstos y penados en el Código Penal, los cuales se referían, hasta antes de la expedición del Decreto Legislativo N° 1385, a la corrupción pública, la cual no ha podido ser enfrentada eficazmente con la respuesta penal.

Pese a ello, en un gesto de buena voluntad política y de cumplimiento de las obligaciones internacionales sobre la materia, el Gobierno ha decidido enfrentar la corrupción privada a medias, es decir, pretende atacar únicamente la corrupción (activa y pasiva) entre empresas privadas, pues la corrupción (activa y pasiva) que se perpetra al interior de las entidades privadas, es perseguible por denuncia de parte, aspecto este que por sí solo hace dudar de su efectividad. Cualquiera persona se preguntará si el Gobierno no puede con la corrupción pública, menos aún tendrá éxito con la corrupción privada. Y lamentablemente tendrá razón, principalmente porque la respuesta penal no es el medio idóneo; y el sistema penal tiene una configuración y operatividad selectiva, discriminatoria, ilegítima e ilegalmente represiva, como sostiene Zaffaroni, E. (1998).

El escenario precedentemente expuesto hace presagiar la esterilidad de los nuevos tipos penales de corrupción privada, tal como ocurre con la corrupción pública. Hace falta una política criminológica de prevención primaria para hacer frente eficazmente a este flagelo.

En lo que atañe a los nuevos tipos penales, es de criticar la afectación al principio de proporcionalidad de las penas, respecto a la penología de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos que involucran conductas corruptas, la cual es más grave.

Estos nuevos tipos penales exigen de las entidades privadas el establecimiento de una política de dádivas para delimitar con precisión las conductas permitidas de los comportamientos corruptos proscritos.

En lo que respecta al reglamento de la Ley N° 30424, llama la atención que no obstante la reconocida importancia del programa de prevención penal empresarial, la ley haya encargado al reglamento que desarrolle el contenido del modelo de prevención, el cual ha optado por la inflexibilidad de los criterios exigidos para que la SMV lo valide, sin diferenciar los distintos niveles de riesgo en función del nivel de ingreso, número de trabajadores y giro y tamaño del negocio, prefiriendo una evaluación aritmética de chequeo de ítems, no una valoración ponderada, proporcional y razonable para evaluar la idoneidad y efectividad del programa.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Florián Cedrón, Rosa (2011) *Compendio de las normas relacionadas a la prevención y lucha contra la corrupción en el Perú*. Congreso de la República. Perú.

Quiroz Norris, Alfonso (2017) *Historia de la corrupción en el Perú*. Sexta reimpresión. Instituto de Estudios Peruanos. Lima.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998) *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Segunda reimpresión. EDIAR. Buenos Aires.

Código Penal de 1991. Disponible en http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Decreto Legislativo N° 1385, publicado en el diario oficial El Peruano¹⁹ del 4 de setiembre de 2018. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-sanciona-la-corrupcion-en-el-ambito-decreto-legislativo-n-1385-1687393-3>

Ley N° 30424. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>

Decreto Legislativo N° 1352. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4/>

Decreto Supremo N° 002-2019-JUS de 8 de enero de 2019²⁰. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-de-la-ley-n-30424-ley-que-regula-la-responsabil-decreto-supremo-n-002-2019-jus-1729768-3/>

¹⁹ Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-sanciona-la-corrupcion-en-el-ambito-decreto-legislativo-n-1385-1687393-3>

²⁰ Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-de-la-ley-n-30424-ley-que-regula-la-responsabil-decreto-supremo-n-002-2019-jus-1729768-3/>