

**Gino Ríos Patio**  
**Renzo Espinoza Bonifaz**

# **CRIMINOLOGÍA PARA TODOS**



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

FONDO  
EDITORIAL

# CRIMINOLOGÍA PARA TODOS

GINO RÍOS PATIO  
RENZO ESPINOZA BONIFAZ

LIMA - 2022



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

FONDO  
EDITORIAL

FACULTAD DE DERECHO

## **CRIMINOLOGÍA PARA TODOS**

Gino Ríos Patio y Renzo Espinoza Bonifaz

© Gino Ríos Patio

© Renzo Espinoza Bonifaz

© Universidad de San Martín de Porres - Fondo Editorial USMP

Facultad de Derecho - USMP

Alameda del Corregidor 1865, La Molina, Lima 12 - Perú

Teléfono: (51-1) 365-7000

Correo electrónico: [investiga\\_derecho@usmp.pe](mailto:investiga_derecho@usmp.pe)

Universidad de San Martín de Porres - Fondo Editorial - USMP

Jr. Las Calandrias 151 - 291, Santa Anita, Lima 43 - Perú

Teléfono: (511) 362 0064 Anexo 3262

Correo electrónico: [fondoeditorial@usmp.pe](mailto:fondoeditorial@usmp.pe)

Página web: [www.usmp.edu.pe](http://www.usmp.edu.pe)

Editor General: Luis David Suárez Berenguela

Diseño y diagramación: Fiorella del Aguila Vargas

Primera edición digital

Marzo 2022

197 págs.

Pdf – 4 Mb

Reservados todos los derechos. Queda prohibida, sin la autorización escrita del titular del Copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluida reprografía y el tratamiento informático.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2022-02356

ISBN: 978-612-4460-41-8

ISBN: 978-612-4460-41-8



9 786124 460418

# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>UN CAMBIO CULTURAL PARA ABORDAR EFICAZMENTE LA CUESTIÓN CRIMINAL.....</b>	<b>10</b>
INTRODUCCIÓN .....	11
LAS CARENCIAS DEL SISTEMA PENAL .....	11
LA SENSACIÓN DE INSEGURIDAD.....	17
LA NORMALIZACIÓN DEL CRIMEN .....	18
EL POPULISMO PENAL.....	21
CONCLUSIONES .....	26
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	27
<b>LA REPRODUCCIÓN GLOBAL DE LA INSEGURIDAD Y LA NECESIDAD DE REPENSAR LA DIMENSIÓN HUMANA DESDE UNA CRIMINOLOGÍA DEL SUR.....</b>	<b>29</b>
INTRODUCCIÓN .....	29
EL NEOLIBERALISMO Y SUS ELEMENTOS POTENCIADORES .....	33
LA EXCLUSIÓN SOCIAL, EL CONFLICTO Y LA CRIMINALIDAD .....	37
LA REVISIÓN DEL PARADIGMA DE LA SEGURIDAD GLOBAL DESDE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR .....	48
CONCLUSIONES.....	50
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	52
<b>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.....</b>	<b>55</b>
INTRODUCCIÓN .....	56
LA CRIMINOLOGÍA Y LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA .....	58
EL MODELO DE PREVENCIÓN O <i>COMPLIANCE PROGRAM</i> .....	63

EL TRABAJO DEL CRIMINÓLOGO EN LA EMPRESA.....	74
CONCLUSIONES.....	79
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	80

**ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DE LA CORRUPCIÓN.....82**

INTRODUCCIÓN .....	82
LARGA DATA DE LA CORRUPCIÓN .....	84
CONCEPTO, CAUSAS Y EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN .....	86
LA CORRUPCIÓN DEL ESTADO Y EL ESTADO DE LA CORRUPCIÓN .....	91
PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN.....	97
UNA ERRADA ÓPTICA PENAL ANTICORRUPCIÓN .....	99
CONCLUSIONES.....	100
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	103

**DE LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA A LA QUIMERA  
CRIMINOLÓGICA ...A TRAVÉS DE LA MITOLOGÍA  
PENAL... ENSAYO OBSERVACIONAL, EXPERIMENTAL,  
SITUACIONAL Y PROSPECTIVO.....105**

INTRODUCCIÓN .....	105
LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA TRADICIONAL Y LA MITOLOGÍA PENAL.....	107
LA NUEVA CRIMINOLOGÍA.....	110
LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA .....	113
CONCLUSIONES.....	116
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	117

**VIOLENCIA CONTRA LA MUJER  
¿Un problema de falta de normatividad penal o  
problema socio cultural? .....119**

INTRODUCCIÓN .....	120
VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO .....	121

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL PARA ERRADICAR, PREVENIR Y SANCIONAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.....	124
VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CIFRAS .....	127
EL SISTEMA PENAL NO RESUELVE LOS CONFLICTOS SOCIALES NI SE INTERESA POR LA VÍCTIMA .....	129
LA CRIMINALIDAD SE PRODUCE POR EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA SOCIAL Y SE APRENDE EN LA INTERACCIÓN SOCIAL .....	132
GOBERNAR EL CRIMEN.....	133
CONCLUSIONES .....	134
RECOMENDACIONES.....	136
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	137
<b>EL COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN FRENTE A LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL UNA MIRADA DESDE LA CRIMINOLOGÍA MODERNA .....</b>	<b>139</b>
INTRODUCCIÓN .....	140
<i>COMPLIANCE</i> Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	142
APORTES CRIMINOLÓGICOS PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL <i>COMPLIANCE</i> .....	144
CÓMO DEBE SER UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EFICAZ ....	156
CONCLUSIONES.....	159
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	160
<b>DECONSTRUYENDO EL DISCURSO PUNITIVO CONTEMPORÁNEO: INTRODUCCIÓN A UN PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO DEFERENTE Y HOSPITALARIO .....</b>	<b>162</b>
¿QUÉ ES LA DECONSTRUCCIÓN? .....	163
REVISANDO ALGUNOS CONCEPTOS SIGNIFICATIVOS .....	164
EL DISCURSO PUNITIVO Y SUS ELEMENTOS.....	166
DECONSTRUYENDO EL DISCURSO PUNITIVO CONTEMPORÁNEO .....	167

DE LA DIFERENCIA A LA DEFERENCIA .....	177
DE LA HOSTILIDAD A LA HOSPITALIDAD .....	179
DE LA “IMAGINACIÓN” PENAL A LA IMAGINACIÓN CRIMINOLÓGICA.....	185
CONCLUSIONES.....	192
FUENTES DE INFORMACIÓN .....	193
<b>SÍNTESIS CURRICULAR ACADÉMICA DE LOS AUTORES .....</b>	<b>194</b>

## PRESENTACIÓN

Este libro representa un esfuerzo adicional del Centro de Estudios de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, por divulgar y fomentar la criminología en la sociedad peruana e indoamericana, así como en la academia de ambos espacios, porque consideramos que es la mejor manera de estimular su conocimiento y promover su aplicación, tan necesaria en cualquier comunidad humana y, especialmente, en las de nuestra región, que no llegan a niveles óptimos de interrelación debido a sistemas de ideas diferenciadas entre sus miembros, respecto a la igualdad, libertad, derechos y deberes que todo ser humano tiene y debe respetar, originando conflictividad, violencia y criminalidad a partir de situaciones de distribución de riqueza, exclusión y marginalidad, que generan situaciones incompatibles con la dignidad humana.

La cuestión criminal en nuestros países no interesa sino únicamente para producir miedo y descargar venganza. Existe la generalizada creencia que es un asunto individual del infractor y/o la víctima, limitado a su destino personal. No se llega a comprender que es un problema social, que afecta a todos y, por ende, concierne e interesa a la comunidad toda. Esta incompreensión y, al mismo tiempo, desinterés por la cuestión criminal, hace que se desconozcan las causas del delito, las cuales aún suelen atribuirse a la ruindad o alguna patología o trastorno psíquico individual. No se advierte que el hombre no nace bueno ni malo y que si más tarde desarrolla acciones malas o buenas depende de su interacción con los demás y su experiencia vital con el sistema socio político y sus estructuras, impuestas obviamente por hombres para ejercer control sobre otros hombres.

El siglo XXI nos sitúa en un escenario global, tecnológico y mediático que privilegia la emoción y posterga la razón; que incita la individualidad y desestimula la solidaridad; y que promueve el relativismo de la racionalidad instrumental sobre una ética de los valores y virtudes. En este escenario, la conflictividad se potencia, surge la violencia de todos

lados, incluyendo la del estado, y la criminalidad se incrementa. Mientras tanto, se continúa reaccionando a través del sistema penal, agregando más violencia a las situaciones violentas sin resolver los conflictos, porque se desconocen sus causas al ignorarse la criminología.

Por ello, el Centro de Estudios de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres postulan introducir el pensamiento criminológico en la sociedad para posibilitar otra mirada al problema de la inseguridad. Prevenir siempre es mejor que reprimir. En esa línea, es indispensable contraer la respuesta penal que se ha expandido y endurecido ilimitadamente, haciendo del hombre un medio para pretender alcanzar -sin conseguirlo- la seguridad, en vez de respetar su dignidad y derechos fundamentales como exige a la sociedad y el estado el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

Los lectores encontrarán, en este libro, que compila artículos publicados de los mismos autores colocados en diferentes repositorios y bases de datos científicas, los cuales conservan su actualidad y vigencia, razones bastantes y suficientes para poder cambiar de opinión en torno a los acuciantes y lacerantes aspectos de la cuestión criminal.

Dr. Dr. Dr. H. c. mult. Gino Ríos Patio  
Presidente del Centro de Estudios de Criminología  
Facultad de Derecho  
Universidad de San Martín de Porres

# UN CAMBIO CULTURAL PARA ABORDAR EFICAZMENTE LA CUESTIÓN CRIMINAL

Gino Ríos Patio

---

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Las carencias del sistema penal.
- III. La sensación de inseguridad.
- IV. La normalización del crimen.
- V. El populismo penal.
- VI. Conclusiones.
- VII. Fuentes de información.

## RESUMEN

El sistema de control social en general, y el sistema penal específicamente, en su normatividad, dogmática y funcionamiento, han demostrado su inutilidad histórica para lograr la finalidad a la que deben aspirar en un estado democrático y de derecho, debido a su ineficacia formal, material y social, así como a la preeminencia de una cultura represiva, vindicativa y violenta, que crea crimen y criminales, verticaliza a la sociedad y la disciplina militarmente, de manera selectiva y discriminadora, lo que es una característica común en América. El estado, para cumplir con sus fines esenciales de bienestar general y seguridad integral, debe preferir el estudio criminológico formativo profesional, de capacitación, especialización y perfeccionamiento, y la aplicación de la criminología, para poder diseñar una política criminológica eficiente, de prevención y control de la criminalidad, que reduzca a ésta a niveles tolerables, para dejar la mal praxis de gobernar nuestros pueblos a través del crimen, originando la normalización de éste y el pánico social consecuente, así como el efecto perverso de una alza cohesión social generada por el sistema penal; en suma, en vez de mejorar el derecho penal, debemos hacer algo mejor que el derecho penal.

## **INTRODUCCIÓN**

El problema que se plantea en la presente ponencia consiste en mostrar la histórica deficiencia del sistema de control punitivo del Estado, con sus caracteres de selectividad y discriminación en contra de los grupos sociales más vulnerables, que es ineficaz para hacer frente a la criminalidad en términos de prevención, reducción y control social del comportamiento desviado, actuando como un instrumento de dominación social desde el poder, así como en términos de resocialización, reeducación y reinserción del penado a la sociedad.

Ante esta situación contraria a los principios que inspiran un estado democrático y de derecho, la propuesta presenta como objetivos fomentar una toma de conciencia en la sociedad, para posibilitar un cambio de actitud gubernamental que permita el cambio del actual sistema punitivo por una concepción del control social del comportamiento desviado horizontal y sobre todo digna para el ser humano, no vertical ni degradante, que reduzca el índice de reincidencia y habitualidad y la tasa de criminalidad, así como la de sensación de inseguridad.

De esta manera, la ponencia presenta en el capítulo primero el sistema penal y sus deficiencias; en el capítulo segundo muestra el elevado índice de criminalidad y la sensación de inseguridad; en el capítulo tercero la normalización, mentalización o manía del crimen en la sociedad, así como la construcción de la cuestión criminal por los medios de comunicación y el complejo comercial del crimen; en el capítulo cuarto desarrolla el populismo penal, la sobre criminalización, la neo criminalización, la desproporción de las penas y el proceso inmediato por delito flagrante como una justicia exprés; para llegar a las conclusiones y recomendaciones en el último capítulo.

## **LAS CARENCIAS DEL SISTEMA PENAL**

El Derecho es un conjunto de normas, principios y valores que una sociedad elabora para regular la conducta de sus miembros. En sentido antropológico es un producto cultural, por lo que los cambios en las conductas originan modificaciones jurídicas, de acuerdo con la evolución de la sociedad, lo cual debe permitir fortalecer la identidad nacional. Esta manifestación jurídica que es una expresión social y cultural de la comunidad humana es un rasgo que la caracteriza frente a otras, de ahí que para que el sistema jurídico sea eficaz debe ser propio y no importado; debe ser consensuado y no impuesto; y debe surgir de la misma sociedad y no de la burocracia legislativa. En palabras de Habermas, pero adecuadas a nuestra realidad latinoamericana, de una verdadera democracia participativa y deliberativa, porque de representativa no tiene nada.

Precisamente, el Estado que es administrado por el gobierno, necesita un instrumento de control social, pero con características apropiadas a sus fines, que son el bienestar general y la seguridad integral. Por ello, el Derecho no es otra cosa que una manera de organización de las conductas del hombre en sociedad. De ninguna manera creemos que debe ser considerado siempre como un enunciado negativo, por el contrario, hay que apreciarlo como un vasto y enmarañado tejido de enlaces, conexiones y prohibiciones encaminadas a viabilizar una dinámica social. Sería muy limitante reducirlo a una lista de licitudes e ilicitudes, de permisiones y de prohibiciones.

La sociedad requiere, ciertamente, orden y control, para evitar la ingobernabilidad y el caos, pero no para etiquetar ni estigmatizar a los ciudadanos sino para dotar de eficacia a los esfuerzos de todos en procura de aquello que nos hace falta, de ahí que el Derecho sea un sistema de orden en libertad, si cabe la expresión, pero no un sistema vertical y enhiesto, sino por el contrario horizontal e igualitario, de auto coordinación entre los hombres. En otras palabras, el Derecho debe hacer fluir las relaciones de las personas y también garantizar el mantenimiento del orden, por eso debe tener un contenido axiológico, pues su relación con la ética lo diferenciará de la arbitrariedad, sin embargo esta importante tarea jurídico social, de mantenimiento y de coerción, se deben hacer unilateralmente, desde una sola perspectiva de clase o grupo social y, por ende, tampoco en nombre de valores supremos e inmutables, sino deben hacerse en libertad y horizontalidad, para asegurar la igualdad de todos ante dicho sistema jurídico.

Cada vez que consideremos que el control social debe darse desde arriba y únicamente de modo como piensa determinado grupo que ejerce el poder, estaremos desviando la correcta dirección que debe tener el sistema de control punitivo, precisamente porque el control social debe ser auto construido.

Antropológicamente toda comunidad humana basa su existencia en la búsqueda de justicia social y personal en las relaciones interindividuales, para lo cual se debe conocer cómo se concibe el conflicto intersubjetivo violento o crimen y cómo se le resuelve o pretende resolver; y cuáles son los conflictos o luchas que el sistema de control presta más atención, persigue y sanciona.

Sin embargo, pensamos con Zaffaroni (1989) que el realismo jurídico penal está sumido en una crítica situación que es estructural, no coyuntural, por la cual el discurso jurídico penal ya no puede legitimar el funcionamiento de las agencias del sistema punitivo, las que ejercen su poder cuya característica más notoria es la degradación, indignidad

y muerte -en todos los sentidos de la expresión que significa carencia de vida- de las personas de los grupos sociales más vulnerables que están atrapados literalmente en sus fauces.

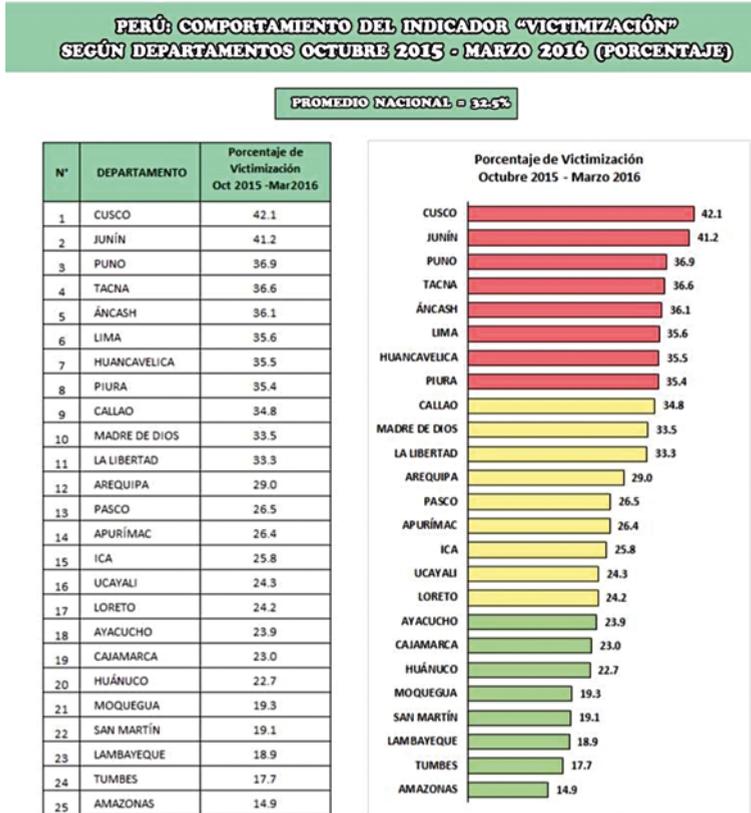
El maestro argentino apunta que el sistema y el discurso jurídico penal son falsos porque la normatividad declara que el primero sirve para prevenir y hacer frente a la criminalidad, mientras que el segundo pretende legitimarlo con racionalizaciones forzadas y abstractas; sin embargo, la operatividad del sistema pone de manifiesto que no previene, pues hay un déficit temporal, ya que siempre llega tarde, cuando el crimen ya se cometió; y no reduce ni contrarresta la criminalidad sino más bien la incrementa, porque la selectividad, reproducción de la violencia, corrupción institucional y concentración de poder, entre otros aspectos, condiciona mayores conductas lesivas. Asimismo, el sistema penal es ilegítimo e irracional, pues no es socialmente auténtico ni coherente en su funcionamiento, esto es, deviene contradictorio en el decir y el actuar, pero además carece de justificación antropológica, pues es claro que el hombre crea al Estado para mejor subsistir y el Estado al Derecho para servir al hombre, no para expoliarlo, atropellarlo y abusar de él.

También resulta ilegal, ya que no actúa conforma a sus propias normas y principios, sino que los revuelve y pervierte en un ejercicio degradante atentatorio contra la dignidad humana. Un solo ejemplo basta con explicar que es ilegal. El principio de legalidad exige que el sistema penal actúe siempre en todos los casos, pero no lo hace porque selecciona y discrimina en favor de los grupos de poder y en perjuicio de los grupos marginales, o sea, el mismo sistema abdica de la legalidad, contribuyendo al crecimiento de la denominada cifra negra de la criminalidad, que también se expande porque la población no cree en el sistema penal, como se puede apreciar en las figuras 1, 2 y 3.

Por ello, el sistema penal deviene en alucinante, porque engaña e ilusiona, ya que no cumple con ninguno de sus fines, es decir, no previene, no acciona ni procesa a todos por igual, no controla que cumplan condena en las mismas condiciones, siendo que las situaciones y ambientes en las que se cumplen las penas son infrahumanos; no rehabilita, reeduca ni resocializa, como tampoco reduce la criminalidad sino que la exagera, perfilándose como perverso al adoptar actitudes y ejercer el poder de que dispone de manera distinta, desigual e incomparable al verdadero ejercicio de un poder penal propio de un Estado democrático y de derecho.

Estamos, pues, frente a un poder punitivo resueltamente ilícito por la arbitrariedad con la que actúa, de la que dan cuenta los cotidianos actos violentos y de corrupción realizados por las agencias de control penal, que no tiene aceptación en la sociedad, como se puede apreciar en la

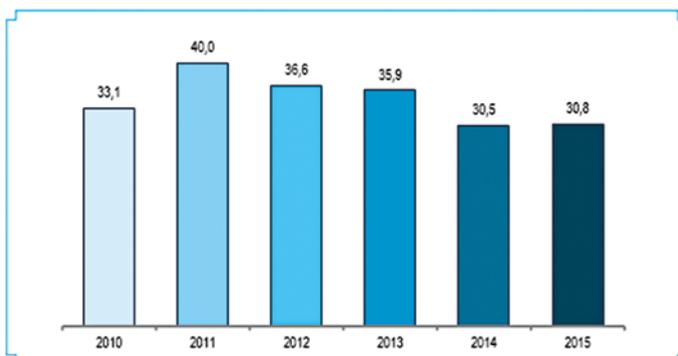
Figura 4. Lo anterior es corroborado por Balestena (2006:4) cuando anota que “el sistema penal es una línea de montaje que genera criminales del mismo modo que la persecución de brujas generaba brujas”.



Nota:  
- Población que reside en el área urbana

**Figura 1. Indicador de “victimización” por Departamento - Perú**

Fuente: INEI.



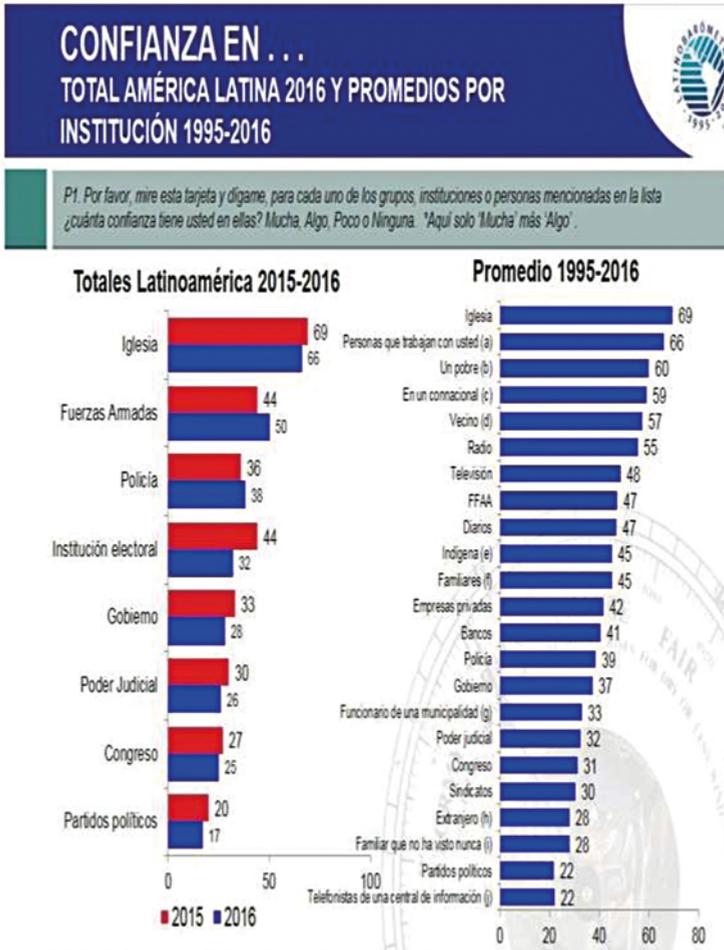
**Figura 2. Población víctima de hecho delictivo**

Fuente: INEI. ENPE 2010-2015



**Figura 3. Preocupación por ser víctima de algún delito**

Fuente: Latinobarómetro 2007-2016



**Figura 4. Confianza en instituciones**

Fuente: Latinobarómetro 2015.

El citado autor se refiere con esa expresión fabril al hecho de que las leyes y las agencias del sistema penal intervienen en los problemas reales de la población con distintos resultados, diferentes velocidades y disímiles decisiones inequitativas, pese a la vigencia formal del principio de igualdad ante la ley consagrado constitucionalmente a nivel nacional e internacionalmente en todos los documentos internacionales de derechos humanos. En otras palabras, actualmente, si bien en la mayoría de los países del orbe no existe la mal llamada pena de muerte, el sistema punitivo mata o tortura de otra manera, degradando, rebajando la dignidad a niveles infra humanos, estigmatizando a perpetuidad y etiquetando de por vida. El sistema penal configura una eterna promesa

incumplida, como señala Balestena (2006) desde que debe aplicarse implacablemente para prevenir y reducir la criminalidad, sin embargo, atiborrar las cárceles no hace que los crímenes disminuyan, por lo que no existe ninguna relación de causa a efecto allí, convirtiéndose entonces en un círculo vicioso que subsiste solamente por la incapacidad de la sociedad de reemplazarlo por otro.

## LA SENSACIÓN DE INSEGURIDAD

### Los medios de comunicación y la construcción de la cuestión criminal

Ante esta situación histórica, en la que permanentemente desde el poder se hace creer a la población que el crimen es anormal y el criminal un monstruo, contrariamente a lo señalado por Durkheim, para quien el crimen es un fenómeno absolutamente normal desde que la sociedad se basa en la teoría del conflicto y no en la teoría del consenso, por lo que siempre habrán conflictos intersubjetivos en los que si interviene la violencia se convierten en crímenes, además es necesario y útil porque su incremento constituye una señal de alerta de que las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales están mal; y el criminal es un sujeto común y corriente como cualquiera, que sin embargo desvía su conducta debido a una multiplicidad de factores, condiciones y causas criminógenas derivadas en primer término de su entorno y circunstancialidad socio económica y luego en características de índole biológica, educativa o axiológica, que declinan y se enervan merced a la fuerza con la que impactan contra él su propia realidad y contexto; actúan los medios de comunicación social para distorsionar el índice de criminalidad y alentar la sensación de inseguridad.

En efecto, los *mass media*, abjurando de su deontología profesional, sea la de los comunicadores sociales profesionales o la de los empresarios, que deben tener un compromiso con la sociedad en la que desarrollan su actividad, por un deber de responsabilidad social del que nadie puede eximirse. Quizás estimulados por la prohibición constitucional de la censura previa, proceden en el tratamiento de la noticia criminal con una obsesión compulsiva que mira atentamente al *rating* con avidez perversa y también, cómo no, atiende los dictados de los grupos de poder del nuevo orden mundial, que al amparo del neocapitalismo y las tecnologías de la información y de la comunicación, han iniciado un proceso de deshumanización a través de una nueva colonización ya no territorial sino mental. En este sentido es inaudito observar cómo se construye la cuestión criminal a partir de los medios de comunicación, con repetición de la misma noticia criminal varias veces al día hasta por más de siete días, con una dramatización cruenta para propiciar un efecto deseado, que es el miedo al crimen, lo que infla la sensación de inseguridad.

La auto regulación de los medios de comunicación no resulta, pues estos han perdido ya el norte ético de su actividad, pese a que el artículo 14 *in fine* de la Constitución Política del Perú, por ejemplo, dispone que “los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”. La propuesta es que coloquen un cintillo debajo de cada noticia indicando el índice porcentual oficial del delito a que se refiere la noticia, así como la fecha en que se emitió por primera vez la misma noticia, para que el consumidor pierda interés en la misma.

## **LA NORMALIZACIÓN DEL CRIMEN**

### **El complejo comercial del crimen**

Como no puede ser de otra manera, al darse a conocer a la opinión pública la cuestión criminal deformada, ha surgido y crecido junto a ello un ámbito industrial y comercial del crimen, constituido por un lado, por las empresas de seguridad, la fabricación y venta de artefactos y adminículos de seguridad, desde chalecos antibalas, armas, gas pimienta, arcos detectores de metal, varas eléctricas y una parafernalia *ad hoc* para ensimismar a la persona humana en la idea del crimen y su evitación como potencial víctima. Pero desde adentro de los establecimientos penales también existe otro espacio comercial, relacionado con el ingreso clandestino de toda suerte de artículos y bienes fungibles y no fungibles, que pueden ser anti reglamentarios o que buscan suplir el incumplimiento del Estado de dotar a los internos de condiciones dignas en el establecimiento penal. Ambas situaciones se han establecido normalmente en la vida social.

En ese sentido, se han adoptado, además, una serie de medidas gerenciales tanto públicas como privadas que buscan únicamente reducir las ocasiones temporal espaciales, dejando subsistentes sin embargo los factores y condiciones criminógenas. Así, los gobiernos locales disponen instalar video cámaras en cada poste de alumbrado eléctrico, se refuerza el servicio de serenazgo y se construyen salas de monitoreo y observación de la vida social. En el ámbito de las empresas privadas, además de la construcción de instalaciones y locales verdaderamente fortificadas e inexpugnables, se somete al ciudadano que acude a ellas a un interrogatorio, registro personal y revisión de pertenencias, que lesiona la dignidad y el decoro.

Sin embargo, a todo esto la población se ha acostumbrado y mentalizado el crimen en la sociedad, permitiendo que las medidas administrativas y gerenciales atenten contra su libre desarrollo de la personalidad, pues si sales a pasear de noche por un parque o te detienes a contemplar el

paisaje o estás conduciendo tu vehículo reglamentariamente o ingresas a una *sex shop*, por decir algo, puedes ser intervenido por los agentes de control social bajo cualquier sospecha, con lo que la presunción de inocencia, que es un principio constitucional, ha cedido el paso a una irregular presunción de sospecha, ante la cual el ciudadano puede mostrar su mortificación o responder a la provocación de la policía y ser detenido y conducido mediante métodos violentos a la comisaría, dando inicio a un proceso en el cual la primera puerta que se deja entreabierta para que intentes salir es la corrupción. Años de ejercicio profesional penal me permiten escribir con conocimiento de causa.

El crimen se ha vuelto normal en la sociedad, pero no de acuerdo con la concepción de Durkheim, sino en el sentido de que se ha perfilado como un acto reflejo, maniático, demencial, como anota Ríos, Gino en el sentido que es una situación de depresión invertida, de una intensificación de los pensamientos y las emociones, en donde todo es más fuerte, más vivo, más intenso, incluyendo el dolor moral o la tristeza. Y es que como señala el mismo autor, los síntomas más típicos de la manía suelen ser la excitación y exaltación, sentidas como presiones internas; la irritabilidad, mayor reactividad y tendencia a ponerse fácilmente colérico; la disminución del pudor y la pérdida de inhibición, teniendo en cuenta que la persona en estado normal no habría deseado tener ese tipo de comportamiento.

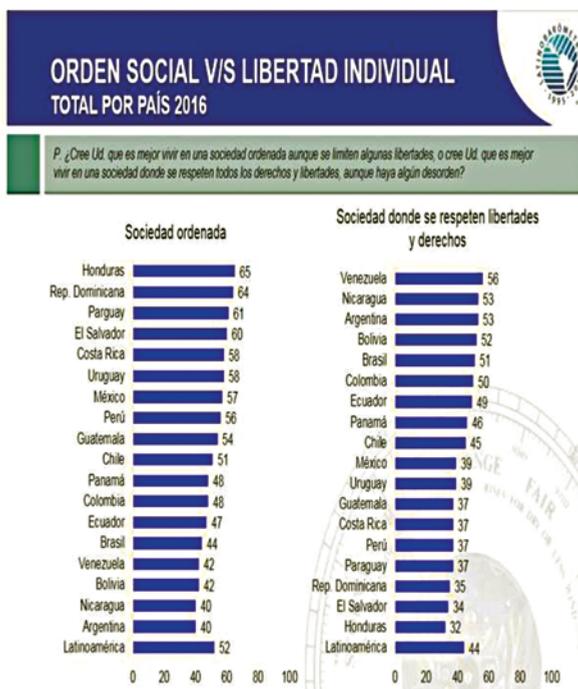
En esta atmósfera el miedo y la agresión defensiva están reforzados y afectan la formación del nuevo pensamiento sobre el crimen que es básico para diseñar las políticas públicas de seguridad, cambiando los patrones y conductas, en la forma de pensar, sentir y hablar, en los valores, prioridades, educación de los hijos y consejos a los amigos. En otras palabras, asistimos a la irrupción de un nuevo orden cultural y social por efecto de la criminalidad, que expresa la manía del crimen, la cual se revela en la alta tasa delictiva que es vista como normal; una sujeción emocional de atracción morbosa, miedo e impotencia hacia los temas criminales; la politización del crimen y su presentación emocional; el quehacer informativo de los medios de comunicación es en torno a la cuestión criminal; y el sistema punitivo es conocido como ineficiente, ineficaz y selectivo.

Ya se ha dado una colocación de la sociedad para convivir con este fenómeno, sin ocultar sin embargo una gran frustración, turbación y sensibilidad indefinida, que pone el acento en la represión. Estos síntomas nocivos que la sociedad tiene de sí misma perturban el carácter y la identidad social, que encadena a los miembros de la comunidad en un círculo vicioso hacia una menor autonomía y dinámica. Piden más dureza como se muestra en las figuras 5 y 6.



**Figura 5. Exigencia a los gobiernos de imponer “mano dura”**

Fuente: Latinobarómetro 2016



**Figura 6. Orden social vs Libertad individual - Latinoamérica**

Fuente: Latinobarómetro 2016

## EL POPULISMO PENAL

### La sobre criminalización

Cabe preguntarnos si actualmente, como lo fue en la antigüedad, el castigo es racional, si es racional en la praxis cotidiana y no solo en el discurso penal, si es racional para todos, si es racional en el fondo y la forma. El Estado en ejercicio de su soberanía detenta el poder de criminalización, en virtud del cual define la conducta criminal; asigna o rotula al ciudadano que él considera criminal; y ejecuta la pena. Para la criminología crítica el ejercicio abusivo, selectivo y discriminador de este poder es lo que crea el crimen y los criminales.

En ese sentido, sobre criminalizar resulta un ejercicio desmedido e irrazonable de dicho poder, creando delitos en demasía o sobrepasando el marco jurídico de la norma, conllevando asimismo una hipertrofia de las sanciones penales, lo cual origina únicamente un empleo meramente aparatoso y simbólico de su poder punitivo, que se retuerce impotente para contribuir a dar solución al problema de la criminalidad y busca demagógicamente atender el clamor popular que él mismo y los medios de comunicación alientan y fomentan. La consigna es ser duros contra el crimen, cuando se debería ser duro contra las causas del crimen. La comparación de la cantidad de delitos creados en los últimos años se puede apreciar en el Cuadro 1.

NUEVOS DELITOS	
DELITO	FECHA DE CREACIÓN
<b>Art. 108 B:</b> Femicidio	Artículo incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 30068, publicada el <b>18 julio 2013</b> .
<b>Art. 108 C:</b> Sicariato	Artículo incorporado por el artículo 1 del Derecho Legislativo N° 1181, publicado el <b>27 de julio 2015</b> .
<b>Art. 307-A:</b> Delito de Minería Ilegal	Artículo incorporado por el artículo 1 del Derecho Legislativo N° 1102, publicado el <b>29 febrero 2012</b> .
<b>Art. 397-A:</b> Cohecho activo transnacional	Artículo 397 modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el <b>26 noviembre 2013</b> . <b>Antecedente:</b> Artículo incorporado por el artículo 1 de la ley N° 29316 publicada el 14/1/2009
<b>Art. 206 A:</b> Abandono y maltrato animal	Artículo incorporado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30407, publicada el <b>08 enero 2016</b> .

**Cuadro 1. Creación de nuevos delitos**

Fuente: Elaboración propia

## La neo criminalización

Dentro del esquema de exceso de penalismo, denomino neo criminalización al ejercicio del poder punitivo para crear nuevos delitos afectando el carácter de *última ratio* del derecho penal, originando una administrativización de éste. Esta figura la utiliza el Estado cuando pretende sofocar, por ejemplo, conflictos socio políticos, que han fracasado en el diálogo previo por la incapacidad del Estado de deliberar y concertar con las comunidades y poblaciones. Como era de preverse, ninguna de estas nuevas medidas punitivas ha dado los resultados preventivos esperados.

En nuestros tiempos y en nuestra región han aparecido nuevas leyes de emergencia relacionadas con procedimientos y tratamientos diferenciales en materia garantista para hacer frente a ciertos delitos, con una clara y fuerte inclinación a la introducción de nuevos tipos penales, el agravamiento de los existentes, un dilatado adelantamiento de la barrera de punibilidad, penas desproporcionadamente altas, y relativización o eliminación de garantías; lo cual está aparejado al fenómeno de la globalización y la revolución de las tecnologías de la información y la comunicación, cuyas características ponen de manifiesto la instauración de un discurso único autoritario y antiliberal, que promueve el ejercicio de un altamente violento, implacable y dominante poder punitivo. Podemos vincular el concepto de Silva (2006) referido a la expansión del derecho penal caracterizado por una generalizada agravación de las penas y por una tendencia creciente a utilizar el ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales, como el fenómeno de la neo criminalización, a diferencia de su antiguo y tradicional papel preventivo de riesgos individuales.

Semejante extensión del sistema penal no solo es de carácter legislativo, sino también procedimental u operativo, como lo demuestra, a decir de Wacquant (2000:32), “la política de tolerancia cero, nacida y criada en Nueva York, como instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta”. Entonces, cabe preguntarnos si la neo criminalización y sus expresiones, como la del derecho penal del enemigo, constituyen un retorno a la Edad Media, en cuanto a la negación de garantías. Zaffaroni (2006:17) señala con acierto que la historia enseña que los conflictos que no terminaron en genocidio se solucionaron por la negociación, pero la globalización, debilitó el poder de decisión de los estados nacionales, por lo que las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna limitándose al ejercicio del poder de señalar al enemigo para destruirlo. Muestro en los cuadros 2 y 3, los crímenes que se han tipificado dentro de la órbita de la neo criminalización y el derecho penal del enemigo.

De lo anterior, se desprende inconcusamente que en un Estado democrático y de derecho, la seguridad sin las demás condiciones vitales es una utopía.

### La desproporcionalidad de las penas

Este es otro de los aspectos de la neo criminalización, que afecta un antiguo y esencial principio penal. La proporcionalidad entre penas y delitos exige una equivalencia valorativa para que la pena sea apropiada o conforme al acto. No es posible racionalmente escapar de este criterio técnico al momento de determinar una pena, y atender a específicos contextos o coyunturas sociales o políticas de demagogia punitiva, sin afectar la proporcionalidad y ocasionando que infracciones menores tengan penas duras comparables a los crímenes más graves y viceversa. La proporcionalidad debe ser medida considerando el fin de la protección de la norma y los demás fines legítimos que se pretende conseguir con ella, en otras palabras, la proporcionalidad debe ser conforme a la finalidad de tutela.

Pero claro, nada de esto ocurre hoy en día producto de la neo criminalización. Muestro en el Cuadro 3, algunos casos de desproporcionalidad de penas.

DELITO
Lavado de activos - Decreto Legislativo N° 27765 de <b>21 julio 2007</b> .
Art. 274: Conducción en estado de ebriedad o drogadicción - Ley N° 29439 de <b>19 noviembre 2009</b>
Título XII -Capítulo III- Sección II: Tráfico ilícito de drogas - Decreto Legislativo N° 1241 de <b>25 de setiembre 2015</b>
Art. 317: Asociación ilícita - Decreto Legislativo N° 1181 de <b>27 julio 2015</b>
Art. 317-A: Marcaje - Ley N° 30076 de <b>19 agosto 2013</b>

### Cuadro 2. Delitos que adelantan las barreras de punibilidad

Fuente: Elaboración propia

## DESPropORCIONALIDAD DE PENAS

<b>Art. 206- A: Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres</b> <b>Pena: No mayor de 3 años / 100-180 días multa / inhabilitación</b> <b>Agravante (caso de muerte del animal): 3 a 5 años/ 150-300 días multa / inhabilitación</b>
<b>COMPARACION</b>
<b>Art. 111: Homicidio Culposo</b> <b>Pena: No mayor a 2 años de Pena Privativa de Libertad (PPL)</b> 52 a 104 jornadas de prestación de servicios <b>Ante inobservancias a regla de profesión: PPL de 1 a 4 años</b>
<b>Art. 112: Homicidio piadoso</b> <b>Pena: No mayor de 3 años</b>
<b>Art. 113: Instigación al suicidio</b> <b>Pena: 1 a 4 años. Móvil egoísta: No menor de 2 ni mayor de 5 años.</b>
<b>Art. 114: Auto aborto</b> <b>Pena: No mayor a 2 años</b> 52-104 prestación de servicios
<b>Art. 115: Aborto consentido</b> <b>Pena: de 1 a 4 años</b>
<b>Art. 116: Aborto no consentido</b> <b>Pena: de 3 a 5 años</b>
<b>Art. 118: Aborto preterintencional</b> <b>Pena: no mayor de 2 años</b> 52 a 104 jornadas de servicio comunitario
<b>Art. 109: Homicidio por emoción violenta</b> <b>Pena: de 3 a 5 años</b>
<b>Art. 110: Infanticidio</b> <b>Pena: de 1 a 4 años</b>
<b>Art. 124: Lesiones culposas</b> <b>Pena: no mayor de 1 año</b> 70 a 120 días multa
<b>Art. 368: Resistencia o desobediencia a la autoridad</b> <b>Pena: 6 meses - 2 años</b>
<b>Art. 385: Patrocinio ilegal</b> <b>Pena: No más de 2 años</b>
<b>Art. 365: Violencia contra la autoridad para obligarle a algo</b> <b>Pena: No mayor de 2 años</b>
<b>Art. 385: Patrocinio ilegal</b> <b>Pena: No más de 2 años</b>
<b>Art. 402: Denuncia Calumniosa</b> <b>Pena: No mayor de 3 años</b>
<b>Art. 407: Omisión de denuncia</b> <b>Pena: No mayor de 2 años</b>

**Cuadro 3. Desproporcionalidad de las penas**

Fuente: Elaboración propia

### **El proceso inmediato por delito flagrante: una *justicia express***

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2°, inciso 24 literal f. que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La flagrancia originalmente considerada era, como su nombre lo indica, lo que llama la atención de los sentidos, lo que se puede apreciar claramente en el mismo momento de su ejecución.

En la actualidad, la Ley N° 29569 determina que existe flagrancia no solo cuando el agente es descubierto en la realización del hecho punible, sino también cuando el agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto; cuando el agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible; y cuando el agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Como se puede apreciar, el concepto original de flagrancia ha quedado desnaturalizado por las novedosas acepciones de la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta, sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tratándose de una norma sancionadora o prohibitiva, su interpretación debe ser necesariamente restrictiva, a fin de no afectar derechos fundamentales como el de la libertad ambulatoria, la inviolabilidad de domicilio, al honor, entre otros.

El proceso inmediato por delito flagrante al eliminar la etapa intermedia del proceso penal, para pasar directamente de la investigación preliminar a la etapa del juicio oral, es sumarisimo. El artículo 446° del nuevo Código Procesal Penal, dispone que puede realizarse, entre otras causales, cuando el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito. Aquí surge el problema, pues habiéndose desnaturalizado el concepto legal de flagrancia y tratándose de un proceso que se desarrolla en cinco días, el riesgo de la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como al debido proceso, al derecho de defensa, a actuar y controlar medios probatorios, entre otros, es altísimo, más aún si se tiene en cuenta que la policía es la autoridad que concentra el mayor poder punitivo por su inmediatez a los hechos y que el Fiscal dirige la investigación pero ello no significa que esté presente en los hechos en los que interviene la policía en caso de flagrancia. En el Cuadro 4, se

muestra la cantidad de personas que han sido condenadas con este tipo de proceso por flagrancia.

<b>Lima, 4 de julio de 2016</b> <b>En siete meses de funcionamiento de los juzgados de flagrancia</b> <b>PODER JUDICIAL PROCESÓ A MÁS 30 MIL POR FLAGRANCIA DELICTIVA</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• El 15.05% de procesados fue por robo y hurto, lo que demuestra la importancia de estos órganos en la lucha contra la delincuencia</li> <li>• El Poder Judicial procesó a un total de 30,116 personas a través de los juzgados de flagrancia, en los siete meses de funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales creados con el objetivo de impartir una justicia más célere y eficaz en casos de delincuencia común, omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad.</li> <li>• En dicho período comprendido entre el 30 de noviembre de 2015 (cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1194) al 30 de junio último, los órganos de flagrancia del país realizaron 28,420 procesos, de los cuales más del 50 por ciento ha concluido.</li> <li>• Al 15.05% de procesados en flagrancia se le atribuyó delitos de hurto (2,874) y de robo (1,658), lo cual demuestra la importancia y eficacia de los juzgados de flagrancia en la lucha contra la delincuencia común.</li> <li>• Asimismo, se procesó a 13,915 por omisión a la asistencia familiar (46.20%) y a 8,244 por conducción en estado de ebriedad (27.37%), lo cual ha contribuido a la reducción de la carga procesal penal, constituida principalmente por causas relacionadas a los mencionados delitos.</li> <li>• Pese a su difusión mediática, el número de procesados por violencia y resistencia a la autoridad asciende solo a 470 personas (1.56%), según el reporte de la Coordinación Nacional de Flagrancia del Poder Judicial.</li> <li>• En el propósito de agilizar la administración de justicia, la gestión del presidente del Poder Judicial, doctor Víctor Ticona Postigo, impulsa los juzgados de flagrancia en todo el país, los cuales resuelven en solo horas o días lo que en la vía ordinaria se prolonga por meses, y en estricto respeto del debido proceso y los derechos de las partes.</li> <li>• Con relación a los distritos judiciales con mayor número de procesos, Lambayeque figura en el período mencionado con 3,115 (10.96%), seguido de Ica (2,367), La Libertad (1,854), Piura (1,785) y Arequipa (1,465), del Santa (1,440), Lima (1,410), Huaura (1,322), Loreto (1,289) y Cusco (1,226).</li> </ul>
<p>Recuperado de:</p> <p><a href="https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2016/cs_n_pjprocesosporflagrancia_04072016">https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2016/cs_n_pjprocesosporflagrancia_04072016</a></p>

#### **CUADRO 4. Procesados por flagrancia**

### **CONCLUSIONES**

El índice de criminalidad en el Perú es elevado, lo cual se debe a que no existe una política criminológica que estudie los factores y causas criminógenas, tan solo existe una política penal represiva, que deja intactos los factores y causas estructurales de la criminalidad, de acuerdo con los

intereses de los grupos de poder, por lo que el sistema penal sigue cumpliendo un rol simbólico y funcional para el mantenimiento del *statu quo*.

No existe una política criminológica porque las universidades no forman criminólogos ni las secciones de posgrado especializan a los científicos sociales en esta importante ciencia social, lo que conlleva que la sociedad ni las autoridades conozcan la cuestión criminal desde la perspectiva holística que ofrece esta ciencia interdisciplinaria; por lo que el ponente considera que las universidades deberían establecer facultades y secciones de posgrado en criminología y política criminológica.

La sensación de inseguridad es mayor que el índice de criminalidad, lo cual se debe a la construcción de la cuestión criminal por los medios de comunicación, lo que crea un miedo y pánico sociales frente al crimen y la consiguiente normalización de éste en la sociedad, producto de lo cual se adoptan medidas gerenciales y administrativas para reducir ocasiones criminales únicamente desde un enfoque espacio temporal.

Las situaciones antes descritas se mantienen gracias a un populismo penal que proporciona a la población lo que ella misma clama, debido al condicionamiento que le provocan los medios de comunicación, la normatividad y la operatividad del sistema punitivo, esto es, más criminalización de conductas, menos garantías en los procesos penales, como el proceso inmediato, más dureza de las penas y más actuación violenta, selectiva y discriminadora de la policía y demás agencias de control penal.

La sociedad debe cambiar lo anterior, pues el Derecho es un producto cultural y la administración de justicia emana del pueblo, por ser una expresión soberana del poder, que también deriva de ella, teniendo en cuenta que una sociedad se define por la forma cómo conceptualiza la conducta criminal y cómo la castiga. Este cambio de actitud frente a la cuestión criminal debe ser precedido por una toma de conciencia basada en informar, formar y sensibilizar a la sociedad con la criminología, para que exija a los candidatos y gobernantes planes de gobierno en donde la política criminológica esté integrada en todos los sectores de la administración.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Balestena, Eduardo (2006) *La fábrica penal. Visión interdisciplinaria del sistema punitivo*. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires.

Congreso de la República del Perú (2015) *Constitución Política del Perú*” promulgada el 29 de diciembre de 1993. Edición oficial del Congreso de la República. Imprenta del Congreso de la República.

- Silva, Jesús (2006) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de F. Montevideo.
- Wacquant, Loic (2000) *Las cárceles de la miseria*, Editorial Manantial, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1989) *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. AFA Editores Importadores S. A. Lima, Perú.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006) *El enemigo en el Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires.
- Ríos, Gino, La manía del crimen en la sociedad, *Revista virtual del Centro de Estudios en Criminología*, edición 3. Recuperado de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_estudios\\_criminologia/revista/edicion\\_3/articulos\\_edicion\\_3.html](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_estudios_criminologia/revista/edicion_3/articulos_edicion_3.html)

# LA REPRODUCCIÓN GLOBAL DE LA INSEGURIDAD Y LA NECESIDAD DE REPENSAR LA DIMENSIÓN HUMANA DESDE UNA CRIMINOLOGÍA DEL SUR

Gino Ríos Patio

---

## RESUMEN

El paradigma de la seguridad global atraviesa una grave crisis que se refleja en la vida económica, política, social y cultural de los pueblos, que es más dramática en el sur global, el cual no sólo sufre la devastación de sus recursos naturales sino la disputa encarnizada de sus espacios comerciales como efecto de una geopolítica empresarial macro económica por parte de las corporaciones transnacionales, y que los estados, sobre todo los periféricos, no pueden superar porque se han replegado y dejado al libre mercado la regulación de la vida social, incluyendo el ejercicio del poder punitivo, sin posibilidad de adoptar políticas de responsabilidad y compromiso social en beneficio de los ciudadanos pertenecientes a los grupos carenciados y vulnerables, que perecen a causa de las insufribles condiciones de vida en las cuales tratan de subsistir, lo que constituye verdaderos crímenes de poder. Esta problemática genera conflictividad y violencia en los países, situación que desemboca en un incremento de la criminalidad y, por ende, de la inseguridad integral; escenario que exige replantear la dimensión humana de la política y del sistema económico neoliberal desde un enfoque criminológico de los países del sur global. Este oxímoron de la *seguridad insegura* de la post modernidad debe ser analizado a la luz de una epistemología de la violencia y la dominación, para ser deconstruido en pro de la vigencia efectiva de los derechos humanos y una convivencia pacífica.

## INTRODUCCIÓN

La sociedad se organiza política y jurídicamente bajo una determinada forma de Estado, según sea la relación que vincule a sus elementos entre sí, por ejemplo, si el poder -como elemento político- reconoce, respeta, promueve y hace efectiva la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, la forma de Estado será democrática; si por el contrario, niega y reprime el ejercicio de las libertades, garantías y derechos fundamentales, la forma de Estado será totalitaria; o si no los desconoce, pero los limita y restringe, será autoritaria.

En cualquiera de las formas que adopte, el Estado es administrado en sus diversos sectores por un gobierno, el cual debe tener el principal propósito de desarrollar su acción política para cumplir con los fines esenciales de aquel, como son, el bienestar general y la seguridad integral, ambos conforman el ideal del bien común.

De acuerdo con el Centro de Altos Estudios Nacionales (1998), el primero de estos fines consiste en una situación en la que las necesidades espirituales y materiales, individuales y colectivas del hombre, se satisfacen adecuada y oportunamente; la cual exige la configuración de un orden que posibilite y asegure a todos los que conforman la población, sin excepción alguna, su realización como persona humana. El grado y la forma como se satisfacen las necesidades colectivas determina la calidad de vida de la sociedad, lo cual se manifiesta en un orden social justo, plena igualdad de oportunidades, y poca diferencia entre los grados máximo y mínimo en el confort y el desarrollo cultural.

El segundo de los fines es una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, independencia, soberanía e intereses nacionales, así como la protección y tranquilidad de las personas frente a amenazas que atenten contra su vida, integridad, libertad, derechos y bienes, lo que supone la ausencia de temor de que todo ello sea atacado.

En esto último radica, precisamente, a la luz de cualquier ideología política, la interdependencia y complementariedad de ambos fines, pues el bienestar general exige un ambiente de seguridad y tranquilidad, que posibilite la realización de la persona humana, por lo que el Estado debe eliminar o neutralizar todas las amenazas o presiones que se opongan; mientras que la seguridad integral proporciona la protección y garantía para que se alcance el bienestar progresivamente y la acción política se desarrolle normalmente.

Para el logro de estos fines, el Estado debe actuar, obviamente, con soberanía, esto es, con plena autonomía en el ámbito interno y libre de toda subordinación en el ámbito externo, para que esta determinación suprema e incondicionada, le permita tener plena libertad de acción para organizarse política, social, económica y militarmente y emplear sus recursos en la forma más conveniente para el logro de sus fines.

Para la consecución de estos grandes propósitos del Estado, las vías metodológicas por las que debe transcurrir el proceso de la acción política son, respectivamente, el desarrollo y la defensa nacionales, las cuales giran en torno al empleo económico racional y armónico de los recursos actuales y latentes.

Esta teoría del Estado y de la acción política, sin embargo, estalló a partir de 1978, en que un proyecto económico, hegemónico y global, denominado neoliberalismo, se puso en marcha afirmando, como recuerda Harvey (2007), que el bienestar del ser humano se logra no restringiendo el desarrollo de sus capacidades y libertades empresariales, sino garantizando sus derechos de propiedad privada, sólidos mercados libres y libertad de comercio; razón por la cual el Estado debe limitarse a crear y mantener el orden jurídico apropiado para garantizar la calidad e integridad del dinero, así como el aseguramiento del correcto funcionamiento de los mercados, mediante las estructuras de poder que posee y el uso de la fuerza en caso sea necesario.

En concreto, el neoliberalismo sostiene que las libertades del hombre solo se consiguen a través de la libertad económica, que contiene la libertad de mercado y la de comercio, es decir, todas las libertades humanas supeditadas a la libertad económica. Una gran dosis de mercado, una menor de instituciones democráticas -si son meramente formales mejor- y un poco de Estado, son la combinación perfecta, según este proyecto hegemónico, para salvaguardar la paz, integración, bienestar y estabilidad.

En pleno apogeo neoliberal, sin embargo, se puede observar la paz, pero de los muertos, no de los vivos, pues estos han sido esclavizados a la producción y el consumo; la desintegración selectiva de los *otros*, aquellos que por su carencia de recursos para consumir no son funcionales al sistema y son excluidos; el bienestar de unos pocos privilegiados; y la estabilidad de un orden inicuo, arbitrario y violento. Y todo ello en Estados supuestamente formales y, en lo que constituye otro oxímoron, autoritariamente democráticos.

La idea de libertad plena del neoliberalismo no contiene, irónicamente, la libertad de las personas carenciadas y vulnerables para poder ejercer sus derechos fundamentales. Empero, como indefectiblemente no existe Estado en el que no se manifieste la coacción y la fuerza, el neoliberalismo se mantiene como expresión de una geopolítica de la violencia cotidiana que impone en todos los países, especialmente en los periféricos.

Esta aplicación imperativa se realiza, no únicamente, a través de la *financiarización* de todos los órdenes de la vida, incluyendo la vida cotidiana y común, en un ejercicio de geopolítica macroeconómica que se desarrolla por organismos creados después de la II Guerra Mundial, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco de Pagos Internacionales de Basilea, entre otros, así como por el empoderamiento económico financiero de las grandes corporaciones multinacionales.

De otro lado, se consigue mantener mediante el poder punitivo usado para controlar, dominar y someter a cualquier persona que, al sufrir las consecuencias de la exclusión social del sistema, se oponga, proteste, incomode, moleste y adopte comportamientos no conformes a través de vías de hecho situadas al margen de la ley, en lo que se ha venido en conocer como la criminalización de la protesta y la pobreza.

En este escenario global, la causa neoliberal crea crímenes y criminales, visibles e invisibles, pero únicamente los primeros sufren los rigores e inclemencias de un Estado ausente como aparato regulador de la economía, pero hipertrofiado en su poder punitivo, que se caracteriza por el expansionismo penal, la sobre criminalización, el hiper punitivismo, la ultra prisionización, la normalización y mediatización de la violencia, la banalización de la justicia y la quiebra y traición de los principios penales originarios que concibieron al derecho penal como el límite y control a la arbitrariedad del Estado, convirtiéndolo ahora en el instrumento quirúrgico social por excelencia para expulsar *hacia adentro* -encarcelando- al ciudadano pauperizado.

Pero, además, el proyecto neoliberal crea víctimas por millones, pues los ciudadanos situados en las franjas de pobreza y de pobreza extrema, no se sienten seguros al no tener trabajo digno, alimentación nutritiva, espacios habitacionales mínimos y adecuados, atención de salud y medicación para curarse, previsión social justa para su vejez, educación de calidad, tiempo y espacio suficiente para el esparcimiento sano, salubridad y demás derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, lo que constituye un genuino genocidio por goteo.

A este respecto, por ejemplo, en el Perú, la pandemia del COVID-19 ha causado la infección de 3.522.484 y la muerte de 210.907 ciudadanos al 6 de marzo de 2020, según Datosmacro.com que en su inmensa mayoría son de los grupos sociales más necesitados. Ha desnudado, al mismo tiempo, la imposibilidad material de estas personas de cumplir la disposición gubernamental de quedarse en casa -de lo contrario serían arrestados y el Ministerio Público los denunciaría por el delito de desobediencia a la autoridad- y lavarse las manos con agua y jabón, porque viven, si cabe el término, mejor dicho sobreviven, con su pareja y una prole numerosa, en una habitación de 10 metros cuadrados, que les sirve de cocina, dormitorio y baño, que carece del servicio de agua potable y desagüe, y que están insertados en una precaria economía informal que le exige salir diariamente a obtener ingresos económicos residuales, porque de lo contrario no podrían alimentarse, pagar la renta y sufragar

los gastos de lo mínimo indispensable que requieren para subsistir<sup>1</sup>; lo que Fitoussi y Rosanvallon (1997) denominan las desigualdades de la vida cotidiana, esto es, desigualdad en asuntos en los que se considera que todas las personas son iguales y, por ende, en la ilegitimidad de la desigualdad.

El problema antes descrito, fuerza es deducir, demanda la urgente necesidad de replantear y reivindicar a la persona humana desde una perspectiva criminológica crítica proveniente de los países del hemisferio sur en general y, en particular, de los países periféricos iberoamericanos, toda vez que la criminología como ciencia de la vida y de la liberación, permite comprender la cuestión criminal con una nueva epistemología sobre la criminalidad del poder punitivo y el verdadero crimen que implica el castigo en una sociedad de desiguales.

## **EL NEOLIBERALISMO Y SUS ELEMENTOS POTENCIADORES**

La hegemonía del neoliberalismo necesita de la globalización y la tecnología digital para mantenerse, tal como un edificio necesita de los cimientos.

La globalización, en el circuito neoliberal, es un proceso que estandariza a nivel mundial las condiciones de producción y consumo, lo que origina que las sociedades humanas se incorporen a un único y total mercado. Este paradigma del capitalismo más feroz fue avizorado antes de concluir la primera mitad del Siglo XIX por Marx y Engels (1848), quienes habían señalado lo siguiente:

En lugar de las antiguas necesidades, satisfechas con productos nacionales, surgen necesidades nuevas, que reclaman para satisfacción productos de los países más apartados y de los climas más diversos. En lugar del antiguo aislamiento, y de las regiones y naciones que se bastaban a sí mismas, se establece un intercambio universal, una interdependencia universal de las naciones. Y esto se refiere tanto a la producción material, como a la producción intelectual (...). Merced al rápido perfeccionamiento de los instrumentos de producción y al constante progreso de los medios de comunicación, la burguesía arrastra a la corriente de la civilización a todas las naciones. (Capítulo I, vigésimo párrafo).

---

1 Actualmente, en el país se emplea el enfoque conocido como pobreza monetaria, que sería reemplazado por el denominado pobreza multidimensional. Con la medición actual, al cierre del 2018 el 20,5% de peruanos vivía en situación de pobreza. Ver: <http://m.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/poverty/> y <https://www.lampadia.com/analisis/economia/pobreza-multidimensional-que-regiones-serian-las-mas-pobres-del-peru-con-nueva-medicion>

Estos mismos autores señalaron que “La gran industria creó el mercado mundial, ya preparado por el descubrimiento de América” (Capítulo I, décimo párrafo). Era una globalización para su época, como puede apreciarse a continuación:

Los mercados seguían dilatándose, las necesidades seguían creciendo, ya no bastaba tampoco la manufactura, el invento del vapor y la maquinaria vinieron a revolucionar el régimen industrial de producción. La manufactura cedió el puesto a la gran industria moderna y la clase media industrial hubo de dejar paso a los magnates de la industria, jefes de grandes ejércitos industriales, a los burgueses modernos” (Capítulo I, noveno párrafo); y la burguesía con el rápido perfeccionamiento de todos los medios de producción, con las facilidades increíbles de su red de comunicaciones, lleva la civilización hasta las naciones más salvajes. Obliga a todas las naciones a abrazar el régimen de producción de la burguesía o perecer; las obliga a implantar en su propio seno la llamada civilización, es decir, a hacerse burguesas. (Capítulo I, vigésimo primer párrafo).

Los mencionados pensadores vaticinaron así el advenimiento del capitalismo financiero en su cariz más brutal, al apuntar también lo siguiente:

La burguesía desgarró implacablemente los abigarrados lazos feudales que unían al hombre con sus superiores naturales y no dejó en pie más vínculo que el del interés escueto, el del dinero contante y sonante, que no tiene entrañas. Echó por encima del santo temor de Dios, de la devoción mística y piadosa, del ardor caballeresco y la tímida melancolía del buen burgués, el jarro de agua helada de sus cálculos egoístas. Enterró la dignidad personal bajo el dinero y redujo todas aquellas innumerables libertades escrituradas y bien adquiridas a una única libertad: la libertad ilimitada de comerciar. Sustituyó, para decirlo de una vez, un régimen de explotación, velado por los cendales de las ilusiones políticas y religiosas, por un régimen franco, descarado, directo, escueto, de explotación. La burguesía despojó de su halo de santidad a todo lo que antes se tenía por venerable y digno de piadoso acontecimiento. Convirtió en sus servidores asalariados al médico, al jurista, al poeta, al sacerdote, al hombre de ciencia. (Capítulo I, décimo cuarto y décimo quinto párrafos).

Se puede apreciar, entonces, que ni el neoliberalismo ni la globalización son novedad; asimismo se advierte que tienen un efecto disolvente con relación a los países periféricos y a su población pobre y pobre extrema, pues sus bases económicas, políticas, sociales y culturales tienden a desaparecer ante el impacto de dichas prácticas financieras y comerciales; que esconden y disimulan la dominación social del capitalismo financiero.

Así como la globalización es la vía que facilita el neoliberalismo, la tecnología informática y de telecomunicaciones electrónicas son el camino por el que transita y se muestra omnipresente la globalización, generando usuarios y productos universales, pues como anota Ornelas, R. (2002) la demanda de bienes de consumo obedece a criterios económicos y culturales, tales como, la masiva comunicación digital y la estimulación del sistema educativo hacia la tecnología computacional.

Si bien la importancia de la economía siempre ha estado presente en la vida humana, actualmente ha ocupado un lugar hegemónico con el neoliberalismo, la globalización y la tecnología digital, por la coerción y formación de consenso que logra debido a su influencia totalizadora en las personas.

La realidad demuestra, no obstante, que el neoliberalismo pese al apoyo de la globalización y la tecnología digital, no han podido lograr una nueva organización social que apunte al desarrollo equilibrado y equitativo de la humanidad, ni al cabal ejercicio de todos los derechos y libertades humanas. Por el contrario, como apuntan Villanueva, J. y Bustamante (2009), todo el mundo conectado económica, cultural y digitalmente, no es desarrollado ni próspero en la misma dimensión global, pues existe un apogeo y prosperidad económica de minorías y al lado una pauperización, degradación y exclusión de las mayorías, así como sobre explotación y afectación del medio ambiente.

El resultado de este proyecto hegemónico es un mundo polarizado, en función del dinero, entre unos pocos incluidos y muchos excluidos. Se trata, entonces, de una neo colonización ideológica que, como las antiguas, somete, domina y castiga. Al efecto, González Casanova (1998) señala:

La globalización es un proceso de dominación y apropiación del mundo. Dominación tanto de estados como de mercados, de sociedades como de pueblos, que se ejerce en términos político-militares, financiero-tecnológicos y socioculturales. El proceso de apropiación de recursos naturales, de riquezas y del excedente producido se realiza de una manera especial, en que el desarrollo tecnológico y científico más avanzado se combina con formas muy antiguas, incluso de origen animal, de depredación, reparto y parasitismo, que hoy aparecen como fenómenos de privatización, desnacionalización, desregulación, con transferencias, subsidios, exenciones, concesiones, y su revés, hecho de privaciones, marginaciones, exclusiones, depauperaciones que facilitan procesos macro sociales de explotación de trabajadores y artesanos, hombres y mujeres, niños y niñas. (p. 11)

En el mismo sentido, Hirsch (1996) la define como un proyecto capitalista y una estrategia política de neocolonialismo global del mercado.

De este tipo de consideraciones, se deriva fácilmente que el sistema neoliberal apoyado en la globalización y la tecnología digital no crea las condiciones necesarias para que toda la población acceda a una calidad de vida digna, pues genera desigualdad, marginalidad y exclusión económica, social y política, al caracterizar el desarrollo como crecimiento económico, pero no como distribución equitativa de la riqueza<sup>2</sup>.

Las infra condiciones de vida de millones de personas en todos los países, son los daños colaterales del neoliberalismo, de acuerdo con Bauman (2011), es decir, los efectos negativos de una política de consumo exacerbada, que no toma en cuenta a las personas en desventaja social por su pobreza, las cuales son ignoradas y castigadas por el Estado al tener que optar por comportamientos ilegales, a fin de proveerse de los recursos que no les es posible generar por las vías formales y regulares al no tener acceso a ellas.

En la globalización neoliberal, el ciudadano pobre es calificado como extraño o como el otro, porque está excluido de la sociedad, cada vez más dividida y separada, inclusive por muros físicos, y no se le conoce; lo que encierra un problema político axiológico surrealista, ya que la desigualdad resulta irracional por donde se le mire.

Esa etiqueta, además, viene acompañada de una cualidad ignominiosa colgada a su imagen pública, que es la de criminal, lo cual está vinculado al paradigma de la seguridad anexo al neoliberalismo, que se entiende como control, dominación y sumisión de la población para que, precisamente, los extraños no mortifiquen, se opongan ni incomoden el proceso neoliberal, de ahí que permanecen invisibles para la lógica capitalista y cuando pretenden hacerse tangibles por los comportamientos no deseados, entonces se pasa a reprimirlos cruelmente mediante el poder punitivo del Estado.

---

2 Según el Informe bienal del Banco Mundial "Poverty and Shared Prosperity 2018: Piecing Together the Poverty Puzzle", casi la mitad de la población mundial, es decir, 3400 millones de personas, aún tiene grandes dificultades para satisfacer necesidades básicas. Vivir con menos de USD 3,20 al día refleja las líneas de pobreza en los países de ingreso mediano bajo, mientras que USD 5,50 al día representan el parámetro en los países de ingreso mediano alto. Ver: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30418/9781464813306.pdf>

### LA EXCLUSIÓN SOCIAL<sup>3</sup>, EL CONFLICTO Y LA CRIMINALIDAD

La globalización desvanece las fronteras, evapora las identidades nacionales y suprime certezas en la interacción social. Es difícil comprender que la combinación de individuos étnicamente heterogéneos, pero culturalmente homogéneos en el consumo de bienes, estilos de vida y representaciones simbólicas, no cause problemas para configurar un orden social, más aún si de por medio está la división económica producida por el neoliberalismo. La ambivalencia neoliberal muestra lo heterogéneo globalizado a la dimensión de una aldea y lo homogéneo diferenciado por la desigualdad causada por el sistema económico excluyente. En otras palabras, como acota Berman (1988) se trata de “una unidad paradójica, la unidad de la desunión” (p.1)<sup>4</sup>.

Esta situación crea inseguridad porque el individuo se percibe rodeado de extraños y, al mismo tiempo, siente ansiedad por no saber a quién brindar su confianza ni saber por qué no merece la confianza del otro. Hay un completo anonimato virtual y una absoluta ajenidad real, cuando lo que la humanidad necesita es generar y mantener relaciones de alteridad y actitudes de empatía. El mundo se ha convertido en un espacio abierto pero el hombre se ha transformado, en lo social, en un individuo hermético y ensimismado, automatizado e irreflexivo, individualista y egocéntrico, insolidario y no cooperante. La realidad como continente de todo cuanto ocurre y existe en la vida, así como el mundo, sustrato material de la realidad, se ha convertido en un escenario y un espacio altamente criminógenos. Y el hombre en un ser conflictivo, debido a que pretende imponer sus intereses de una manera auto referencial, sin consideración de nada ni de nadie.

---

3 Según el informe Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI: Primera década, publicado por el Banco Mundial, en todo el mundo existen actualmente unos 370 millones de indígenas, que representan alrededor del 5% de la población mundial y viven en más de 90 países, pero constituyen al menos el 15% de la población extremadamente pobre del mundo y un tercio de los pobres rurales. Casi la mitad de la población indígena de América Latina vive actualmente en zonas urbanas. Los pueblos indígenas enfrentan presiones específicas, como el hecho de pertenecer a los sectores más pobres y más marginalizados de sus sociedades. Ver: <https://blogs.worldbank.org/es/voices/datos-mundiales-demuestran-la-pobreza-y-la-exclusion-que-sufren-los-pueblos-indigenas>

4 Según el Banco mundial, en los últimos 40 años, las diferencias entre los 20 países más ricos y los 20 más pobres del mundo, se han acentuado. Como señalan Sen y Kliksberg (2007, pp. 8), “el 10% más rico tiene el 85 % del capital mundial, la mitad de toda la población del planeta solo el 1%”. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) explica que la pobreza no se define exclusivamente en términos económicos, también significa malnutrición, reducción de la esperanza de vida, falta de acceso a agua potable y condiciones de salubridad, enfermedades, analfabetismo, imposibilidad de acceder a la escuela, a la cultura, a la asistencia sanitaria, al crédito o a ciertos bienes. Es ante todo falta de libertad para llevar adelante los planes de vida que una persona tiene. Ver: <https://www.oei.es/historico/decada/accion.php?accion=6>

En un panorama así, la sociedad no se cohesionan, antes bien, se disgrega indefectiblemente. Ralf Dahrendorf, citado por Lechner (2005) señala al respecto:

Es difícil indicar cuál es el punto en el cual las desigualdades, en especial las de ingresos, destruyen la solidaridad en una sociedad. Pero es seguro, que ninguna sociedad puede permitirse excluir a un número importante de personas. En las modernas sociedades de ciudadanos tal exclusión significa la negación práctica de valores sociales fundamentales. Ello implica que tal sociedad ya no puede exigir de manera convincente que sus miembros se atengan a las reglas de ley y orden. La ruptura de ley y orden resulta pues del hecho de que la mayoría desplaza e ignora a la minoría (p.49).

La fractura social, en el neoliberalismo, es estructural debido al retraimiento de la acción del Estado en los programas sociales, lo cual origina a su vez una apatía de los ciudadanos por la cosa pública y los problemas comunes.

De lo anteriormente enunciado descende que, siendo la situación actual asaz conflictiva, la violencia -física o moral- acompaña la decisión individual de imponerse al otro, con lo cual estamos frente a la criminalidad en toda su amplitud.

El neoliberalismo crea exclusión social, por lo que siembra conflictividad, violencia, criminalidad e inseguridad, como resultante de un tejido desarticulado de vinculación social, que se da en el nivel estructural, institucional, comportamental y discursivo, como señala Paternain (2007) quien, citando a Galtung, anota que la violencia que no es personal está impresa en la estructura. Es personal cuando un marido golpea a su mujer, por ejemplo. Cuando muchos maridos mantienen a sus mujeres en la ignorancia, es violencia estructural. De la misma forma, cuando la esperanza de vida de las clases superiores duplica la de las inferiores, hay violencia, aunque no haya actores concretos a los que se pueda señalar como atacantes de otras personas. La violencia, la criminalidad y la inseguridad no son autónomas, se explican en función de un proceso relacional dentro de una estructura. En ese sentido, no son irracionales, contingentes ni fortuitas.

De acuerdo con Paternain (2007), toda crisis es inseparable de la percepción de quien la padece, razón por la cual, no hay institución vinculada con la violencia y la criminalidad que no esté sumida en una honda crisis de credibilidad y legitimidad. Por otro lado, en el aspecto comportamental, la conducta delictiva se aprende como cualquier otra mediante los procesos de socialización. Y en el aspecto discursivo, lo simbólico es fundamental en la vida social, pues funciona como un guion estructurado.

## Las causas del crimen

El hombre es un ser bio, psico, espiritual encarnado en un organismo material de aparatos, sistemas y órganos. El cerebro humano regula y conserva las funciones vitales del organismo, tanto las físicas cuanto las mentales, por ser el órgano rector del sistema nervioso central. De esto se colige que toda acción conductual del hombre se origina en el cerebro. Este sería la causa material de la conducta humana, pues el pensamiento y el movimiento nacen allí.

Sin embargo, el cerebro recibe estímulos provenientes de la genética y del ambiente. La conducta se produce por la interacción de un factor interno como la genética y de un factor externo como el ambiente, desde la herencia y el metabolismo hasta la alimentación, el estrés, las relaciones sociales y los procesos de motivación, emoción y aprendizaje, están presentes en el comportamiento. Por sí solas ninguna de ellas causa conducta. Dicha interacción vendría a ser la causa eficiente de la conducta, pues resulta siendo aquello que hace que se desarrolle la conducta, desde su ideación hasta su consumación. Esto explica suficientemente por qué no existe un criminal nato, como lo sostuvo Lombroso (1897), teoría que tuvo numerosos adeptos durante mucho tiempo.

En la realidad, que no es igual para todos, el hombre en función de su cuota de libertad y del factor temporal, actúa voluntariamente; elige unas cosas y no otras; y acciona para lograr sus objetivos y fines, que son variables pero concretos y específicos, y constituyen el aliciente de su conducta. Todo el mundo, en consecuencia, actúa movido por un interés, signado por la satisfacción de una necesidad de cualquier tipo, la cual es universal. Cuando alguien actúa es porque quiere alcanzar algo para superar una necesidad, aspiración o deseo de cualquier índole. En otras palabras, el acto humano busca satisfacción de manera especulativa porque en lo que venga después hay incertidumbre. Esto es una explicación lógica de la conducta humana. Por ello, la conducta humana puede variar de acuerdo con el fin que se persiga. Así, el hombre cambia su escala de valores o su realidad personal y cambian sus fines, ergo, su conducta también variará.

De acuerdo con Mises (2011), la acción humana es reflexiva e intencional, intenta conseguir fines y objetivos concretos y específicos, pero al mismo tiempo es una reacción consciente del *ego* ante las inducciones, los contextos y entornos del ambiente. Busca suplir una situación menos grata y placentera de cosas por otra mejor, a través de la disposición y ejecución de medios para alcanzar dichos fines.

Pero ocurre que los bienes son insuficientes y exiguos para satisfacer las necesidades que, en un sistema económico neoliberal, se incrementan

vertiginosamente por factores como la globalización y la tecnología digital que exacerban el consumismo irrefrenable de cosas innecesarias, el exitismo material que valora a las personas por su dinero y/o patrimonio, el facilismo que espera obtener lo más que se pueda en poco tiempo y el individualismo narcisista que se apasiona con un falso culto a los bienes materiales obtenidos; todo lo cual es explotado por el neoliberalismo.

Además, como sostenía Merton, citado por López Fernández (2009), “el desajuste entre los fines que una sociedad establece como ideales y los medios que proporciona a sus miembros para alcanzarlos, da lugar a la conducta divergente” (p.138). Agrega que, como consecuencia de la descomposición de la estructura cultural debido al cambio de la sociedad, lo que comprende las variables socioeconómicas, los objetivos considerados legítimos y los medios también legítimos para lograrlos, se han desfasado, y algunos individuos se frustran ante esa situación, por lo que buscan alternativas para superar dicho trance, estableciendo nuevos medios, no consideradas legítimos, para alcanzar los establecidos por la sociedad.

En definitiva, desde su origen cerebral, la acción conductual humana es lógica y racional pues tiene un propósito consciente y deliberado, de utilizar determinados medios a su alcance para lograr fines específicos con los cuales satisfacer necesidades, aspiraciones o apetencias.

No es posible comprender algo y resolverlo hasta que no se conozca y entienda su causa o, lo que es lo mismo, por qué ocurre. Teniendo en cuenta que la realidad es inasible plenamente, y consecuentemente la verdad no es absoluta, aquello que decidimos asumir respecto a la naturaleza del hombre, tendrá consecuencias sociales, como lo señaló Heisemberg, citado por Barbado; Aizpiri; Cañones; Fernández; Goncalvez; Rodríguez; De la Serna; y Solla (s/f).

A este respecto, los estudios sobre la causa del crimen que han configurado las teorías criminológicas del siglo XIX, todas ellas positivistas, tuvieron consecuencias graves para la sociedad y la persona humana, pues a partir de ellas se construyó el paradigma etiológico y el delincuente nato, monstruoso y trastornado, enfermo y salvaje, sosteniéndose que la conducta criminal era anormal, patológica, por lo que el criminal era un enemigo al que debía eliminarse o encarcelarse por defensa social, es decir, lo malo de esa conducta humana era un atributo ontológico de su esencia; consecuentemente el mal estaba dentro de la persona que actuaba así y esa falsa creencia originó discriminación y exclusión social, al tiempo que justificó y legitimó la persecución de las agencias del sistema penal y la imposición de penas draconianas contra determinados grupos sociales elegidos por el poder para ser los destinatarios de la etiqueta de criminales. Era el paradigma de la seguridad de ese momento.

La historia de la cuestión criminal, según Anitua (2015), da cuenta de ello desde que en el siglo XIII el Estado monárquico absolutista monopolizó el poder de administrar justicia, distribuyendo castigos sin resolver el conflicto, reemplazando a la comunidad y confiscándole el conflicto a la propia víctima, que eran los que habían venido hasta entonces componiendo el conflicto mediante fórmulas auto compositivas restaurativas. Recuérdese que el Estado absolutista utilizó como discurso legitimador a la demonología, antecesora de la criminología, especializada en crear y exterminar brujas y herejes en el ámbito religioso, para luego especializarse en crear emergencia social y fabricar y eliminar enemigos en el ámbito político.

Por cierto, para la conservación del sistema de poder imperante, el monarca se unió primero con la iglesia y adoptó de ella la inquisición, un extraño y cruel método procesal para averiguar la verdad bajo un modelo pre determinado de culpabilidad e inocencia; y posteriormente, cuando tuvo necesidad de expandir su poder y conquistar nuevos territorios, se alió con la burguesía comercial para recibir su dinero, que le permitiría sufragar los ingentes gastos que el interés de expandir sus territorios allende los mares mediante campañas exploradoras, conquistadoras y colonizadoras y el lujo en bienes y ropaje le exigían, a cambio de seguridad, por lo que el poder económico de este aliado influenciaba fuertemente en las normas que el rey dictaba. Tal parece, a juzgar por la historia, que la inclinación crematística del poder es una inclinación natural.

Desde entonces hasta la actualidad, en el ejercicio del poder de castigar el Estado ha tenido una unánime predilección por las personas vulnerables, carenciadas, insignificantes y sin poder, y eventualmente por personas que han perdido poder y/o son incómodas para el poder. La fábrica penal, como se puede denominar a la maquinaria estatal de castigar por medio del órgano encargado de administrar justicia en materia criminal, siempre ha construido una imagen *ad hoc* del hombre criminal, el enemigo, el otro, el extraño, el culpable de todos los males de la sociedad, para justificar el castigo que se le impone. Antes fueron los apóstatas y herejes, las mujeres, los gitanos, los judíos, los leprosos, los indígenas y, ahora, los carenciados, vulnerables y marginados, seres que al neoliberalismo se le antojan insignificantes y disfuncionales al sistema de consumo.

En la primera mitad del Siglo XX surge un nuevo enfoque de la cuestión criminal, que la entiende como el efecto de una socialización no conforme con las pautas y valores dominantes en la sociedad, algo así como que la conducta criminal se originaba por la influencia de subculturas, asociaciones diferenciales, pérdida de auto control disuasorio, deficiente control social informal, reacción social negativa, entre otras.

En la segunda mitad del Siglo XX aparece la criminología crítica que concibe la criminalidad como el resultado del ejercicio arbitrario del poder de criminalización del Estado; las coacciones ideológicas culturales relacionadas con el consumo; y de las escaseces materiales provocadas en el proceso de explotación capitalista y la ética individualista, que el Estado legitima atribuyendo sanciones penales en beneficio de intereses minoritarios, por lo que el derecho penal deviene en un instrumento coercitivo para mantener el orden socioeconómico existente.

Como se puede apreciar, la nueva criminología tiene una perspectiva macro sociológica, ya no bio psicológica, pues traslada la causa de la criminalidad del individuo hacia el control social, sobre todo el control formal, en el que se da el proceso de criminalización desde el Estado, por lo que desentraña la realidad de la conducta desviada a partir de su relación funcional (crímenes de poder, económicos, financieros, contra la administración pública, entre otros) o disfuncional (crímenes violentos, callejeros, entre otros).

Con el nuevo enfoque criminológico, la visión ya no se centra en la persona del infractor sino en las estructuras y entorno funcional de la conducta humana, así como en los dispositivos institucionales y sociales en los que se crea la criminalidad, por lo que ésta ya no es una cualidad ontológica de la conducta sino un estatus que se le atribuye desde el poder a ciertos individuos, para mantener el *statu quo*.

En efecto, como lo refiere Tonkonoff (2012), Foucault aseveró que las prácticas ilegales, los comportamientos prohibidos, se desarrollan en distintos sectores sociales y en diversos aspectos del funcionamiento del conjunto de la sociedad, es decir, se encuentran ampliamente dispersos por todo el conjunto social, pues conforman las relaciones de poder que tejen el cuerpo social y devengan altos beneficios económicos y políticos.

La criminología crítica al examinar las desiguales, injustas, discriminatorias, excluyentes y arbitrarias estructuras económicas, sociales, culturales y políticas, como causa de la criminalidad, reclama por un orden más justo y de respeto a la dignidad humana, razón por la cual, como apunta García-Pablos de Molina, A. (2016), la criminalidad pasa de ser concebida como un problema individual a ser un problema social, pues incumbe, involucra y compromete a todos.

Entonces, la causa eficiente de la criminalidad, esto es, aquello que hace que se produzca la conducta criminalidad, es la red estructural que desiguala a las personas desde el punto de vista social, económico, cultural y político. Dicha causa lo es por igual de los crímenes callejeros

como de los crímenes económicos, financieros, políticos, de corrupción, de poder, entre otros, de estos por exceso y de aquellos por defecto.

En el caso de los crímenes violentos, callejeros y visibles, el infractor actúa movido por la necesidad de satisfacer necesidades, básicas o superfluas, las primeras vitales y las segundas asignadas por el exagerado consumismo provocado por el sistema neoliberal a través de la globalización y la tecnología digital, para lo cual no dispone ni tiene a su alcance los medios adecuados que la sociedad ha establecido, por lo que decide voluntaria y libremente, aunque con la relatividad de la libertad condicionada neuro lingüísticamente, utilizar otros medios que son evidentemente marginales e ilegítimos.

En el caso de los crímenes invisibles, de corrupción, de poder, económicos, financieros, ambientales, entre otros, el infractor, que puede ser una persona natural o jurídica, una corporación transnacional, también actúa movido por el sistema neoliberal, pero no por necesidad, sino por exceso, es decir, por la codicia o por no salir del sistema, por mantenerse en él, por competitividad, que son necesidades, aspiraciones y deseos al igual que en el caso anterior, pero la diferencia está en que estas acciones son más lesivas porque dañan a un mayor número de personas indeterminadas y lo hacen más gravemente, como en el caso de la corrupción, sin embargo no aparecen en las estadísticas oficiales de criminalidad ni en los índices de prisionización, lo cual revela la selectividad y discriminación del sistema penal en favor de quienes ostentan poder económico.

Como se puede deducir, la causa final de la criminalidad, esto es, aquello que dirige el proceso de causación del crimen, es el sistema económico neoliberal que dirige el poder punitivo estatal, caracterizado por la supremacía de la libertad económica respecto a las demás libertades; la desprotección del trabajador en favor del capital privado; la compresión al mínimo del gasto público y el estímulo al movimiento de capitales; la protección de la inversión privada y la desestatificación de empresas estatales y servicios públicos. En otras palabras, menos Estado y, consecuentemente, cero políticas sociales, pero más castigo punitivo para los ciudadanos no funcionales al sistema, configurando así la versión rediviva del añejo paradigma de seguridad. En esta línea, por ejemplo, se criminalizan conductas como el maltrato animal, que podría sancionarse con una multa administrativa sin la intervención del sistema penal -no con una pena privativa de la libertad como se ha tipificado- sin embargo, se descriminaliza conductas más graves como el no pago de los beneficios sociales a un extrabajador, que sí demanda la intervención penal, aunque se sancione con una multa como pena.

## Epistemología política y económica de la violencia

Los efectos que ocasiona el neoliberalismo y sus elementos potenciadores, como son la globalización y la tecnología digital, a la persona humana, son altamente criminógenos.

En efecto, potenciado por una gran desigualdad de poder entre los Estados y la existencia de un orden planetario unipolar, con hegemonía política, cultural, económica y militar de un único país; y una pérdida de identificación de los países con la política y los sindicatos; el neoliberalismo ha originado en el ámbito cultural, una adhesión inconsciente de las personas con el orden burgués, caracterizada por rendir culto al consumo de mercancías innecesarias, como símbolo de estatus que otorga ostentosa y exagerada individualidad; una falsa sensación de bienestar y poderío individual; y la sensación de libertad que es una ilusión dado que el ser está encadenado al dinero.

En el ámbito social, de otro lado, hay una pérdida de identidad social y una apatía por la cultura, lo cual se ve dimensionado por el papel que cumplen los *mass media*, que tienden a sobre dimensionar el aspecto comercial, a través de los símbolos y la programación neuro lingüística para modificar los patrones de comportamiento hacia el consumo, para lo cual se crean incesantemente nuevas mercancías suntuarias que son ofertadas como necesarias de acuerdo al sector económico y social al que se dirigen, como señala Harvey, D. (1998), como consecuencia de lo cual todo se vuelve una mercancía, la educación, el arte, el trabajo y hasta la dignidad humana.

En la dimensión económica, la producción fabril y el consumo intensivo han sido cambiados por un patrón estructural de mercado, para aumentar la acumulación, desplazando al capitalismo que tenía como eje al Estado, como afirma Lash (1997), en el que el Estado asignaba y regulaba bienes y servicios públicos, para dar lugar a un capitalismo que tiene por eje al mercado, como asevera Cavarozzi (1997).

En el aspecto político, el neoliberalismo ha despolitizado la sociedad y generado una nueva forma sistémica de control y dominación, merced a la competitividad exacerbada y al apogeo del consumo de bienes prescindibles y descartables impuesto por el mercado para asumir que se es alguien, convirtiendo la máxima racionalista occidental *cogito ergo sum* -pienso porque soy- en el adagio posmoderno *habeo ergo sum* -tengo luego existo- que contribuye a la reproducción del capital y provoca un individualismo hedonista que suscita la despolitización irracional de la sociedad, una indiferencia con la política que hace que el ciudadano se refugie en lo privado; con lo cual se constituye una forma de control apolítica, sin presencia del poder del Estado, que es funcional

a la acumulación capitalista, haciendo cómodo el trabajo para infundir disciplina y sumisión.

En efecto, ante cualquier disconformidad, rebeldía, descontento o infracción, inmediatamente el poder económico tiene a su disposición el poder estatal de castigar penalmente, como siempre lo tuvo históricamente. La maquinaria punitiva resueltamente comienza a criminalizar todos aquellos actos de los grupos marginales y pauperizados por no ser funcionales al sistema, es decir, porque carecen de recursos para sumarse a la comparsa del consumo desenfrenado y emplean otros medios definidos como no legítimos para satisfacer sus necesidades, influenciados y condicionados como también lo están por el mismo sistema que, paradójicamente, los impulsa a consumir pero los excluye de la posibilidad de hacerlo con los medios legales. Es decir, el propio sistema neoliberal coloca a los más pobres en la necesidad de criminalizar su comportamiento y sufrir el castigo más cruel, como es la privación de la libertad personal, reclusión en la cárcel por una cantidad de años que es desproporcional con la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la ley penal dice proteger.

Por eso, el neoliberalismo empequeñece y hasta desaparece al Estado en lo económico, pero lo agiganta en lo punitivo al expandir el sistema penal y agravar las penas, utilizando al *ius puniendi* como instrumento político contra los individuos vulnerables e insignificantes que son la carne de presidio de la fábrica penal.

El objetivo malthusiano del neoliberalismo es claro, los más débiles económica y físicamente no sobrevivirán en este sistema, tal es el destino que dirige el proceso de desarrollo de la “causación” del crimen, pues en los conflictos violentos que se generan por la satisfacción de las necesidades e intereses de las personas, reside la causa final de la conducta criminal.

### **Los conflictos violentos son la antesala del crimen**

La libertad humana germina en la posibilidad de entender las cosas de distintas maneras. La multiplicidad de maneras de concebir la realidad demuestra que la objetividad en el ser humano es subjetiva. Esto hace que el conflicto esté presente, máxime si lo que mueve la conducta humana es la satisfacción de necesidades, aspiraciones, apetencias o deseos, en un mundo donde los recursos son limitados.

La acción conductual humana, como anota Corominas, J. (s/f) presupone que los otros están presentes en las acciones de uno antes de que tenga conciencia de ellos. Están presentes configurando mis aprehensiones, sentimientos y voluntad, decidiendo a cuáles cosas tengo

acceso y a cuáles cosas no. Esta presencia de los otros tiene un carácter de fuerza y de poder. Así, los otros se imponen en las propias acciones aun sin darnos cuenta, a través de los *mass media*, los lazos comerciales y financieros, la relación con la naturaleza, entre otros medios. De la interposición de los demás y del acceso que le permitan a uno en las cosas depende en buena medida el padecimiento o la fruición, el gusto y disgusto, así como las respuestas positivas o aversivas. Ello no es necesariamente malo ni necesariamente bueno, deberá ser valorado posteriormente, pero esta vigencia primaria de la realidad es éticamente muy importante.

Como se puede apreciar, los otros y uno mismo están insertados en las acciones conductuales desde su misma raíz y esta relación está atravesada de conflictividad, por mandato fáctico.

El sistema neoliberal global, las obsecuentes políticas estatales establecidas al efecto, y la transformación sufrida por el hombre que lo ha convertido en un ser individualista y narcisista, competitivo y no solidario, dueño de una conducta autorreferente, diseminan conflictos por todos lados, que se pretenden solucionar por medio de la violencia, es decir, de la imposición de la fuerza física o moral sobre el prójimo. Ante esta situación, el Estado ha intensificado el control social formal por medio de la actuación de las agencias del sistema penal y la sociedad ha privatizado algunas formas de control. En ambos casos, Estado y sociedad actúan en nombre de la seguridad y defensa social.

Para erradicar la violencia de la conducta humana como integrante reactivo del conflicto, es imprescindible reconocer que la violencia no es una patología sino un tipo particular de relación social que dimana de un conflicto de intereses que no encuentran soluciones distintas a la fuerza, pues el sistema político devastado por el neoliberalismo, edificado sobre la base de una pseudo representación social en el que los gobernantes carecen de legitimidad y las relaciones de poder se organizan en la exclusión del oponente antes que en la inclusión y la búsqueda de consenso; no ha implementado conductos institucionales para gestionar y administrar pacíficamente los conflictos.

Pero el conflicto no es inevitable, para eludirlo será necesario que el hombre aprenda a colocarse en una situación en la que sea menos fácilmente integrado por los dispositivos del sistema neoliberal. Se trata de una decisión trascendental el hecho de adquirir un modo de vida diferente, con recato para sustraerse del consumo, en el que se hable de paz, concordia y reconciliación, en vez de disputa, intimidación e insolidaridad, de suerte que se detenga la violencia estructural impuesta por el sistema neoliberal, para lo cual se requiere la cooperación de otros, a fin de impedir

reproducir relaciones de dominio y fomentar relaciones horizontales, teniendo conciencia de formar parte de una sociedad de iguales.

### **Violencia y política**

La violencia es ubicua, como el crimen. También es multiforme. En el campo de la política puede ser encontrada como intransigencia, sectarismo, acechanza, opresión, entre otras manifestaciones. De hecho, en un marco político en crisis, la violencia se encuentra relacionada a los conceptos de libertad, derecho y disenso, por lo que atraviesa todos los órdenes de la vida social, configurando violencia sistémica, estructural, institucional, comportamental, discursiva, escolar, familiar, interpersonal, de género, entre otras.

Respecto a la cuestión criminal, la violencia gubernamental tiene apellido político y, lamentablemente, se ejerce en medio de conflictos sociales y a lo largo de la misma vida social, directamente proporcional al declive del Estado y la hegemonía del mercado.

Las agencias penales, como la policía, la fiscalía, la judicatura y la cárcel, ejercen también violencia legal desproporcionada y, lo que es peor, sin control sobre sus efectos virulentos. También hay violencia en la propia representación de la violencia a través de los *mass media*. Ríos (2012) ha dicho que existe una manía del crimen en la sociedad, refiriéndose a que hay una aceleración e intensificación en los pensamientos y las emociones (depresión invertida) a juzgar por el incremento del índice de criminalidad, los cambios cualitativos de frecuencia y distribución de delitos, los esquemas de represión siempre punitiva del delito y el bajo nivel de calidad de vida de los sectores sociales más vulnerables económicamente que se viene registrando desde hace años.

Ante el decaimiento de la política, hay un proceso involutivo, regresivo, de la violencia en el Estado, al punto de que aquella requiere introducir miedo o pánico moral a través de los medios de comunicación social. Ese terror ciudadano a la violencia del poder político pone de manifiesto la pérdida de la capacidad operativa de la ley, en general, como reguladora de la vida de las personas e instituciones y, específicamente, de la ley penal como instrumento coactivo de disuasión y prevención criminal; sin embargo, el Estado insiste equivocadamente en la ecuación: a más ineficacia, más leyes penales o, lo que es lo mismo, a más leyes penales, más violencia y más criminalidad.

Lo negativo de este expansionismo punitivo e hipertrofia del derecho penal y de la violencia política económica neoliberal del Estado es que pese a la existencia de leyes, los conflictos no son resueltos sino agravados por

el poder penal, pues la víctima no es resarcida, reparada económicamente ni desagraviada, resultando, por el contrario, revictimizada; el infractor no es reeducado, resocializado ni reintegrado a la sociedad, sino obligado a la reincidencia y la habitualidad criminal; y el conflicto permanece sedimentado en la conciencia colectiva de la sociedad, al haber creado el propio Estado a través de la generación del conflicto debido a su política económica y penal, resentimientos y rencores entre las partes y el Estado.

El sistema penal actúa como instrumento del atributo político de castigar, inclinándose dócilmente a ser conducido por la violencia del poder, que lo convierte en una amenaza para personas excluidas, marginales y vulnerables. Situación extraña si se tiene en cuenta que un Estado democrático y de Derecho, comporta la idea de la resolución no violenta de los conflictos, sin embargo, la política activa que da vida y orden a los Estados democráticos no previene la violencia.

### **LA REVISIÓN DEL PARADIGMA DE LA SEGURIDAD GLOBAL DESDE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA CRIMINOLOGÍA DEL SUR**

Wacquant (2009) describe el paradigma de la seguridad penal global por su similitud con el género pornográfico, porque es concebido con la expresa finalidad de ser visto y ser espectacular, razón por la cual sus acciones son exageradas, dramatizadas, repetidas y uniformes, siendo por todo eso predecibles; y porque sus personajes actúan ritualmente con un argumento aprendido y son siempre los mismos, policías, fiscales, jueces y agentes penitenciarios que realizan su labor mecánicamente; “malos” ciudadanos pobres que son aprehendidos e intervenidos por las fuerzas del orden; una opinión pública escandalizada por los cargos imputados a los sujetos indeseables y que clama venganza y rigor sancionador; los *mass media* que son caja de resonancia sensacionalista, deformadora de la realidad, de los actos criminales para poder vender sus productos; y políticos exaltados que ofrecen emprender una guerra contra el crimen para encarcelar a los criminales.

En suma, Wacquant enfatiza que este paradigma de *ley y orden* es a la criminalidad, lo que la pornografía es a la relación amorosa: una deformación aberrante que mediante actos supuestamente viriles del Estado gendarme aparenta lograr seguridad al actuar contra los efectos del problema, pero que esconde deliberadamente y deja intactas las reales causas de la criminalidad.

En este sentido, la criminología del Sur, según Carrington, Russell y Sozzo (2018) analiza la cuestión criminal desde las relaciones de poder existentes entre el centro y la periferia en el ámbito del conocimiento,

cuestionando que dichas relaciones asimétricas impongan un paradigma global a seguir, que es el de *duros contra el crimen*, si desean crecer, desarrollar y modernizarse. Olvidan que un mejor paradigma sería ser *duros contra las causas del crimen*.

Al asumir el paradigma de la seguridad del Norte, cuyo discurso es que la estabilidad y la paz de los países exige una draconiana reacción punitiva frente a la criminalidad, invisibiliza la violencia estatal económica, política y social; y desatiende las múltiples alternativas de resolución de conflictos y de imposición de castigos existentes, desechando la posibilidad de crear otras.

Lo cierto es que el eje epocal sobre el que gira la violencia es el dinero, la nueva divinidad neoliberal, a partir de allí, tanto el exceso como el defecto, la ambición como la necesidad, dan lugar a innumerables manifestaciones criminales en todo el mundo, demostrando la debilidad del Estado posmoderno neoliberal y su razón ausente para hacer frente a la criminalidad, no solo callejera, sino principalmente económica-financiera, medio ambiental, contra la administración pública, corporativa, política y de poder, que son todas ellas modalidades transnacionales y organizadas cuya práctica permanece impune, por enfocarse a la criminalidad local y de bagatela que causa problemas a la tranquilidad ciudadana, frente a los ingentes daños a la seguridad nacional y global que causa la otra criminalidad.

Esa otra criminalidad que Ferrajoli (2013) llama crímenes globales o crímenes de sistema, son un conjunto de actividades políticas y/o económicas lesivas a la mayoría de la población, que han aparecido con el neoliberalismo por la inversión producida en la relación entre política y economía, en virtud de la cual desapareció el gobierno público y político para ser reemplazado por la gobernanza tecnocrática privada y económica del Estado. La política gubernamental ya no controla los mercados y negocios, protegiendo el interés general y los derechos humanos, sino la política del mercado gobierna a los Estados, imponiendo su lógica anti-democrática y anti-social en beneficio de intereses privados y especulativos y de la búsqueda de los máximos beneficios.

La tesis de la punitividad neoliberal, que conforma el paradigma de la seguridad global, que proviene del Norte, es la del mayor castigo posible para atemorizar a la población y disuadir a potenciales infractores. La antítesis que postula la criminología del Sur es la prevención mediante la neutralización de las causas de la criminalidad, logrando un Estado presente en su responsabilidad social y transformación de las injustas estructuras económicas, sociales, políticas y culturales que hacen ciudadanos conflictivos en una sociedad y no que éstos creen una

sociedad conflictiva ni que propicien un ejercicio de poder autoritario y arbitrario; es decir, la reacción estatal genera criminalidad.

Desde esta posición, se postula la descolonización del pensamiento criminológico que presenta la noción tradicional de crimen ajena a los cambios económicos, políticos, sociales y culturales producidos en las últimas cuatro décadas, que por su no conformidad con el orden jurídico debe ser castigado; e insta un nuevo concepto de crimen que contenga el desvalor de determinados actos infaustos y lesivos, que no se persiguen ni se sancionan, como son los crímenes de Estado o de las corporaciones transnacionales.

De esta manera, es posible desmontar el actual paradigma de la seguridad global, que se dirige únicamente a mantener el *statu quo* al sancionar a ciudadanos carenciados y vulnerables que no resultan funcionales al sistema neoliberal; cambiar el pensamiento geopolítico en favor de la paz global para concienciar a la población mundial de que la seguridad es el goce y ejercicio real y efectivo de todos los derechos fundamentales de la persona y no únicamente la preservación de sus bienes, vida e integridad personal, como hace ver el sistema punitivo instrumentalizado por el poder. El derecho a la seguridad integral, fin esencial del Estado, debe constituir el verdadero foco de la criminología y la política criminológica contemporánea.

Desde el Sur global, la criminología es una ciencia liberadora, emancipadora, que permite abjurar de la libertad individualista y asumir compromiso por un proyecto de realización colectivo. Con el actual paradigma global de seguridad, nadie tiene seguridad, pues el culto por el dinero y la ambición desmedida crean una situación general de riesgo, angustia y zozobra permanentes. Por eso la emancipación es indispensable, volver a gobernar la propia vida y a tener tiempo libre deseable, como eso no es posible por el vértigo de la vida bajo el neoliberalismo, no hay reflexión ni organización política y entonces el sistema nos absorbe y esclaviza.

## CONCLUSIONES

Desde la criminología del Sur, sostenemos que debemos aprender a repensar el paradigma de seguridad global del neoliberalismo, de una manera alternativa.

La *insegura* seguridad que nos da el neoliberalismo global se asienta sobre sus propios fundamentos de mera actualidad y cambiante circunstancialidad de una sociedad mundializada e interconectada económica y culturalmente, por lo tanto, en permanente riesgo.

Pensemos de nuevo, pero esta vez críticamente, el neoliberalismo y la globalización, desde la inclusividad y reformulación democrática, elaborando una epistemología en pro de la convivencia pacífica, fomentando la cohesión socio-cultural, legitimando un nuevo horizonte de modernidad para los derechos humanos, y edificando un mundo en el que todos estemos incluidos, lo cual demanda un enfoque cuyo *telos* sería asumir una perspectiva desde los excluidos del desarrollo, aspecto que comporta un *ethos* inédito, pues ni el Estado ni el mercado, se hacen cargo de los ciudadanos excluidos económica y socialmente.

Si el neoliberalismo es global, la antítesis tiene que ser la fragmentariedad, en la que múltiples voces cuestionen a la única voz y las múltiples diferencias a la supuesta homogeneidad. No es admisible un diseño civilizatorio mundial hecho desde un proyecto hegemónico de intereses particulares plutocráticos.

La criminología del Sur al cuestionar la legitimidad y validez del paradigma de la seguridad global neoliberal; y postular un replanteo epistemológico y axiológico de la dimensión humana, no solo denuncia las negativas consecuencias sociales del sistema económico, sino también propone una reflexión acerca de cómo hacer más justas, inclusivas y eficaces las relaciones políticas, sociales, económicas y culturales, reclamando al Estado y el mercado asumir su responsabilidad social, con lo cual es probable que la criminalidad disminuya porque el crimen es un proceso relacional, de suerte que si cambia la relación social y la interacción personal, se reducirá la posibilidad del conflicto intersubjetivo de intereses, se contraerá el sistema penal para ser aplicado solo como última *ratio*, y se invertirá el esquema sancionador para estar dirigido preferentemente a las conductas más graves con vocación más letal y lesiva que subsistan.

Asistiríamos a un mundo realmente más seguro con un nuevo paradigma de seguridad, que privilegie el control social preventivo, en el que el Estado desempeñe su genuino e importante fin esencial de ser garante efectivo de la seguridad integral y el bienestar general de las personas, no solamente de unas minorías poderosas económicamente, ni únicamente de su seguridad patrimonial. Este neo paradigma global expresaría la auténtica *ratio essendi* de la criminología contemporánea, cual es, la real vigencia de todos los derechos humanos de todos sin excepción.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

- Anitua, Gabriel Ignacio (2015) *“Historias de los pensamientos criminológicos”*. Ediciones Didot. Argentina.
- Barbado Alonso, J.A., Aizpiri Díaz, J., Cañones Garzón, P.J., Fernández Camacho, A., Goncalvez Estella, F., Rodríguez Sendín, J.J., De la Serna De Pedro, I., Solla Camino, J.M. *“Aspectos sobre neurobiología de la conducta humana”*. Grupo de Habilidades en Salud Mental de la SEMG. Medicina General. Disponible en: [https://issuu.com/castfela/docs/barbado\\_neurobiologia-conducta-humana](https://issuu.com/castfela/docs/barbado_neurobiologia-conducta-humana)
- Bauman, Zygmunt (2011) *“Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global”*. FCE. México, DF.
- Berman, M. (1988), *“Todo lo sólido se desvanece en el aire”*. Siglo XXI, Madrid.
- Carrington, Kerry; Hoggy Russell; y Sozzo, Máximo (2018) *“Criminología del Sur”* en *Delito y Sociedad* 45, año 27, pp. 9-33.
- Cavarozzi, M. (1997), *Autoritarismo y democracia (1955-1996)*. La transición del Estado al mercado en la Argentina, Ariel, Buenos Aires.
- Centro de Altos Estudios Nacionales (1998) *“Planteamientos doctrinarios y metodológicos”*. Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Perú.
- Corominas, Jordi (s/f) *“La acción humana. Reproducción y transformación del sistema social mundial”* Disponible en: <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/laaccionhumana.html>
- Ferrajoli, Luigi (2013) *“Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea en Revista Crítica Penal y Poder n° 4, (pp. 224) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Universidad de Barcelona*
- Fitoussi, Jean-Paul y Rosanvallon, Pierre (1997) *“La nueva era de las desigualdades”* Ed. Manantial, Buenos Aires.
- González Casanova, Pablo (1998) *“Los indios de México hacia el nuevo milenio”* en *La Jornada*. México. Disponible en: <http://serpiente.dgsca.unam.mx/jornada/>

- Harvey, David (2007) *“Breve historia del neoliberalismo”* Traducción de Ana Varela Mateos. Ediciones Akal S.A., para lengua española. Madrid (publicado originalmente en inglés, en 2005, por Oxford University Press).
- Harvey, D. (1998), “La condición de la posmodernidad”, Amorrortu, Buenos Aires.
- Hirsch, Joachim (1996) “¿Qué es la globalización?” en *Globalización, capital y Estado*. pp. 83-93.96. México: UAM-X.
- Lash, S. (1997), ‘La Reflexividad y sus Dobles: estructura, estética, comunidad’, en Beck, Ulrich, Giddens, Anthony y Lash, Scott, *Modernización Reflexiva*, Alianza, Madrid.
- Lechner, Norbert (2005) “Estado, derecho y gobierno en la sociedad global. Los desafíos de gobernabilidad en una sociedad global” en *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 4, núm. 10, Universidad de Los Lagos. Santiago, Chile.
- Lombroso, Cesare (1897) “L’Uomo delinquente” Fratelli Bocca Editori. Turín, Italia.
- López Fernández, María del Pilar (2009) “El Concepto de Anomia de Durkheim y las aportaciones teóricas posteriores”. *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, vol. IV, núm. 8, julio-diciembre, pp. 130-147. Universidad Iberoamericana, Ciudad de México Distrito Federal, México.
- Ornelas, Raúl (2002) “Para una crítica de la globalización” en *Política y Cultura*, núm. 17, pp. 45-68. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco Distrito Federal, México.
- Paternain, Rafael (2007) *“La teoría de los cuatro escalones. Violencia, criminalidad e inseguridad”* Documento de Trabajo/FCS-DS; 2007/80 UR.FCS-DS. Disponible en: <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/4589/1/DT%20S%202007%2080.pdf>
- Ríos Patio, Gino (2012) “La manía del crimen en nuestra sociedad” Recuperado el 26 de mayo de 2020 de: [https://www.researchgate.net/publication/303541666\\_LA\\_MANIA\\_DEL\\_CRIMEN\\_EN\\_NUESTRA\\_SOCIEDAD](https://www.researchgate.net/publication/303541666_LA_MANIA_DEL_CRIMEN_EN_NUESTRA_SOCIEDAD)
- Tonkonoff Costantini, Sergio E. (2012) “Las funciones sociales del crimen y el castigo. Una comparación entre las perspectivas de Durkheim

y Foucault”. *Sociológica*, vol. 27, núm. 77, septiembre-diciembre, 2012, pp. 109-142. Universidad Autónoma Metropolitana, Distrito Federal, México.

Villanueva, José y Bustamante, Suleima (2009) “Aproximación crítica a la idea de globalización y sociedad del conocimiento. Hacia la Construcción de una Teoría Primaria” en *Investigación y Postgrado* v.24 n.1 Caracas.

Wacquant, Lœic (2009) *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Gedisa Editorial. Barcelona.

# **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**

**Gino Ríos Patio**

---

### **SUMARIO**

- I. Introducción.
- II. La criminología y la política criminológica.
- III. El modelo de prevención o compliance programa.
- IV. El trabajo del criminólogo en la empresa.
- V. Conclusiones.
- VI. Fuentes de información

### **RESUMEN**

El artículo expone la necesidad e importancia del trabajo criminológico en la empresa para prevenir y reducir la presencia e influencia de factores criminógenos, con la finalidad de evitar la asunción de responsabilidad administrativa y criminal en la comisión de ilícitos penales en general y, en particular, de los delitos de cohecho activo transnacional, lavado de activos, minería ilegal, crimen organizado y colaboración con el terrorismo, a que se refiere la Ley N° 30424, modificada por el Decreto Legislativo N° 1352. El objetivo central del artículo es demostrar la trascendencia y utilidad social de la criminología ya no solo en la sociedad, sino también en una empresa, a los efectos de la adopción de medidas preventivas eficaces. El autor concluye en la virtud que exhibe la obligación legal que tiene la empresa de adoptar e implementar en su seno un modelo de prevención adecuado a su particular situación, que contenga medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión; lo que constituye la introducción de un nuevo paradigma de prevención criminológico en el país a nivel de la organización empresarial.

## INTRODUCCIÓN

El crimen es, según una precisa definición criminológica, un conflicto intersubjetivo de intereses en el que interviene el factor violencia y que crece exponencialmente causando daño a las partes involucradas y a terceras personas. Hay, sin lugar a duda, en esta definición, un componente humano -diría mejor personal- y un elemento social, lo que pone de manifiesto el carácter individual y social del crimen, en virtud del cual este fenómeno conflictivo violento y problemático afecta a personas y a la sociedad en su conjunto, por lo que merece la atención de cada individuo, de la comunidad y del Estado.

Dadas las peculiares características del crimen antes indicadas, a las que se suman su naturaleza multicausal y plurifactorial, así como su ubicuidad y su índole inextinguible, no es posible neutralizarlo, controlarlo, reducirlo ni menos prevenirlo mediante el ejercicio del poder punitivo, sino únicamente a través del conocimiento científico criminológico, que permite precisamente la oportuna detección de causas, factores, condiciones y estímulos criminógenos, con miras a la prevención del crimen.

En ese sentido, la criminología como ciencia social holística, estudia las causas del crimen, analiza al infractor, aprecia a la víctima y evalúa el control social, con la finalidad de proporcionar la información científica objetiva y contrastable que sirva para el diseño de una política criminológica eficaz que propugne el logro de los fines preventivos antes señalados, así como las acciones de intervención positiva que sean necesarias.

La persona humana, único ser con conciencia, voluntad y libertad, es agente infractor por antonomasia, sin embargo, la doctrina penal, aunque en forma no pacífica, considera que la persona jurídica también puede perpetrar un ilícito penal. No es objeto de este artículo discutir las razones a favor y en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Basta que la Ley N° 30424, modificada por el Decreto Legislativo N° 1352, establezca que una persona jurídica puede llegar a tener responsabilidad administrativa y penal por la comisión de los delitos de cohecho activo transnacional, lavado de activos, minería ilegal, crimen organizado y colaboración con el terrorismo y, consecuentemente, merecer graves sanciones en dichos ámbitos, para que se justifique, desde el punto de vista teórico y práctico, el análisis de la nueva obligación legal de que las empresas cuenten con un programa de prevención criminal efectivo para que puedan eximirse de responsabilidad.

Asimismo, la utilidad social del estudio que este artículo expone es innegable, pues siendo una obligación legal novísima, es necesario

difundir su sentido y alcances, a los efectos no solo de cumplir con la norma sino, sobre todo, de conocer acerca de la implementación y características del programa de cumplimiento como producto del trabajo del criminólogo en la empresa.

Desde antiguo, fundadores, directivos y trabajadores de una asociación privada o empresa, han creado y/o utilizado la organización de una entidad para cometer o facilitar crímenes. Son asaz conocidos los casos de las mesnadas de forajidos de la Edad Media, las compañías de mercenarios o condotieros del Renacimiento, las hermandades secretas del siglo XVIII, la camorra napolitana, la mafia siciliana, la *cosa nostra*, la pandilla, la banda y hasta la organización criminal más moderna, de carácter transnacional.

Actualmente, por razones que tienen que ver con el cambio social, cultural, económico y político, las causas, factores, condiciones y estímulos para desviar un comportamiento hacia el crimen se han multiplicado en posibilidades y agravado en dañosidad, tal es el caso de la criminalidad económica, criminalidad medio ambiental, criminalidad organizada y la denominada criminalidad de cuello blanco.

Este problema de la criminalidad de poder económico o empresarial se ha amplificado a nivel mundial y su evolución ha significado una mutación de la estructura organizacional y una multiplicación tan efectiva de su poder, que manifiestan en su accionar criminal un verdadero desafío a la autoridad nacional.

Son variados los factores y las condiciones que han posibilitado el crecimiento del crimen organizado transnacional que, en algunas de sus modalidades, se perpetra a través de empresas, como por ejemplo, la vertiginosidad e inmensas posibilidades del transporte internacional, que junto con otros factores económicos y financieros han hecho aumentar los flujos de bienes lícitos así como de los ilícitos; la operatividad del comercio y la producción a nivel global; y la vastísima red de conexiones internacionales.

Esta situación fáctica postmoderna ha demandado la adopción de acciones de prevención institucionalizadas, tendentes a minimizar la ocurrencia o eliminar el riesgo de que se cometan crímenes mediante la organización de una empresa, tal como la obligación de implementar un programa de prevención empresarial, que es el resultado del trabajo del criminólogo, según se sostiene en este artículo, el cual se propone en el capítulo primero mostrar los conceptos básicos de la criminología y la política criminológica, para difundir en el ámbito empresarial las virtudes y ventajas de esta ciencia social respecto del derecho penal, que le dan mayor amplitud y eficacia, a fin de que no se confundan con la

criminalística y la auditoría; analizar y evaluar en el capítulo segundo el sentido, alcance, condiciones, requisitos y efectividad del *compliance program*; exponer en el capítulo tercero la importancia, utilidad y urgencia, de cara a la situación de la criminalidad invisible actual, del trabajo del criminólogo en una empresa; y finalmente arribar a las conclusiones que implica la introducción de esta nueva medida criminológica preventiva.

## LA CRIMINOLOGÍA Y LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA

### La criminología

Es preciso situar el concepto, objeto de estudio y la finalidad de esta ciencia social que, en nuestro país, es muy poco conocida y, por ello, confundida con la criminalística y el derecho penal. En efecto, la criminología es una ciencia social integral, holística y multidisciplinaria de antigua data. Es ciencia de lo humano porque tiene objeto de estudio, método y conocimiento verificable. Los primeros criminólogos fueron los demonólogos de la Edad Media, sacerdotes y teólogos, primero dominicos y luego jesuitas, al servicio de la Santa Inquisición. Por cierto, que, en esa época, la criminología no tenía aún carácter científico. Después fueron los médicos, italianos y franceses, quienes dotaron de científicidad positivista a esta disciplina del saber.

Más adelante, los abogados de la época del Iluminismo, que abrazaban el racionalismo y liberalismo, introdujeron las garantías penales para mejorar el Antiguo Régimen, al que obviamente criticaron por su crueldad ilimitada en el castigo del crimen. Luego, los sociólogos, señaladamente norteamericanos, ingleses y europeos, inauguraron la fase moderna de la criminología, conocida como la criminología de la desviación, siendo aquí que surge la denominada criminología de cuello blanco, gracias al aporte de Edwin Sutherland, quien demostró lo que existía y nadie quería ver, que el crimen también existe en la empresa, la industria, el bufete profesional y el Estado, no solo en la fábrica y el barrio marginal; y que el criminal también puede ser el hombre de clase social elevada, educación de alto nivel y economía sólida, no únicamente el ciudadano menesteroso, ineducado, sin trabajo y de clase baja.

Contemporáneamente, son los criminólogos, científicos formados específicamente en esta disciplina, o como segunda especialización u otro profesional que la cultive y desarrolle académicamente, los que tienen a su cargo el análisis de la cuestión criminal, la determinación de la etiología del crimen, la selección de los medios y métodos de intervención positiva en el infractor y la víctima, así como el diseño de las medidas de política pública para adoptar las acciones de prevención y control de la criminalidad.

El objeto de estudio de la criminología está compuesto por cuatro grandes campos o ámbitos, como son, el crimen, el criminal, la víctima y el control social. Cada uno de estos objetos de estudio se define de acuerdo con la época y escuela criminológica. Actualmente, por ejemplo, el concepto de crimen que hemos dado precedentemente difiere de los históricamente precedentes, que lo consideraban un acto diabólico propio de un ser poseído; una acción anormal derivada de un monstruo o ser patológico; el quebrantamiento de la norma penal; un comportamiento desviado aprendido y que contraria el sistema y los valores dominantes; o un acto de rebeldía política de una persona frente al sistema.

Así, el criminal ya no es más un poseído, anormal, monstruo, desviado o rebelde, sino una persona igual a los demás que decide libremente cometer cierta conducta a la que el poder le atribuye una cualidad negativa, la misma que no forma parte de ella ontológicamente o que no le es inherente, sino un constructo social.

Del mismo modo, la víctima no es solamente la persona que sufre el daño proveniente de la conducta criminal, sino fundamentalmente el eterno olvidado del sistema penal, que jamás es resarcido ni desagraviado y a la que el Estado le expropia el conflicto y le agudiza el dolor propio del menoscabo sufrido con la acción criminal.

Por último, el control social no es el ejercicio coactivo y punitivo que ejerce el Estado formalmente o el que de manera vertical y militarizada lo despliega a través de las instituciones sociales, sino la intervención previa y positiva a nivel estructural y no coyuntural que debe instrumentalizar el Estado.

Como es posible comprender hasta este punto, la criminología es diferente al derecho penal y la criminalística. Se diferencia del primero en que aquella es empírica y estudia la realidad, mientras que éste se basa en una normatividad abstracta que contiene supuestos fácticos y se esfuerza en señalar el deber ser (que nunca será), en cambio la criminología estudia lo que es, el comportamiento conflictivo de las personas para conocer sus causas y prevenirlas.

Por otra parte, la criminalística no es una ciencia sino un conjunto de técnicas provenientes de diferentes ciencias naturales, que auxilian en una investigación para poder determinar el quién, qué, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué se perpetró una conducta criminal, obviamente después de ocurrida y que luego también sancionará el derecho penal, mientras que la criminología halla, establece y comprueba las causas de la criminalidad, entendida como el conjunto de crímenes en un tiempo y espacio determinados, no los móviles o motivos y demás circunstancias

situacionales, sino a qué se debe la existencia de las diferentes clases de crímenes y cuál es su etiología, naturalmente antes de que ocurran, por lo que es preventiva y no reactiva.

Naturalmente, la finalidad de la criminología también depende de la fase histórica respectiva en la que se desarrolla. Hoy en día, la criminología tiene una finalidad político-criminológica, pues suministra información científica válida y contrastable respecto a la etiología de la criminalidad para que sirva al diseño de políticas públicas de prevención, reducción, control y sanción del crimen. Históricamente, si bien fue política, porque toda ciencia debe serlo en la medida que se hace para resolver los problemas comunes del hombre en sociedad, su finalidad fue profiláctica y correccionalista.

### **La política criminológica**

En principio, es preciso explicar por qué el autor prefiere utilizar el término política criminológica y no el de política criminal. De acuerdo plenamente con Pérez, A. (1986), la política criminológica significa estrategia estatal para prevenir y controlar la criminalidad; mientras que política criminal sugiere la idea de tácticas y planeamientos de los criminales en sus actividades, por lo mismo que el término política se refiere a la toma de decisiones que hace un grupo en el poder (puede ser fáctico) que se aplican a todos los miembros de un grupo, como por ejemplo, la política institucional de una organización empresarial privada, por lo que por extensión puede ser confundida por las decisiones tomadas por las organizaciones criminales que operan en la criminalidad económica; por los órganos estatales que cumplen directivas superiores para operar en la criminalidad de poder; y por la criminalidad global que establece las formas de operación de sus elementos humanos reclutados internacionalmente y sus operaciones encubiertas para cooptar con los funcionarios públicos en un ambiente de corrupción.

El uso del término política criminológica sirve también, a juicio del mismo Pérez, que también comparte el autor, para diferenciar a esta aplicación funcional, finalista y racional de la criminología, con el término de profilaxis criminal, por tratarse éste de un término superado, ya que corresponde a las escuelas cínica, sociológica y ecléctica de la criminología tradicional.

Asimismo, sirve para diferenciarse del término reacción social, que apunta a las respuestas, es decir, las reacciones del Estado frente a la desviación, lo cual también ha sido superado porque las teorías de la nueva criminología relacionadas con la desviación, basadas en el consenso social, fueron refutadas por la teoría del conflicto social, de

tal modo que el concepto de desviación no podía afirmarse respecto de un determinado y cierto referente unánime. David Matza llegó a decir no sin ironía: ¿qué tiene de desviado que un desvalido robe? Si su situación personal le condiciona a esa acción para poder sobrevivir él y su familia.

A partir de allí, se produciría el enfoque socio político de la criminología, lo que marcaría el inicio de una revolución copernicana en la materia, a partir del pensamiento siguiente: La reacción social produce desviación (o sea crimen y criminales). Antes se había sostenido que la desviación social producía reacción social, como hemos dejado anotado al inicio de este párrafo. En otros términos ¿ciudadanos conflictivos crean una sociedad conflictiva o una sociedad conflictiva estructuralmente genera ciudadanos conflictivos?

Así, la política criminológica es una política de estado, integral, no sectorial, que reúne los conocimientos, técnicas, métodos, medios, recursos, instrumentos y disposiciones para prevenir, reducir, controlar y sancionar la criminalidad de manera razonable, no arbitraria, injusta, excesiva o desproporcionada ni selectiva ni discriminadora, como corresponde a un estado constitucional, social y democrático de derecho.

Suele ser confundida con la política penal, pero esta es solamente el ejercicio del poder punitivo a través del sistema penal (*ius puniendi*), que engloba la normatividad y operatividad del aparato coactivo del Estado, la cual presenta en la actualidad como características, el simbolismo, el hiper punitivismo, la sobre criminalización, la ilegitimidad, la ilegalidad y la perversidad, según anota Zaffaroni, E. (1998).

De acuerdo con Borja, E. (2003), la política criminológica es la exteriorización de la política de un Estado que establece el planteamiento para hacer frente y tratar al fenómeno criminal. Contiene no solo medidas penales, sino una gama transversal de medidas, fundamentalmente económicas, sociales, laborales, educativas, culturales, urbanísticas, sanitarias, entre otras.

Como es un aspecto de la política general, cada estado tiene una forma distinta de encarar la cuestión criminal. Evidentemente, los estados totalitarios, aquellos en los que no existe respeto por los derechos humanos, la política criminológica considerará al crimen como un comportamiento subversivo, una actitud de desobediencia y desacato de las normas y directivas del gobierno, por lo que solo pensará en exterminarlo a cualquier costo, pues la persona humana no cuenta y se encuentra subordinada al Estado y controlada en todo momento por el aparato de poder. Se pretende prevenir a través del miedo a la coacción. Esta política criminológica es profiláctica.

Pérez, A. (1986) reconoce, al respecto, ciertas escuelas político criminológicas, las cuales corresponden a las respectivas escuelas criminológicas, tales como, la defensa social que corresponde a las escuelas clínica, psicológica y sociológica de la criminología tradicional; su fin es defender a la sociedad de los criminales, para lo cual pretende prevenir, proteger y reintegrar a los criminales a la sociedad, sea manipulando material genético, sublimando las pulsiones instintivas que afectan la psique; y reformando los factores de identificación cultural, respectivamente.

El mismo autor (Pérez, 1986) señala también la escuela de la política criminal alternativa, correspondiente a un enfoque de la criminología crítica que sostiene la necesidad de transformar las estructuras de la sociedad e implementar la descriminalización de conductas no graves, la deflación penal para reducir el egoísmo y la inflación penal, evitar el etiquetamiento y la estigmatización para disminuir la criminalidad, y la despenalización para eliminar el uso indiscriminado y reducir la violencia en la ejecución de la pena para eliminar la consecuencia nefasta de la pena privativa de la libertad. Propugna un nuevo proceso de criminalización, que corresponde también a la criminología crítica, para sancionar las conductas que afectan los derechos y bienes jurídicos de las mayorías; un proceso de desprisionización, porque la cárcel no resuelve el conflicto subyacente en el crimen; el uso alternativo del derecho, para interpretar la ley sociológica y antropológicamente, y trascendiendo lo jurídico meramente normativo y superando el alejamiento de la norma de la realidad.

La escuela del pesimismo criminológico es también, según Pérez (1986), otra forma de hacer frente a la cuestión criminal, que patrocina el abolicionismo penal y sustituirlo por medidas horizontales basadas en el diálogo, la concordia y la solidaridad, para tratar los comportamientos desviados como situaciones problemáticas y privatizar los conflictos en el seno social, ya que es el sistema penal el que crea crímenes y fabrica criminales.

En un estado democrático, a diferencia de un Estado totalitario, que se caracteriza por el respeto a los derechos y libertades del hombre, el crimen es considerado un factor inevitable, pero necesario y útil en la organización social, como sostiene Emile Durkheim, citado por Tonkonoff, S. (2012). Aquí, de acuerdo con la posición asumida por cada escuela criminológica, la causa de la criminalidad podrá ser biológica, psíquica, social, cultural, económica o política, pero en todo caso, se prevendrá el crimen de manera racional y con intervenciones positivas de las políticas públicas, así como con una contracción del sistema penal, porque lo que prevalece es la persona humana como fin trascendente y no como medio instrumental para alcanzar seguridad.

Es fácil comprender cuándo un Estado no es totalitario, y solo es formalmente democrático, advirtiendo la ejecución de una política criminológica errática, pues la mayoría de las veces manifiesta medidas atentatorias de los derechos fundamentales de la persona humana, como es el caso de la creación de nuevos tipos penales, el endurecimiento de las penas, la eliminación o reducción de beneficios para determinados delitos, la desnaturalización de la flagrancia delictiva, el uso excesivo de la prisión preventiva, el irrespeto del estado (presunción) de inocencia, la inversión del *indubio pro* procesado, entre otros. La razón de este desvarío en el que se da una hipertrofia del sistema penal no es otra que la pretensión equivocada de alcanzar elevados niveles de seguridad ciudadana sin importar el costo en términos de libertad y derechos fundamentales.

Precisamente, en el Perú, donde existe una democracia formal, no material, el sistema penal está normado y opera con las características señaladas por Zaffaroni, E. (1998), lo cual hace que el ejercicio del poder punitivo sea selectivo y discriminador en perjuicio de las clases sociales más carenciadas; haya devenido en un derecho penal simbólico, esto es, un derecho penal, como afirma Diez, J. (2002) menos orientado a la tutela y protección del bien jurídico, que no produce modificaciones en las conductas; y más orientado a efectos y consecuencias políticas, tal como la necesidad de acción, que evidencia una función de ilusión y de engaño, pues no cumple los fines de una política criminológica y, por el contrario, socava la confianza de la población en la administración de justicia penal, como por ejemplo, el mito de la resocialización y rehabilitación del criminal; el mito de la reivindicación y resarcimiento de la víctima; el mito de que la ley penal es igual para todos; y el mito de la gravedad de la pena para la reducción de la criminalidad, entre otros.

## **EL MODELO DE PREVENCIÓN O COMPLIANCE PROGRAM**

### **La obligación legal en el Perú. Naturaleza y alcance.**

El 21 de abril de 2016, en el diario oficial El Peruano, se publicó la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Posteriormente, el 7 de enero de 2017, se modificó mediante el Decreto Legislativo N° 1352, el cual amplió el alcance de la responsabilidad de la persona jurídica para incluir los delitos de cohecho genérico y específico, minería ilegal, crimen organizado, lavado de activos y financiación del terrorismo, dentro del conjunto de ilícitos que podrían generar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

La entrada en vigor de la norma ha sido postergada para el 1 de enero de 2018, debiendo ser reglamentada antes de esa fecha, a fin de establecer y precisar los elementos necesarios para implementar y supervisar el efectivo funcionamiento del modelo de prevención empresarial en virtud del cual la organización podrá eximirse de responsabilidad, obviamente si es que se puso en ejecución antes de la comisión de los delitos.

Es preciso hacer notar que pese a que la ley denomine como responsabilidad administrativa la que puede tener una empresa en la realización de los crímenes antes indicados, se trata en realidad de una responsabilidad penal que el legislador no ha querido llamar por su nombre a fin de no etiquetar y estigmatizar a la empresa, como ocurre con la persona natural a la que se le imputa y prueba su responsabilidad en la comisión de un ilícito, de forma tal que no solo por el hecho de que sea un juez penal, como dice la propia ley, el que sentenciará determinando la acreditación de la responsabilidad de la empresa en la perpetración del crimen, sino por el fundamento mismo de la atribución del grave débito social probado en sede penal de manera autónoma y no subordinada a la proveniente de la conducta de su dueño, directivo o funcionario, es que en verdad se trata de una responsabilidad penal que puede terminar con la existencia de la organización empresarial a través de la medida (pena) de disolución, prevista en la ley.

La ley busca penalizar y no solo sancionar administrativamente la conducta de una empresa que adolece de buenas prácticas corporativas y de cultura organizacional ética, y que pone su organización al servicio de la comisión de los ilícitos antes mencionados o que la expone irresponsablemente al carecer de programas de control y prevención, violando claramente su fin y responsabilidades sociales como unidad de producción de bienes y servicios lícitos para contribuir al desarrollo y la seguridad de la sociedad y del país.

La nueva disposición legal alcanza actualmente no solo a las empresas, sino también a las organizaciones no gubernamentales, que son asociaciones civiles sin fines de lucro. Se ha ampliado, pues, el ámbito original, que estaba limitado a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas privadas y del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

Importa relieves que, de acuerdo con la ley, el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad, no impide la atribución judicial de responsabilidad a la empresa.

Entre las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1352 llama la atención lo dispuesto por el párrafo 3 del art. 2, según el cual,

En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1.

Esta disposición permite analizar la limitación que hace la autoridad para determinados casos como los previstos, en la determinación de la pena (multa para la empresa absorbente en vez de inhabilitación, por ejemplo), de lo cual no es posible comprender la razón visible. Por otro lado, es de destacar en esa misma disposición legal, sin embargo, que la empresa absorbente no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión, lo cual enfatiza la necesidad de implementar el modelo de prevención para evitar la declaración judicial de responsabilidad, lo que contribuirá, sin lugar a dudas, a construir una cultura empresarial respetuosa del ordenamiento jurídico y un clima idóneo para el mantenimiento de los valores éticos que, con la mayor escrupulosidad, debe cautelar una empresa en el desarrollo de todas sus actividades.

### **La responsabilidad penal de la empresa. Autonomía de responsabilidades.**

La ley ha establecido que las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos antes señalados, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: (a) Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias. (b) La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización. (c) La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han

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

Asimismo, las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el párrafo anterior, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento. Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales antes indicadas, hubiesen cometido los delitos a que se refiere la ley, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Como se puede apreciar, la responsabilidad deja de ser exclusivamente del ámbito propio de la organización empresarial mayor, sino que se extiende a la de sus empresas vinculadas, lo cual dice de la reconocida necesidad de amplitud y efectividad de un modelo de prevención institucional y de gran alcance en la organización, así como de la asunción de buenas prácticas corporativas, que van desde una celosa selección de personal hasta un puntual y preciso sistema de controles internos que aseguren una idónea toma de decisiones exenta de riesgos criminales. La ley opta pues por establecer la responsabilidad indirecta que asume quien elige a otro para el desempeño de funciones.

Más aún, la ley establece que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural, por lo que las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

### **La defensa criminológica y penal en este nuevo escenario**

Al referirnos a la defensa frente a una imputación judicial, se debe partir siempre de una base ética, esto es, defender con la verdad, sin inventar hechos y menos aún pruebas; y sin mentir ni confundir o trastocar los hechos. El Derecho, que tiene una composición tridimensional: fáctica, normativa y axiológica, se sintetiza en hechos, pruebas y normas. Esta insuperable y antigua fórmula evidencia la finalidad del proceso judicial, que es la búsqueda de la verdad para resolver un conflicto intersubjetivo de intereses con justicia, para contribuir a la paz social, que en el caso de la conducta criminal de las personas jurídicas sería su compromiso teleológico con la comunidad en la que desarrollan sus actividades, sin perjuicio del ánimo de lucro (en el caso de las empresas) que es su elemento ínsito, pero que no debe confundirse con la priorización del interés de maximizar los beneficios a través del crimen.

Pero, tanto los hechos, como las pruebas y las normas, son materia de interpretación sistemática y reglada, precisamente para que el resultado de dicha interpretación permita la aplicación razonable de la norma al caso concreto, superando así el conflicto subyacente. En ese sentido, los hechos deben ser presentados categóricamente y con rotundidad. Pero deben ser probados a través de medios idóneos de cuya posterior discusión surja una valoración que respalde la certeza de los hechos mostrados. Ello conducirá, finalmente, a la aplicación de las normas pertinentes, previa interpretación desde los distintos métodos hermenéuticos existentes. La doctrina y la jurisprudencia pueden auxiliar y complementar esta tarea técnica de la defensa, pero debe tenerse en cuenta que la doctrina está formada por teorías que tienen el mismo valor epistemológico y que la recurrencia a una está en función del nivel de consenso que logre, pero aun así no es determinante; y la jurisprudencia, que es la decisión jurisprudencial precedente en un caso similar, si bien puede mostrar la orientación actual del órgano jurisdiccional supremo, tiene la limitación del principio de legalidad y del principio de la prohibición de la analogía en materia penal.

### **Circunstancias eximentes de responsabilidad de la persona jurídica**

La nueva normatividad dispone que la persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos previstos, 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 los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Dicho modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos: (i) Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, quien debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración (ii) Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos a través de la persona jurídica (iii) Implementación de procedimientos de denuncia (iv) Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención (v) Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

En caso de 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. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de

prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, cometen el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado.

Asimismo, en los casos en que las personas naturales hubiesen cometido los delitos previstos, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

De lo anterior se desprende que lo que la ley sanciona es la responsabilidad penal empresarial o de la persona jurídica, por no haber puesto en funcionamiento un programa de prevención de riesgos internos para la comisión de los delitos que ella señala, que acredite supervisión y efectividad. Los riesgos imprevisibles no son atajados por ningún programa de prevención, por lo que está fuera de toda lógica poder sancionar a una empresa por hechos respecto de los cuales no tiene posibilidad jurídica o fáctica de evitar, aun habiendo adoptado las reglas idóneas para conjurar el peligro que entraña en el desarrollo de sus actividades, que son riesgos, necesidades y características propias de su negocio.

Hasta aquí, entonces, es posible visualizar, genéricamente, cuándo y cómo una empresa puede defenderse de una imputación criminal en el marco de la ley. Por tanto, la defensa deberá estar centrada en: (i) ejecución oportuna y eficaz de un programa de prevención criminológico (ii) la acreditación de que el infractor empleó maniobras fraudulentas para eludir los controles del programa en funcionamiento (iii) la demostración de que el infractor en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Donde el párrafo (i) es el hecho; los párrafos (ii) y (iii) son las pruebas; y las normas están constituidas, específicamente, por la Ley N° 30424 y el Decreto Legislativo N° 1352; y más ampliamente por los principios y postulados penales constitucionales y disposiciones del ordenamiento jurídico nacional.

Cabe hacer notar que la creación y el diseño de un programa de prevención criminal, por estar destinado a eliminar riesgos previsibles en el conjunto de operaciones de una empresa, requiere necesariamente de una configuración *ad hoc*, específica, particular y propia del negocio, para

evaluar los recursos humanos, económicos, financieros, administrativos, materiales, operacionales, tecnológicos y demás, con los que ejecuta su quehacer empresarial y cumple con su objeto social.

Aquí aparece nítidamente el enfoque criminológico, no penal, pues debe estudiarse la realidad peculiar de la empresa con la finalidad de determinar las posibles causas, factores, condiciones y motivos que podrían presentarse para la perpetración de los ilícitos que la ley señala. Desde que el enfoque penal está destinado a actuar *ex post facto*, esto es, una vez ocurridos los hechos incriminados, no es posible prever, sino actuar en defensa de la amenaza de una sanción, que puede ser fatal para la empresa, defensa que acaso podría resultar inoperante debido precisamente a los hechos y las pruebas, que como dijimos, no deben ser falseados ni alterados. En cambio, la perspectiva criminológica opera *ex ante*, con absoluta prevención y, consecuentemente, debe y puede hacer frente de una mejor manera a lo que ocurra posteriormente. Esa diferencia hace la ventaja en una defensa judicial.

### **Las sanciones a imponerse por el juez**

En los casos previstos por la nueva normatividad, la persona jurídica podrá ser pasible de cualquiera de las siguientes medidas:

*Multa (no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito).* Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión de los delitos a que se refiere la ley, el valor de la multa se establece conforme a los siguientes criterios: a) Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito asciende hasta ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de diez (10) ni mayor de cincuenta (50) unidades impositivas tributarias. b) Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias y menor de mil setecientas unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de cincuenta (50) ni mayor de quinientas (500) unidades impositivas tributarias (UIT). c) Cuando el ingreso anual de la persona jurídica al momento de la comisión del delito sea mayor a mil setecientas (1,700) unidades impositivas tributarias, la multa es no menor de quinientas (500) ni mayor a diez mil (10,000) unidades impositivas tributarias (UIT).

La multa debe ser pagada dentro de los diez días hábiles de pronunciada la sentencia que tenga la calidad de consentida o ejecutoriada. A solicitud de la persona jurídica y cuando el pago del monto de la multa pueda poner en riesgo su continuidad o el mantenimiento de los puestos de

trabajo o cuando sea aconsejable por el interés general, el juez autoriza que el pago se efectúe en cuotas mensuales, dentro de un límite que no exceda de treinta y seis meses. En caso de que la persona jurídica no cumpla con el pago de la multa impuesta, esta puede ser ejecutada sobre sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, en la medida de prohibición de actividades de manera definitiva.

*Inhabilitación*, sea bajo la modalidad de (i) suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años; o bajo la modalidad de (ii) prohibición, temporal (entre uno y cinco años) o definitiva, de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; o (iii) para contratar con el Estado con carácter definitivo, la cual se impondrá de forma obligatoria en los casos en que el delito es cometido en el marco de un proceso de contratación pública.

*La cancelación de licencias*, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, la cual se aplicará de forma obligatoria cuando el delito de cohecho activo transnacional estuvo destinado o vinculado a la obtención de licencias u otras autorizaciones administrativas.

*La clausura de sus locales* o establecimientos, con carácter temporal (entre uno y cinco años) o definitivo.

*La disolución*, la cual se aplicará solo a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito de cohecho activo transnacional. En ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias. Esta medida no es aplicable cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado o sociedades de economía mixta que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad.

La nueva normatividad prevé, asimismo, medidas complementarias, tales como, la intervención de la persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos, cuando sea necesario, para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores hasta por un período de dos años. La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez deberá fijar exactamente el contenido y alcances de la intervención y determinar la entidad a cargo de la intervención y los plazos en que esta debe cursarle informes a fin de efectuar el seguimiento de la medida. El interventor está facultado para acceder a todas las instalaciones y locales de la entidad y recabar

la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, debiendo guardar estricta confidencialidad respecto de la información secreta o reservada de la persona jurídica, bajo responsabilidad.

### **Registro público de sanciones**

Por otro lado, la normatividad dispone que habrá un registro informático de carácter público a cargo del Poder Judicial donde se anoten dichas sanciones para los fines correspondientes, en el cual se anotará el nombre, clase de medida y duración de esta, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, sin perjuicio de cursar partes a los Registros Públicos para la inscripción correspondiente, de ser el caso.

En caso de que las personas jurídicas cumplan con la medida impuesta, el juez, de oficio o a pedido de parte, ordena su retiro del registro, salvo que la medida tenga carácter definitivo.

El Poder Judicial podrá suscribir convenios con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), entre otras instituciones, para compartir la información que conste en el registro.

Se trata, en puridad, de una especie de registro central de condenas como funciona para las personas naturales condenadas, lo cual se considera apropiado para permitir el acceso de la sociedad a la información acerca de cuáles empresas han sido sancionadas, lo que no se entiende es la razón especial por la cual el Poder Judicial pueda suscribir convenios con la OSCE y otros organismos para compartir la información, si esta es pública. No hay aquí una buena técnica legislativa.

Como se puede apreciar, se trata de verdaderas sanciones penales, similares a las que se imponen a las personas naturales cuya responsabilidad penal es declarada judicialmente, incluyendo un registro que hará las veces de registro central de condenas. Más aun, el hecho de que sea un juez penal el facultado a imponerlas como resultado de un proceso judicial con todas las garantías, no deja dudas de que se trata de una sanción penal y no administrativa.

### **¿Defensa pública de la persona jurídica?**

La nueva disposición legal establece la posibilidad de que la empresa imputada pueda ser asistida por la defensa pública en caso lo requiera. Esto, si bien es coherente con la condición de imputado, no es posible desconocer que el origen de la defensa pública surge como consecuencia del deber de Estado de proveer defensa técnica legal gratuita a los

imputados que carecen de recursos para ello, debido a un tema garantista de protección y tutela de derechos fundamentales; por lo que no es razonable que la misma disposición rija cuando no existe la misma razón de hecho, pues obviamente, por lo general, una empresa cuenta con mayores recursos que una persona natural y, frente a la escasez de recursos del Estado, éstos deben priorizarse y desembolsarse con arreglo al principio de necesidad. ¿Quiénes se encargarán de ejercer esta defensa que el Estado podría subcontratar en terceros? ¿Cómo y por qué el dinero público podría destinarse a pagar honorarios de una defensa técnica de una empresa investigada por estos crímenes? Parece que no se trata de una disposición acertada.

### **Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica**

Cuando la persona jurídica es utilizada instrumentalmente para la comisión de los delitos a que se refiere la ley, esto es, cuando su actividad es predominantemente ilícita; cuando contiene dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita; la responsabilidad que asume es agravada.

Asimismo, cuando haya cometido cualquiera de los delitos previstos dentro de los cinco años posteriores a la fecha en que se le haya impuesto, mediante sentencia firme, una o más medidas; también se considera agravante para los efectos de aumentar las medidas establecidas hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido.

### **Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica**

Cuando la persona jurídica colabora objetiva, sustancial y decisivamente en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia; impide las consecuencias dañosas del ilícito; repara total o parcialmente el daño; adopta e implementa por sí misma, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, un modelo de prevención; acredita parcialmente los elementos mínimos del modelo de prevención; realiza confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria; la responsabilidad que asume se atenúa y tiene como efecto que el juez pueda rebajar ciertas medidas hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido, cuando se trate de medidas temporales.

La responsabilidad atenuada no es aplicable en caso de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso o cuando se haya configurado la reincidencia.

Se advierte que la adopción e implementación de un modelo de prevención después de ocurridos los ilícitos, no debería servir para atenuar la responsabilidad de la empresa, pues los crímenes ya se habrían producido y consumado sus efectos, precisamente por incumplir con su obligación legal.

### **Criterios para establecer las sanciones**

La normatividad establece que la gravedad del hecho punible; la capacidad económica de la persona jurídica; la extensión del daño o peligro causado; el beneficio económico obtenido por el delito; el móvil para la comisión del delito; y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control; constituyen los criterios que el juez deberá seguir para la determinación de las sanciones. Se aprecia que se trata de una relación apropiada para los fines que persigue.

### **Suspensión de la ejecución de las medidas**

De acuerdo con la normatividad, el juez podrá disponer mediante resolución debidamente motivada y de modo excepcional, la suspensión de la ejecución de las medidas impuestas y sus efectos por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años, siempre que la medida a imponerse esté por debajo del tercio inferior, en cuyo caso impondrá a la persona jurídica las siguientes reglas: (i) la reparación total del daño y (ii) la obligación de adoptar e implementar un modelo de prevención.

Si durante el periodo de suspensión la persona jurídica no cumple con las reglas impuestas, el juez puede, según sea el caso: (i) prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo fijado; en ningún caso la prórroga acumulada debe exceder los dos años, o (ii) revocar la suspensión decretada.

Si transcurre el periodo de suspensión sin que la persona jurídica sea incorporada a un nuevo proceso penal y se verifica el cumplimiento de las reglas impuestas, el juez deja sin efecto la sanción impuesta y resuelve el sobreseimiento de la causa.

Se observa que con el sobreseimiento que se posibilita, el cual tiene el efecto de la cosa juzgada, al dejarse sin efecto la sanción impuesta originalmente y suspendida posteriormente, la persona jurídica quedaría rehabilitada legalmente y podría reintegrarse al sistema económico, financiero y comercial sin ningún problema. Con las personas naturales rehabilitadas ocurre, sin embargo, lo contrario, pues mantienen la etiqueta de condenadas y el estigma criminal que las segrega de la sociedad.

## **El requisito de procedibilidad para formalizar investigación a una empresa**

La octava disposición complementaria y final de la Ley N° 30424, modificada por el Decreto Legislativo N° 1352, dispone que la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), que es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, está facultada para emitir un informe técnico con calidad de pericia institucional, que constituye un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria por los delitos a que se refiere la ley, el cual analizará la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención.

La SMV tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, con autonomía funcional, administrativa, económica, técnica y presupuestal; por lo que resulta obvio que, de acuerdo a su ley orgánica, solo tiene competencia para las empresas que cotizan en bolsa, pero no para las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo, las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta y las organizaciones no gubernamentales (ONG), que no cotizan en bolsa; de tal modo que no es un organismo apto para evaluar la eficacia del programa de prevención en estas organizaciones para que proceda o no la formalización de denuncia fiscal.

## **Certificación del modelo de prevención**

En un primer momento, la normatividad estableció que el modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de demostrar el cumplimiento de todos los elementos establecidos, sin embargo, posteriormente ha sido derogada dicha disposición, de donde se deduce que el reglamento no podría detallar nada al respecto, pues su carácter específico y limitado por la ley, lo confina a precisar lo que la ley dispone y, en este caso, al no disponer nada al respecto, se debe entender razonablemente que el modelo de prevención no requeriría certificación, pudiendo la persona jurídica aprobar e implementar un programa de prevención criminal diseñado de manera ad hoc para ella por cualquier especialista.

## **EL TRABAJO DEL CRIMINÓLOGO EN LA EMPRESA**

El criminólogo es un profesional que estudia las causas, factores, condiciones y motivos que generan criminalidad. Su labor es de suyo

trascendental porque la cuestión criminal confronta el nivel de seguridad integral del Estado, el cual está íntimamente vinculado al bienestar general, ya que son conceptos interdependientes y complementarios, que apuntan a la aspiración de la organización social toda hacia el bien común.

El quehacer criminológico es, asimismo, importante por cuanto previene y, en ese sentido, evita la aparición de causas que pueden dar lugar a comportamientos, conductas y acciones conflictivas de las que se generan crímenes. Al prevenir evita reaccionar ex post frente al conflicto, situándose ex ante, con lo que se obtiene una ventaja, que es la misma que existe entre las acciones de limpiar y no ensuciar. Para decirlo coloquialmente, un lugar es más limpio no porque más se barre, sino porque menos se ensucia.

Además, conociendo las causas generadoras de conductas lesivas y evitándolas, se interviene en las relaciones intersubjetivas de intereses, zona de donde emergen los conflictos, de manera previa y positiva, no extemporánea ni negativa, esto es, reaccionando y castigando. Así, quien cultiva la criminología como disciplina científica capaz de superar el empleo del sistema penal para encarar y superar la criminalidad, puede aportar sobremanera en el seno de una persona jurídica, con la misma eficacia que puede hacerlo en el seno social. La diferencia está en que, en países como el nuestro, el poder no emplea la criminología sino el sistema penal, sencillamente para mantener el statu quo y continuar castigando de manera selectiva y discriminadora.

Felizmente, una persona jurídica tiene dueños ciertos y determinados y, por interés propio concreto, no indirecto o indeterminado, el poder que ejercen éstos, precisamente, hace que necesiten asegurar la buena marcha del negocio o del objeto social, esto es, que su organización no se involucre en la comisión de crímenes, pues está de por medio su propia existencia, desarrollo de operaciones, economía y prestigio. En el medio empresarial y asociativo, sí interesa prever antes que castigar, a diferencia de lo que acontece en el medio social, pues el titular del poder es el creador, fundador, aportante y directo interesado en la buena gestión y óptimas prácticas corporativas.

He aquí entonces un espacio propicio de colaboración del criminólogo con la persona jurídica, no solo para evitarle responsabilidad criminal, sino para contribuir a irradiar su responsabilidad social, pues siendo el crimen un fenómeno social, además de un doloroso problema interpersonal, su evitación abona en el aporte social que debe una empresa a la comunidad en la que actúa.

El quid del trabajo criminológico es, en el caso del programa de prevención criminal empresarial, la optimización de todos los procesos que puedan conducir a la utilización de la estructura organizacional y las operaciones de la entidad en crímenes y, con ello, a su involucramiento y, eventualmente, a su responsabilidad penal. De esta manera, además, se incrementa la rentabilidad del giro social al reducir riesgos de pérdida y hasta de extinción.

### **La criminología corporativa**

Como la criminología es una ciencia humana y social holística, constelacionista, multidisciplinaria y enciclopédica, es factible apreciarla según sus distintos ámbitos de aplicación, de donde emergen las diversas criminologías denominadas específicas, tales como la criminología femenil, vial, urbanística, del desarrollo, clínica, psicológica, sociológica, crítica, infanto juvenil, de cuello blanco, económica, entre otras.

En el caso de la criminología corporativa, empresarial u organizacional, se trata de una especialidad cuyo objetivo es encargarse y gestionar la seguridad integral de las organizaciones y sus integrantes, mediante la prevención y control de las condiciones y factores generadores de criminalidad que pueden aparecer en el desarrollo o con ocasión de las actividades de la entidad.

Es palmario, sin embargo, que el trabajo en equipo privilegia la visión interdisciplinar del objeto materia de estudio y análisis; por lo que el equipo a cargo del programa de prevención corporativo debe ser multidisciplinario, en función de las diversas clases de actividades y operaciones de la organización. El responsable de dirigirlo tendría que ser un profesional que conozca y cultive la criminología, a fin de guiar la integración del equipo al objetivo común y la resolución exitosa de situaciones criminógenas.

En un primer momento, de observación y análisis de la realidad de la entidad, se deberá detectar e identificar las vulnerabilidades, teniendo en cuenta todos los recursos con los cuales opera la entidad; luego corresponderá establecer los peligros, inseguridades y conflictos que pueden amenazar o impactar dichas vulnerabilidades. A continuación, se deberá delinear las contras medidas y estrategias para evitar las amenazas y riesgos, para diseñar las políticas, normas y procedimientos precautorios, de control, inspectivos, supervisores, de información y reporte, así como éticas, motivadoras y disuasivas.

El criterio teleológico en que se funda un programa de prevención criminal corporativa es el aseguramiento de la imagen de la entidad,

la eficacia de la organización, la calidad del servicio, la óptima cultura organizacional, la ética corporativa y la responsabilidad social. Eso hace grande y perdurable a la entidad. Evidentemente, el objeto de tenerlo e implementarlo radica en la prevención y evitación de riesgos, cuya consumación puede, eventualmente, terminar con la economía de la entidad y, acaso, con su existencia. Entonces, el mensaje que debe dar una empresa a propios y terceros es el de cero oportunidades para que su organización sea utilizada para el crimen.

Detectar, identificar, evaluar y superar riesgos criminógenos es la tarea del criminólogo, privilegiando siempre la tutela del interés de la entidad en la eliminación del peligro. Es en ese ámbito donde el criminólogo integra las diversas escuelas y teorías que explican el crimen con las situaciones de riesgo y la administración de las condiciones organizacionales de seguridad para garantizar la marcha y perdurabilidad de la entidad.

El criminólogo empresarial, organizacional o corporativo, tiene ascendente en todo el proceso de gestión y de toma de decisiones, diseño de políticas, elaboración de estrategias y generación de acciones respecto de la seguridad, con estricta sujeción a la misión, visión, principios y valores de la entidad.

### **Actividad criminal y persona jurídica**

No es hasta la tercera década del siglo pasado que la criminología enfocó el aspecto estructural, organizacional y el perfil criminal de la persona jurídica, gracias a Edwin Sutherland, quien acuñó el concepto de “criminalidad de cuello blanco”.

Tampoco el derecho penal se mostró, como hasta ahora, interesado en responsabilizar y sancionar personas jurídicas, sino únicamente personas naturales, debido al concepto de responsabilidad subjetiva, que requiere libertad y voluntad, que obviamente no la tienen las entidades por ser sujetos jurídicos fictos. Como lo tenemos dicho, el derecho penal, además, no es un instrumento idóneo para hacer frente a la criminalidad económica, organizada trasnacionalmente o globalizada, pues no impacta en la formación de sanas culturas organizacionales ni en el fomento de buenas prácticas corporativas, como tampoco contra motiva a la persona natural.

De acuerdo con la experiencia criminológica, es posible diferenciar un crimen corporativo de un crimen de ocupación corporativa, según se cometa en provecho o beneficio de la entidad teniendo a la entidad como protagonista; o consista en el aprovechamiento de una posición de ventaja dentro de la organización por parte del agente infractor, respectivamente.

La lista es extensa e inacabable, pues las modalidades criminales mutan muy dinámicamente.

Desde limitaciones y reservas al libre comercio, tales como, uniformidad y discriminación de precios y descuentos; violaciones legales sobre patentes, marcas de fábrica y derechos de autor; publicidad engañosa; prácticas y condiciones laborales injustas; manipulaciones financieras; violaciones de las regulaciones especiales de guerra; evasión de impuestos; violaciones de embargos, hasta una serie inacabada de crímenes misceláneos, referidos a salud y seguridad, transacciones de negocios sin las debidas licencias requeridas por la ley, delitos contra el medio ambiente, contrabando, entre otras múltiples formas criminales.

Para el análisis criminológico de la persona jurídica debe tenerse muy en cuenta la cultura y estructura organizacional de la entidad, pues siempre están detrás del beneficio o utilidad presente o futuro y de la máxima efectividad, a cualquier coste, lo cual las convierte en potenciales entornos criminógenos.

Aun cuando en el derecho penal se ha clasificado a las organizaciones criminales, se debe tener cuidado en diferenciarlas de la corporación criminal, pues la finalidad de aquellas es la de cometer crímenes, para eso se constituyen y agotan su razón de ser en dichas actividades ilícitas, mientras que la de ésta no lo es, toda vez que se han constituido con una finalidad lícita, en la cual precisamente cabe la maximización del rédito y la ganancia, para lo cual pueden proyectar acciones criminales con esos fines específicos, tales como, una mejor posición en el mercado, aniquilar a la competencia, crear monopolios, entre otras, en las que se puede apreciar que el crimen es meramente un medio para conseguir sus fines económicos, que está institucionalizado como un método empresarial entre los tantos que posee.

Si se intentara clasificar las políticas organizacionales criminógenas se podría arribar a considerar la maximización del beneficio económico; la carencia de un programa de prevención criminal, que muchas organizaciones suelen traducir en menos normas más operatividad; y la ausencia o debilidad de una cultura institucional de liderazgo ético.

Estas políticas, hay que tener cuidado, son objetivamente epidémicas en razón de la teoría de la asociación diferencial del mismo Edwin Sutherland, aplicada precursoramente al entorno laboral peruano por la abogada Zavala, L. (2016) según la cual, la conducta criminal se aprende, como se aprende también el comportamiento virtuoso o cualquier actividad; y se aprende en interacción con otras personas, mediante un proceso de comunicación, que como sabemos se da con asiduidad

y frecuencia permanentes en una organización laboral. Ergo, si en un contexto organizacional que adolece de las políticas antes mencionadas, los funcionarios con autoridad y poder de decisión llevan a cabo conductas desviadas de contenido ilícito en aras de buscar el beneficio para su organización, las incentivan o toleran, entonces el mensaje es claramente negativo para el resto del personal.

En este contexto de larga data de criminalidad y, desde el punto de vista normativo en nuestro país, nuevo para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que puede llevarlas a su disolución pasando antes por su descalabro económico, se impone hacer la ineludible reflexión acerca de que si es conveniente que accionistas, fundadores, socios, asociados, dueños, directores, directivos, administradores y representantes de las personas jurídicas en general y de empresas en particular, aplacen más el necesario cambio del paradigma de la reacción y la contratación de penalistas por el de la prevención y la contratación de cultores de la criminología para que dirijan el equipo multidisciplinario que tenga a su cargo la vital tarea de diseñar, ejecutar y supervisar un programa de prevención criminal. Creemos que ha llegado la hora de ejecutar el cambio para bien de las personas jurídicas.

## **CONCLUSIONES**

La actividad criminal en una persona jurídica sea cual fuere la causa que la origine y el agente que la perpetre, desde una perspectiva penalista, debe y puede ser materia de sanción penal, no obstante, aplicando una perspectiva y política criminológicas, debe y puede ser objeto de prevención y control. Esta es la virtud de la introducción en el Perú de la nueva obligación legal de que las personas jurídicas implementen, ejecuten y supervisen el buen funcionamiento de un programa de prevención criminal para que les sea posible eximirse de responsabilidad penal.

Por la naturaleza del programa y el alcance de su contenido, comprensivo de todas las actividades de la organización, debe ser elaborado por un equipo multidisciplinario dirigido por un profesional que cultive la criminología, ya que su competencia cognitiva en la materia le permitirá dirigir la acción interdisciplinaria a la detección e identificación de las causas, factores, condiciones y motivos criminógenos, que constituyen el entorno en el que se desenvuelven las operaciones sociales de la organización.

Con la entrada en vigor de la nueva obligación legal, se desvanecen las dudas que acaso hubieran podido existir en términos de análisis costo beneficio, respecto a que es mejor para la empresa o persona jurídica defenderse de una imputación penal contratando un abogado penalista para determinado caso, que contratar con toda anticipación la

elaboración ad hoc de un programa de prevención y supervisar su correcto funcionamiento, a cargo de un profesional cultor de la criminología. Supera este análisis el que se hace a propósito del seguro, que más vale tenerlo y no necesitarlo, que necesitarlo y no tenerlo, puesto que se trata de un mecanismo de exención de responsabilidad criminal y no meramente de una garantía de pago económico por parte de un tercero (la empresa aseguradora) si se presenta el riesgo.

Ya hemos visto como en la actualidad, las personas jurídicas en general y las empresas en particular se encuentran sometidas a un permanente estado de riesgo, peligro y compromiso de seguridad debido a la vertiginosa dinámica de las operaciones y la actividad frenética de los actores económicos, motivados permanentemente por la maximización de ganancias a cualquier coste.

En esa medida, es estimulante para la criminología corporativa esta novísima obligación legal porque, de acuerdo con las circunstancias de la vida actual, que asedian a las personas naturales, que crean y/o conforman personas jurídicas, constituye una oportunidad inestimable para hacer conocer, por este estado de necesidad, la importancia y trascendencia de la criminología como disciplina científica que supera al derecho penal en la construcción de políticas y estrategias eficaces de control de la cuestión criminal, las cuales en el mundo de las organizaciones jurídicas resultan tanto más indispensables cuanto su carencia conlleva la grave afectación económica y moral, cuando no la desaparición de la entidad.

## **FUENTES DE INFORMACIÓN**

Borja Jiménez, Emiliano (2003) "Curso de política criminal" Tirant lo Blanch. Valencia, España.

Diez Ripollés, José (2002) "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena" Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen XXXV, número 103, enero-abril 2002, pp. 409- 447, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/427/42710303.pdf>

Pérez Pinzón, Alvaro (1986) "Curso de Criminología" segunda edición, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

Tonkonoff Costantini, Sergio (2012) "Las funciones sociales del crimen y el castigo. Una comparación entre las perspectivas de Durkheim y Foucault". Sociológica, Revista Académica Científica del Departamento de Sociología de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, año 27, número 77, septiembre-

diciembre de 2012, pp. 109-142. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v27n77/v27n77a4.pdf>

Zaffaroni, Eugenio (1998) “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal” EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial, y Financiera. Buenos Aires, Argentina.

Zavala Van Oordt, Lizet y otros (2016) “Criminología laboral” En “Criminología. Enfoques multidisciplinares” Fondo Editorial USMP, Lima, Perú.

# ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DE LA CORRUPCIÓN

Gino Ríos Patio

---

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Larga data de la corrupción
- III. Concepto, causas, clases, tipos y efectos de la corrupción
- IV. La corrupción del Estado y el estado de la corrupción
- V. Prevención de la corrupción
- VI. Una errada óptica penal anticorrupción
- VII. Conclusiones
- VIII. Fuentes de información

## RESUMEN

El autor analiza el delito de corrupción de funcionarios desde una doble perspectiva penal y criminológica; examina su tradicional invisibilidad y acaso impunidad de los sujetos activos, hasta su migración al primer plano social en casos emblemáticos; explora sus efectos económicos, sociales, psicosociales, políticos y jurídicos; razona sobre la necesidad y urgencia de empoderar la ética en la función pública; y propone iniciar una reforma institucional y del funcionariado para prevenir la corrupción, así como privatizar la lucha contra la corrupción.

## INTRODUCCIÓN

El Perú presenta una realidad problemática que es transversal a las distintas dimensiones de la realidad nacional, lo cual constituye una grave dificultad para el desarrollo nacional. Dicho problema es la corrupción, la cual por estar tan arraigada en nuestro país resulta sistémica, habitual y multimodal, que atraviesa el espacio público y privado, así como económico, social y psicosocial, causando nefastos estragos en la integridad, probidad y ética individual, como en la moral social y en la eficacia de las instituciones y del orden jurídico.

Este panorama justifica *per se* un estudio analítico del fenómeno de la corrupción, ello debido a su manifiesta importancia y evidente trascendencia a efectos de concienciar a la población en general y las autoridades en particular de aportar denodados esfuerzos para lograr superar esta histórica dificultad, que complica no solo el crecimiento económico sino también el desarrollo humano e institucional.

Como todo crimen, la corrupción es inextinguible, pero es absolutamente posible de ser controlada en su intensidad y extensión, así como reducirla a niveles tolerables y de leve impacto, con una adecuada e integral política criminológica, de nivel primario, secundario y terciario, que supere el ejercicio de una simple política punitiva, violenta y selectiva por la naturaleza del *ius puniendi*.

De lo contrario, de continuar su incesante incremento, la ineficacia de la normatividad de toda índole y la postergación *sine die* de los intereses generales de la población, se mantendrá en beneficio de los intereses subalternos individuales y en detrimento de la satisfacción de las necesidades y aspiraciones colectivas, con grave perjuicio para la democracia material a la que aspiramos y a la forma de Estado social, constitucional y de derecho que nuestra carta política consagra.

En cambio, previniéndola y sancionándola eficazmente, evitaremos la anomia definida por Emile Durkheim como el debilitamiento de la cohesión social que hace que la sociedad pierda su fuerza para integrar y regular adecuadamente a los individuos; e impediremos la anomia determinada por Merton como la disociación en la relación entre fines culturales y medios para lograrlos. Con lo cual sobreviene inexorablemente en la ingobernabilidad y el caos, que es lo opuesto de orden y libertad.

Por ello, es importante escribir y leer sobre este problema nacional porque en esa conversación que se da entre autor y lector, emerge y fluye la actitud y la voluntad, que permitirá combatir este flagelo nacional al considerar las consecuencias aciagas y ponderar las alternativas serias que se pueden implementar para controlarlo y reducirlo a niveles tolerables.

De ahí que resulte meritorio que la *Actualidad Gubernamental*, en el marco del contexto actual en el que se desenvuelve cotidianamente el país, dedique este libro hecho realidad gracias a la colaboración académica de quienes nos hemos resuelto a escribir sobre el tema, esfuerzo editorial de trascendencia para contribuir a la cabal comprensión de la realidad social transida por la corrupción.

## LARGA DATA DE LA CORRUPCIÓN

El origen de la corrupción se hunde en la noche de los tiempos. Lo cual supone que la corrupción existe de antiguo. Tan dilatada antigüedad sugiere ineludiblemente que la naturaleza humana tiene que ver con su origen. En efecto, el ser humano se conduce en la vida en función de sus intereses, los que son de todo tipo, los hay de índole material para satisfacer sus necesidades de esa clase; y también de tipo inmaterial, para saciar sus deseos y aspiraciones de esa dimensión. Cuando el hombre lleva a cabo sus acciones para lograr sus metas personales de colmar sus intereses, privilegiando estos por encima de intereses de terceros o de intereses generales, públicos o colectivos, utilizando medios ilegales, está pervirtiendo, viciando, trastocando y echando a perder el orden público, la normatividad vigente, la dignidad y los derechos fundamentales, la ética y el buen gobierno.

El origen de la corrupción permite entender que, en materia de venalidad, concepto íntimamente asociado a la corrupción, porque alude a todo aquello que se puede vender, negociar o adjudicar, el dinero no es el único instrumento que la hace posible. En efecto, desde que el hombre se mueve en la vida por intereses, que es el combustible de la corrupción, lo dinerario o, más aún, lo económico, no es el único detonante de la corrupción. También lo es el odio, la venganza, la propia convicción, entre otras. Esto facilita la comprensión de por qué la corrupción es ubicua y multimodal, pues se da en todos los campos de la vida pública y privada, desde el político hasta el judicial; y desde el empresarial hasta el personal.

Garzón en el prólogo del libro de Brioschi<sup>1</sup> recuerda los tiempos inmemoriales de la corrupción en el orbe, desde Nerón y Calígula —agrego desde Judas Iscariote, que cometió un acto de felonía, deslealtad y corrupción al vender información sobre la identidad y ubicación de Jesucristo a los agentes públicos<sup>2</sup>—, la Babilonia del siglo v a. C. en donde había opresión, se aceptaban dádivas y se robaban unos a otros las propiedades, la Reforma, el Absolutismo y la Revolución Francesa, la Revolución Industrial y económica, la colonización en América y África, hasta los políticos de hoy, ámbitos todos ellos en donde la corrupción fue (es) el pan nuestro de cada día y un lugar común. En buena cuenta la corrupción siempre ha existido, unas veces se habla de ella por doquier y otras se invisibiliza y se sitúa en la sombra a buen recaudo, pero ello no

---

1 BRIOSCHI, Carlos Alberto, *Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*, Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2Ng2xFE>>.

2 Ver más al respecto RÍOS PATIO, Gino, "Enfoque criminológico sobre la persecución, acusación y condena a Jesucristo". Recuperado de <<https://bit.ly/336dBdI>>.

quiere decir que no exista; como también ha existido las normas contra la corrupción que, como toda regla jurídica, unas veces se cumplen y otras se violan.

En nuestro país, Quiroz<sup>3</sup>, afirma con todo acierto que la corrupción es un problema que no se configura únicamente por el grosero latrocinio del patrimonio estatal, sino también toda una gama inagotable de acciones públicas y privadas que privilegian el interés público de quienes las llevan a cabo con menoscabo y perjuicio del interés general, perjudicando el progreso y desarrollo de la nación. En cuanto a su origen, dicho autor no duda en señalar que es un legado colonial de la política central del imperio español, que instauró y ejerció un poder político hegemónico por encima del interés colectivo de la población sometida al yugo colonial e injusto al extremo de exceder cualquier tolerancia social, lo que generó un estado de cosas oficial, desde la autoridad, ilegítimo y por ello ajeno a la población, lo que devino en la formación de la idea emancipadora con un espíritu reformador, sobre todo económico y social.

Cabe recordar con Martínez, E. y Ramírez, J.<sup>4</sup> que en el siglo XVIII en España, Francia e Inglaterra, los cargos públicos eran vendidos y por tanto heredados al ser propiedad privada, práctica que se proyectó e instaló en las colonias americanas con las audiencias, que eran cuerpos jurisdiccionales instituidos por los reyes católicos para fortalecer su potestad sobre los nuevos territorios; lo cual contribuyó a iniciar una tradición corrupta, pues el servicio público, incluida la administración de justicia, era considerado un negocio al haber pagado al erario nacional por ejercer el cargo, por lo que la función correspondiente estaría encaminada a compensar lo pagado y generar nuevos ingresos, es decir, el afán de lucro en su máxima expresión con una clientela cautiva que eran todos los ciudadanos que de una manera u otra tenían que solicitar algo al Estado.

Lo anterior permite comprender cómo el ejercicio de un poder absolutista, centralista y concentrado origina perversión e inmoralidad, preeminencia del interés privado y preterición del interés público, debido al quiebre de los principios éticos y la escala axiológica, que como se sabe generan solidaridad y construyen consenso. Lamentablemente, la herencia de la corrupción germinó en los criollos que formaron una

---

3 QUIROZ, Alfonso, *Historia de la corrupción en el Perú*, 2.ª ed., 6.ª reimp., Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2017.

4 MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique y Juan Manuel RAMÍREZ MORA, "La corrupción en la administración pública. Un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana Reflexión Política", vol. 12, n.º 23, en *Reflexión Política*, Bucaramanga: junio del 2010, pp. 68-80, Recuperado de <<https://bit.ly/2th4o6i>>.

casta exclusiva con desprecio de los grupos indígenas que no tuvieron participación en el proyecto nacional.

Martínez, E. y Ramírez, J.<sup>5</sup> señalan que el crimen estaba normalizado; que los servidores públicos eran complacientes y cómplices necesarios del delito a cambio de prebendas y beneficios de diversa índole; y que los infractores que se habían enriquecido a expensas del dinero público gozaban de un gran prestigio social. Este panorama se hizo posible merced a lo difuso y abstruso de la normatividad con la que el naciente Estado, todopoderoso, frente al ciudadano, pretendía regular la vida social y económica de la nueva nación, así como a la amplia discrecionalidad de que gozaba el funcionario estatal para decidir sobre las solicitudes de permisos, autorizaciones y dispensas, y sancionar administrativamente. La corrupción pasó a solucionar los problemas derivados de una reglamentación insuficiente o inoperante, lo cual sirvió para cimentarla y para que perdure al ser considerada eficiente, funcional y útil para fines individuales.

Así, la corrupción se hizo un trámite acostumbrado, sencillo y necesario; y fue utilizada para trepar en la escala social, dejando relegados el bien común, el interés social y el bienestar de la colectividad. Solo se requería discreción para que las prácticas corruptas sean inequívocas, inmunes y perdurables, como en efecto lo fueron. Ni siquiera un decreto supremo de Simón Bolívar que establecía la pena de muerte para el funcionario público que se apropiara de dinero del erario nacional logró contra motivar y disuadir dicha conducta, lo que significa que la punición más grave no es eficaz y, contrariamente, debe pensarse en la prevención por un largo tiempo para lograr efectividad, previa determinación de las causas, lo que nos enseña la criminología.

## CONCEPTO, CAUSAS Y EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN

### Concepto

La palabra corrupción etimológicamente proviene del verbo latín *corruptus* que significa romper, lo que denota un estado alterado, trastocado, fuera de su curso normal, es decir, un comportamiento desviado, una conducta antiética, reñida con los valores y contraria a la ley, lo cual implica un concepto de vicio moral y de crimen al mismo tiempo.

De la conocida frase de Lord Acton, católico liberal y catedrático de la Universidad de Cambridge, expresada al obispo Mandel Creighton el

---

5 *Loc. cit.*

3 de abril de 1887: “El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”, se puede deducir que la corrupción está vinculada estrechamente al ejercicio del poder, de un poder para hacer determinadas cosas, que todos tenemos en todos los órdenes de la vida. Evidentemente, hay una graduación de poderes que es correlativa a la gravedad de la corrupción que desde allí se pueda ejercer. De ello, es posible conceptualizarla como un fenómeno social que se manifiesta en una acción u omisión intencional de un agente, que, violando los deberes éticos y responsabilidades sociales, ocasiona implicaciones varias y va más allá de alguna actividad determinada, pública o privada, de la cual se genera un beneficio personal indebido y afecta el sistema institucional en su conjunto.

Entonces, cuando alguien que tiene una situación específica, es decir, poder para realizar algo, es estimulada en secreto mediante prebendas o esperanzas a hacer algo que beneficia al incitador e implica una traición hacia el grupo u organización a la que pertenece, existe corrupción. La característica del sigilo es incompatible con los principios democráticos esenciales de visibilidad, cognoscibilidad, accesibilidad y controlabilidad del poder.

Lo anterior, según Nye<sup>6</sup>, expresa que hay corrupción cuando una conducta se aleja de los deberes y obligaciones reglamentarios para satisfacer intereses privados, sean individuales o colectivos; económicos o de estatus; quebranta las normas contra la práctica de determinadas maneras de influjo privado, tales como el soborno, la recompensa, el nepotismo y el uso indebido o la apropiación de recursos para beneficio privado.

Tanzi<sup>7</sup> define la corrupción como la violación intencionada del principio de imparcialidad con la finalidad de obtener un beneficio personal para sí u otras personas vinculadas.

Por eso, la definición más aceptada es la más simple: el uso ilícito y clandestino del poder para interés y utilidad privada. Corrupción no es sinónimo de dinero, sino de un indebido beneficio privado a expensas del poder, público o privado, que se tiene para hacer algo.

---

6 NYE, Joseph, “Corruption and political development. A cost-benefit analysis”, en HEIDENHEIMER, Arnold J.; Michael JOHNSTON y Victor T. LEVINE (eds.), *Political corruption. A handbook*, 2.ª ed., Nueva Jersey: Transaction Publishers, 1989.

7 TANZI, Vito, “Corruption. Arm’s-length Relationships and Markets”, en FIORENTINI, G, y PELZMAN, S.M (eds.), *The economics of organised crime*, Cambridge: Cambridge University Pres, 1995.

## Causas

Desde que la corrupción es el uso prohibido del poder que se tiene, el interés egoísta del individuo para usar dicho poder es un evidente factor, esto es, hace que la corrupción se produzca. La potestad bio-psico-espiritual que resulta en la imposición de la voluntad de una persona a otros, conocida como poder, tiende a ser usada de manera desviada, excesiva y arbitraria, debido a un envanecimiento individual de quien lo detenta. A mayor poder, el influjo es mayor. Esta parece ser una constante en los hombres. Solo algunos pocos usaron el poder en beneficio de los demás, tales como Jesucristo, Gandi, Martin Luther King, entre otros.

El hombre se conduce en la vida por sus intereses. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, siendo un animal social y político, es decir, que solo puede sobrevivir en el seno social, la vida en comunidad implica una limitación de los intereses y las respectivas conductas autorreferentes para realizar una conducta. El bien común, el interés general y la seguridad integral convocan a las personas a emplear su poder en beneficio de la sociedad, a través de la convergencia o concurrencia de nuestros intereses, que se realizarán no como fueron concebidos sino como lo permita dicha aproximación, esto es, reconducidos. De lo contrario, si los intereses se mantienen diferentes y discrepantes, surge el conflicto, la violencia y el crimen.

Pero ¿cuál es la razón por la cual el hombre pretende hacer prevalecer su interés de lograr un beneficio privado para sí o para terceros? Indudablemente lo es la falta de educación cívica y la tendencia irrefrenable hacia un individualismo que elimina cualquier atisbo de cooperación, colaboración y solidaridad. En términos psicológicos, es la entronización del *ello* que el *superyó* no puede contener y que resulta en el automatismo del *yo* para realizar actos en su propio interés y beneficio. Dicho de otro modo, el déficit de ese tipo de educación se traduce en una patente ausencia de sentido de pertenencia a la sociedad; en el establecimiento de relaciones e interacciones interpersonales de ajenidad en vez de alteridad, en virtud de las cuales se considera al otro no como uno mismo sino como un individuo diferente; y una peligrosa tendencia hedonista y epicúrea siempre efímeras que corroen la escala axiológica y precipitan al ser humano a la frustración, vía la intolerancia, y la insatisfacción permanente debido a la creación incesante de necesidades artificiales y suntuarias cuya satisfacción apremiante se convierte en el objetivo central de la vida humana.

Esta situación, naturalmente, exige una transformación de la persona para desterrar la impronta que está dejando el uso desmedido e irracional de aparatos biotecnológicos de uso masivo por las actuales

generaciones, consistente en una deshumanización, automatismo y falta de reflexión sobre el sentido de la vida. Mientras esto no ocurra, el peligro del transhumanismo y post humanismo se ciernen sobre el hombre.

Al respecto, desde la neurofilosofía se postula que la ética humana es el triunfo sobre la evolución sediciosa del hombre, por lo que no es la teoría evolutiva la que explica nuestra moral, ya que esta es la oposición tardía a lo natural. Pero la ética hay que practicarla cotidianamente para afirmarla, pues al no ser algo natural, corre el riesgo de desvanecerse por la fuerza de lo originario. En efecto, es difícil aseverar científicamente que el ser humano sea naturalmente moral o inmoral, pues la vida está condicionada por el entorno desde que se nace como una *tabula rasa*. La única tendencia innata es la de sobrevivir, pues al ser materia biológica y energía el ser humano indefectiblemente se extinguirá como tal y se transformará en otra forma de vida. Por eso, las decisiones del hombre son volubles, dependen de sus circunstancias. Por ello también, al estar el hombre impelido por la tendencia a sobrevivir, lo que es una forma de egoísmo, la consecución de sus metas y objetivos conlleva esa impronta individualista. No obstante, son las circunstancias personales las que direccionan nuestro comportamiento.

Es importante relieves que el motor impulsador de la actividad humana es el deseo, que va desde las necesidades básicas y materiales para poder vivir, hasta el deseo de adquisición, rivalidad, vanidad y amor al poder, este último es el de mayor potencia. Por tanto, a decir de Al-Rodhan<sup>8</sup>, el poder, placer, beneficio, orgullo y permanencia, son los factores que motivan la vida humana, los cuales como se puede apreciar están orientados hacia una sensación de bienestar personal, porque el cerebro aspira a lograr una gratificación neuroquímica y cuando la experimenta busca mantenerla y mejorarla, debido al instinto de supervivencia y de prolongación de la vida. El problema surge con las denominadas neurotecnologías emergentes, respecto de las cuales se debe actuar con cautela y moderación, pues ellas exacerban los motivadores antes mencionados, generando un efecto adictivo e intoxicante, aun reconociendo que pueden ser nocivos para la salud.

Por otro lado, en cuanto a las causas actuantes, se cuentan el desorden administrativo; la cultura clientelar y centralista del Estado; la enorme capacidad del funcionario para resolver y concluir sobre asuntos de importancia que tienen una considerable solicitud o que son

---

8 AL-RODHAN, Nayef, "Una neurofilosofía de la naturaleza humana: el egoísmo amoral emocional y los cinco motivadores de la humanidad", abril del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2NquAF3>>.

privilegio y prerrogativa de la función pública; la impunidad; la debilidad institucional y la exigua separación de poderes; la falta de cooperación judicial y policial internacional; y los paraísos fiscales y bancarios.

### Clases y tipos

En el panorama internacional, se ha llegado a establecer, según Nieto<sup>9</sup>, la corrupción ocasional que es tolerable y no trasciende la cotidianidad del ciudadano; la corrupción endémica que está extendida y normalizada; y la corrupción sistémica que se encuentra institucionalizada y tolerada.

En cuanto a los tipos de corrupción, según el mismo Nieto<sup>10</sup>, se tiene el soborno, que es el ofrecimiento o la dación a un receptor de cualquier tipo de beneficio a cambio de la realización u omisión de un acto funcional. La malversación consistente en la aplicación indebida o el no uso de los recursos para lo que fueron establecidos, en beneficio propio, de terceros o de otra entidad, de bienes públicos que le fueron confiados al funcionario oficial por su cargo. El tráfico de influencias, que consiste en usar y disfrutar en beneficio propio o de terceros, de las relaciones oficiales con las que cuenta un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El abuso de funciones, consistente en la realización u omisión de una conducta contraria a la ley, por un funcionario público en el ejercicio de su cargo, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad, tales como el uso de información privilegiada, el conflicto de intereses y el nepotismo. El enriquecimiento ilícito, consistente en el incremento patrimonial significativo de los ingresos legítimos de un funcionario público, que no pueda ser razonablemente justificado. El blanqueo del producto del delito o lavado de dinero, que es la manipulación realizada por un particular o una entidad para introducir de manera velada en el flujo financiero, inmobiliario u otro, un capital obtenido originalmente por actos ilícitos con el fin de legalizarlo.

### Efectos

En el panorama del desarrollo económico y político de los países, la corrupción afecta la calidad de las políticas económicas y la efectividad del Estado en su aplicación; deforma el esquema y el funcionamiento de la regulación; extingue la confianza de la ciudadanía con sus autoridades; y debilita y estorba la acción de la justicia, por lo que tiene sin lugar a duda un efecto negativo en el nivel de inversión, crecimiento, igualdad y

---

9 NIETO, Francisco, "Desmitificando la corrupción en América Latina", en *Nueva Sociedad*, n.º 194, Caracas: noviembre del 2004, pp. 54-68.

10 *Loc. cit.*

bienestar de la economía. Es decir, no es irrelevante para el desarrollo económico.

De hecho, las inversiones de los productores sobre las metas y objetivos de producción; la actividad administrativa estatal y la gestión pública; la operatividad y eficiencia de la empresa privada; y el bienestar de la sociedad, son impactados negativamente por la corrupción.

Como anota Kaufmann<sup>11</sup>, la corrupción “reduce la inversión interna y externa; merma los ingresos tributarios y afecta el gasto social. Por ende, empeora la distribución del ingreso y distrae recursos que se podrían destinar para reducir la pobreza”.

En el plano político, la corrupción replica y refuerza la desigualdad social; apadrina y resguarda las tramas de complicidad entre lo político y económico; arraiga la actividad ilegal en los políticos, lo que contribuye a formar una clientela por adscripción, pretiriendo el interés colectivo; desprestigia y aminora el principio de autoridad, estimulando asimismo la desobediencia civil; asienta la ilegalidad; deslegitima el gobierno; y destruye los valores y principios democráticos.

En el ámbito social, la corrupción agrava las diferencias sociales; excluye a los grupos sociales carenciados; fuerza una adhesión a un sistema informal e irregular; devasta el incentivo propio del servicio público y la solidaridad social; impide la formación de recursos humanos probos, capaces e íntegros; promueve las relaciones sociales por adscripción y no por intereses comunes, deteriora la eficacia de las normas y reglas; y echa a perder los beneficios de una colaboración solidaria.

## **LA CORRUPCIÓN DEL ESTADO Y EL ESTADO DE LA CORRUPCIÓN**

La corrupción existe en el Perú desde que surgimos a la vida independiente. Esta afirmación la compartimos todos. No es novedad entonces la corrupción en el sistema económico, político y judicial de la que dan cuenta los videos pretéritos y los actuales audios que vienen divulgándose. En realidad, era de conocimiento general que en dichos sistemas sobresale la corrupción. Por eso, entre otras cosas, siempre ha existido una sensación de injusticia en tales ámbitos, de la cual deriva su elevadísimo índice de desconfianza ciudadana, según las encuestas públicas de opinión. Según *Barómetro Global de*

---

11 KAUFMANN, Daniel, “Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica”, en *Revista Perspectivas*, vol. 3, n.º 2, Santiago: 2000, pp. 367-387.

*Corrupción*<sup>12</sup> correspondiente a América Latina y el Caribe, presentado por Transparencia Internacional a través de su capítulo peruano Proética el 23 de setiembre del 2019, el 94% de los peruanos desconfía del Estado; un 95% no cree en el Poder Judicial; y un 80% cree que la mayoría de los congresistas son corruptos.

Estas cifras son, en verdad, preocupantes ya que vuelven a develar un problema oculto e invisible que de manera intermitente asoma, situación que impide asumir un esfuerzo de desarrollo franco y decidido para construir una sociedad igualitaria, libre y justa.

Asimismo, una investigación internacional realizada por numerosos autores latinoamericanos, en la que participaron dos profesoras de la Universidad del Pacífico (2019) y que tuvo como muestra de la encuesta en el Perú a presidentes, gerentes y directores de compañías grandes, medianas y pequeñas de los diferentes sectores económicos y regiones del país; da cuenta que el Perú tiene los indicadores de percepción más elevados de la práctica del soborno. Así, el 99% de encuestados cree que hay empresarios que ofrecen soborno; el 82% asegura que en su sector se dan sobornos y que el más propenso es el de construcción, recibiendo el señalamiento del 58% de los encuestados; el 54.5% considera que el monto que se paga de manera secreta para la adjudicación de un contrato oscila entre 1% y 10%; el 60.9% cree que el soborno sirve para obtener un contrato, 51.6% para agilizar trámites empresariales y 37.5% para acceder a servicios; y el 47.1% reveló que no tiene acceso a poner una denuncia al interior de las empresas.

Como es de advertir, la corrupción involucra actores públicos y privados. Se da en cada uno de esos ámbitos, a todo nivel. Su esencia está marcada por preferir el interés personal sacrificando el interés colectivo que debe primar en función del ámbito en el que se produzca. El mecanismo de la corrupción siempre es el contravenir la norma vigente 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 judicial la corrupción es, lamentablemente, percibida como un lugar común, un vergonzoso distintivo. Su audición pública en esta ocasión es semejante a la visualización de la corrupción del sistema

---

12 "Barómetro global de corrupción correspondiente a América Latina y el Caribe", en *Transparencia Internacional*, Bogotá: setiembre del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2QOnAkP>>.

político que se dio el 2000. Es decir, se connotaba, pero esa vez, como en esta, 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 nos debe alarmar los actos de corrupción en sí mismos, por conocidos; no 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; que no se convierta en una anécdota efímera inconducente; y sobre todo que no se pierda el genuino interés —si en verdad existe— de poner término a esta lacra de comportamiento corrupto de los altos funcionarios públicos.

La corrupción no se ataja, no se controla ni se reduce —su existencia como la del crimen es inevitable— con reformas de los sistemas operativos —en el Perú ha habido más de una docena de ellas respecto del 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 del caso 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.

Un Estado, cualquiera que fuese, sin que interese su clase, por el solo hecho de ser una organización política jurídica que tiene como fin supremo el bien común y como fines esenciales el bienestar general y la

seguridad integral, a los cuales aspira desde una determinada ideología, sea comunista, neoliberal o de cualquier otro pensamiento, para que la sociedad sea más justa, igualitaria y libre; es incompatible con la corrupción porque lo que esta persigue es romper el ordenamiento vigente, en el cual se regula dicha organización, y beneficiar un determinado interés individual o de grupo en desmedro de la sociedad.

En efecto, la corrupción resulta un intercambio clandestino con efecto en el ámbito político y/o administrativo, y en el ámbito económico y social, viola las normas legales y éticas, inmolando el interés colectivo y general en beneficio de intereses privados, sean individuales, corporativos, partidistas, entre otros, como anota Mény<sup>13</sup>.

La corrupción es multimodal y ubicua. Particularmente en un Estado democrático desgasta, quebranta y niega todos los elementos de la institucionalidad democráticos. Como apunta Caiden<sup>14</sup>, G. es la expresión de una ética contraria a lo democrático, porque implica el individualismo, el egocentrismo, el particularismo, las prerrogativas indebidas, la explotación de las debilidades y de los errores, el manejo desvergonzado de los vulnerables, los carenciados y los indefensos y todo tipo de actos impugnables para obtener particularmente ilícitos beneficios inmerecidos, inequitativos, injustos e inmorales procedentes de posiciones confiables y de responsabilidad pública que son empleadas para acciones miserables e innobles, las cuales resultan atentatorias del concepto de salvaguarda pública en el que se asienta la democracia.

La corrupción es un proceso complejo y diverso en cuanto a componentes, escenarios y consecuencias, que articula diversas variables y cuyo ámbito trasciende la actividad de los individuos involucrados en la administración pública, para ubicarse en los distintos escenarios del quehacer social. En su concepción y desarrollo intervienen causas históricas, sociales, psicológicas, económicas, entre otras. No es producto de la modernidad, ni de la posmodernidad. Es un problema social de antigua data que no es propio de un país en particular, sino un problema común. Tampoco se desarrolla en un modelo específico de economía o Estado y va más allá de la categoría de riqueza o pobreza. Genera grandes costos económicos y sociales. Impacta sobre la confianza interpersonal y entre los ciudadanos y el Estado. En Noruega y Finlandia, la corrupción es un estigma y merece la exclusión social, aquí predominan los valores éticos en la sociedad.

---

13 MÉNY, Yves, "Política, corrupción y democracia", en *Política y Gobierno*, vol. III, n.º 1, Ciudad de México: 1996, pp. 155-171. Recuperado de <<https://bit.ly/386nzyJ>>.

14 CAIDEN, Gerald, "La democracia y la corrupción", traducción por Sabeth Ramírez, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 8, Caracas: mayo de 1997.

El mundo avanza y cambia rápidamente. Los gobiernos cambian sus roles para encarar la globalización, las nuevas tecnologías, etcétera. Se ha alterado la relación entre el gobierno y los ciudadanos, la capacidad de los gobiernos en gestionar los recursos de manera eficiente en la administración de lo público y la estructura de la toma de decisiones. La corrupción genera un impacto negativo en la gobernabilidad democrática y sus principios esenciales, como el respeto al Estado de Derecho, la transparencia y rendición de cuentas, justicia y equidad, consulta y participación, eficiencia y eficacia en el servicio público, consistencia y coherencia en la formación de políticas públicas y ética pública.

La corrupción es un obstáculo de primer orden para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, con nefastas consecuencias para la institucionalidad democrática, la moral social, la ética pública y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana, pues genera grandes costos económicos que resultan siendo sufridos por el ciudadano, desequilibrio político, desengaño en el sistema, degenera el desarrollo económico, conduce a la arbitrariedad y desprecio del orden jurídico, incrementa el poder del crimen organizado, incita a la desintegración social, socava los fundamentos morales de la sociedad, afecta la dignidad de la persona, corroe los cimientos del Estado y desmejora los fundamentos de la democracia al romper el vínculo de fidelidad de gobernantes y gobernados.

No es posible admitir la corrupción en una sociedad democrática porque significaría consentir el hecho de que todo el orden jurídico y político que parte de la Constitución sea subvertido mediante acciones ilícitas, de ahí su carácter absolutamente contrario a la democracia. Corrupción y democracia son conceptualmente incompatibles.

Al no tener prestigio la ley pública se dan las condiciones para que la desviación se convierta en un comportamiento institucionalizado, desarrollándose una calma y pasividad con la actitud transgresora que rompe el orden ético y entorpece cualquier emprendimiento, pues estimula un marcado individualismo que complota contra la solidaridad colectiva.

Por otro lado, el adocenamiento o vulgarización cultural promueve una estrategia de ascenso social o búsqueda personal de logros económicos y sociales, mediante una insurgencia abierta o subrepticia contra las normas legales y desconociendo los derechos de los demás.

Esto se da por la inconsistencia anímica de los peruanos que tienen una cosmovisión íntima dividida al alojar apreciaciones opuestas e incompatibles sobre su propio ser, ya que lo taimado es lo apreciable, pero a la vez lo repudiable, lo que lleva a desarrollar actitudes de desconfianza

total, propiciando actos de deslealtad y corrupción en marcos legales que se sienten opresivos y ajenos.

El derecho es el único instrumento con que la sociedad cuenta para influir en los propios valores sociales que, si bien deberían ser su exclusivo fundamento, actúan también en ocasiones como baluartes inasequibles a los legítimos deseos de cambio social al servicio de una eventual idea de progreso. El sistema jurídico es el objetivo último de las concepciones éticas que posee la sociedad, pero a su vez el principal instrumento externo para influir en aquellas.

La ética individual constituye una barrera de escasa entidad ante presiones corruptas, ya que existen diversas formas de vulnerar sus postulados siempre frágiles cuando se trata de oponerlos al beneficio personal. La ética solo juega desde el plano social. Los principios éticos con trascendencia social son los que verdaderamente pueden contraponerse a las conductas indeseadas.

Los valores sociales tienen un papel concreto en la relación entre sociedad y poder. Si es de intereses, los valores son preponderantes. En cambio, si es de integración o adhesión, las razones de estas se superpondrán a los valores éticos. Por ello, el aspecto político de la corrupción está ligado a una relación pueblo-gobernante que se funde en la representación de intereses. No significa que cualquier otro tipo de relación desprece el comportamiento ético, sino que este carece de parámetros suficientemente objetivos para producir una reacción social, pues los conflictos estrictamente éticos acaban remitiéndose a los fines de las conductas, que es un término demasiado subjetivo para que en él se base la respuesta democrática.

De acuerdo con el Informe de la Corporación Latinobarómetro (2018), la corrupción figura como el problema más importante a nivel nacional; en el tercer lugar a nivel regional junto a la situación política, después del problema económico y el de la criminalidad; los países que ocupan los primeros lugares en corrupción son Colombia (20%), Perú (19%), Brasil (16%) y México (14%); no así a nivel local ni familiar (pp. 58-59).

El aumento de la corrupción en la región del 2017 al 2018 es alarmante, según el mencionado Informe Latinobarómetro (2018), pues en 17 de 18 países el nivel de incremento supera el 50% y en seis países es mayor al 70%.

Algo que tiene relevancia para la lucha contra la corrupción es la actitud y el comportamiento de la ciudadanía ante este problema, aspecto en el cual lamentablemente la población está en desacuerdo si frente a

un acto corrupto debe quedarse callado (48%) o denunciarlo (48%); lo cual coincide con el nivel de aceptación que tiene la corrupción como instrumento para lograr objetivos, que es del 40% de la población (pp. 63-64), lo que sugiere la actitud tolerante que existe con dicha problemática.

Como se puede apreciar, la corrupción tiene hondas raíces históricas y estructurales en el país y en la región, pero aun así no es invencible, por lo que hacerle frente exige un compromiso integral de todos, el Estado, la sociedad y de cada ciudadano, a fin de reflexionar sobre los efectos nocivos que ocasiona.

### **PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN**

La globalización, la ciencia y la tecnología en esta época proveen de más y mejores técnicas, instrumentos, metodologías, personal capacitado para mejorar la administración de recursos. Sin embargo, como se ha visto, la corrupción sigue siendo en la región un problema mayúsculo y arraigado, en constante aumento. La respuesta más apropiada, dependiendo del país, se sitúa entre una carencia de recursos materiales, de infraestructura, de tecnología y de personal y, de otro lado, insuficiencia de ética individual y moral pública, de orfandad de principios y valores en las autoridades y los ciudadanos.

Nieto<sup>15</sup> recuerda que históricamente la corrupción es percibida como un crimen del funcionario público en agravio del empresario privado, quien no tenía otra salida que pagar el soborno para hacer negocio con el Estado. Sin embargo, hoy la lucha contra la corrupción concibe el problema como un crimen de los mismos dos personajes, en quienes los adjetivos de corruptor y corrompible son intercambiables y lo mismo pueden hacerlo cada uno en su ámbito, pues no se circunscribe a dinero; razón por la cual se ha tipificado como crimen la corrupción privada y se obliga a las personas jurídicas a tener operativo y demostrar la eficacia de un programa de prevención penal para tener la posibilidad de eximirse de responsabilidad, de lo contrario son sancionadas con penas que inclusive pueden llegar hasta la disolución. Al respecto, Ríos<sup>16</sup> considera lo siguiente:

---

15 NIETO MARTÍN, Adán, "La privatización de la lucha contra la corrupción", en *Revista Penal México*, n.º 4, Ciudad de México: marzo del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/30rnOBX>>.

16 RÍOS PATIO, Gino, "El criminólogo en la empresa. A propósito del nuevo modelo de prevención criminal introducido por la Ley N.º 30424 modificada por el Decreto Legislativo N.º 1352", en *Repositorio de la Universidad de San Martín de Porres*, Lima. Recuperado de <<https://bit.ly/30f6HD0>>.

[L]a actividad criminal en una persona jurídica, sea cual fuere la causa que la origine y el agente que la perpetre, desde una perspectiva penalista, debe y puede ser materia de sanción penal, no obstante, aplicando una perspectiva criminológica y política criminológica, debe y puede ser objeto de prevención y control.

Esta es la virtud de una política pública tendente a disminuir la corrupción a un nivel tolerable, pues no es posible erradicarla por completo, como cualquier crimen, que solo puede ser controlado, pero no extinguido. La prevención a través de mecanismos de control que operen a nivel público y privado.

No hay duda alguna que el Estado debe combatir integral y sostenidamente la corrupción, es decir, afrontar este flagelo como se debe afrontar un crimen, con una política criminológica a mediano y largo plazo, para lo cual es indispensable elaborar un programa de acción que contenga reformas en el sistema jurídico en general y en los subsistemas penal y administrativo en particular; en la institucionalidad y la administración pública, tales como las regulaciones económicas, tributaria, financieras, presupuestarias y de las adquisiciones y contratos del Estado. En esta política pública debe involucrarse a la sociedad civil y los medios de comunicación, con fines de supervisión y fiscalización, así como a la ciudadanía para fines de sensibilización, concienciación y compromiso. Evidentemente, el paso previo es el de las condiciones políticas para asumir la necesidad y urgencia de la adopción de esta política.

La política pública para hacer frente a la corrupción debería tener dos frentes, uno relativo al control externo; y el otro relacionado con el autocontrol, es decir, la ética aplicada a la función pública. Desde la criminología, la teoría del arraigo social de Hirsch sostiene que cualquier persona puede criminalizar su conducta, ello dependerá de cuán sólidos sean los mecanismos y recursos de autocontrol que posea, es decir, su escala axiológica, personalidad, carácter, disciplina, el apego, consideración, interés y respeto hacia los demás, su autoestima, miedo a las consecuencias o daño irreparable que le pueda originar su conducta desviada en sus relaciones interpersonales, identificación y compromiso con los valores sociales, educación, familia, relaciones de amistad, trabajo, entre otros, que actúen como fuerzas de arraigo en su posición actual de sensibilidad y conciencia social.

Lo fundamental para que una persona se sienta arraigada es que mantenga relaciones sociales lo suficientemente fuertes para conservar su conformidad y vinculación con los demás, es que se sienta comprometida, tenga más confianza en sus posibilidades de superar su situación actual, se sepa implicada fuertemente en actividades sociales lícitas —tales como

trabajar, estudiar, entre otras— y que posea creencias sólidas conformes con los valores sociales sobre la base del valor ético que tienen dichos valores. Si las circunstancias debilitan o eliminan esos vínculos sociales, su autocontrol disuasorio desaparecería y criminalizaría su conducta.

Empero, recuérdese que no se puede prevenir lo que no se conoce. De ahí la necesidad de difundir, enseñar y aplicar la criminología para tener el conocimiento idóneo para determinar la causa de la criminalidad en general y del nefando crimen de la corrupción en particular, con la finalidad de diseñar una política criminológica eficaz.

### UNA ERRADA ÓPTICA PENAL ANTICORRUPCIÓN

La criminalidad no puede ser vencida con la penalidad. Peor aún, las penas graves y dilatadas en el tiempo no contra motivan, intimidan ni disuaden, como lo muestra la experiencia nacional e internacional. La pena tampoco resocializa, reeduca ni rehabilita, como lo demuestra la gran cantidad de reingresantes, reincidentes y habituales que señala el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario<sup>17</sup> al mes de julio del 2019. El castigo penal al infractor no garantiza el pago de la reparación civil en favor de la víctima o de sus deudos, siendo una de las razones más poderosas para ello el hecho de que la carne de presidio son los ciudadanos pertenecientes a las clases sociales más vulnerables, marginales y carenciadas, que obviamente no tienen recursos. Por tanto, el castigo estatal no resocializa al infractor ni hace posible la reparación a la víctima. El castigo es una manifestación del *ius puniendi* que el poder instrumentaliza y dirige selectivamente.

La razón de esta ineficacia es que la respuesta penal que instrumentaliza el Estado para hacer frente a la criminalidad no es la adecuada. No lo es porque no se conoce la causa de la criminalidad. Se desconoce tan importante dato porque no se conoce o se oculta la práctica y la importancia de la criminología como ciencia social enfocada a determinar las causas de la criminalidad y establecer los factores criminógenos para que sirvan como insumo científico a fin de diseñar una política criminológica prevencionista.

Las políticas de tolerancia cero, mano dura, gatillo fácil y otras por el estilo, corresponden a una política penal que privilegia el castigo por encima de la prevención, porque es más fácil y acaso menos oneroso asumir el coste del funcionamiento de las agencias penales que emprender una política criminológica integral y sistémica de prevención a mediano

---

17 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, *Informe Estadístico 2019*, Lima: 2019, pp. 59 y 60

y largo plazo, pero además porque a través del control penal se ejerce dominación y se logra sumisión.

Peor aún es el hecho de que a los yerros de una concepción “hiperpunitivista”, “sobrecriminalizadora” y “ultraprisionizadora”, se sume la pésima penología establecida para los tipos penales de corrupción de funcionarios, que contiene penas menores respecto de otros tipos penales que tienen penas mayores para la afectación de bienes jurídicos de menor relevancia social. Como se puede apreciar del cuadro que figura en el anexo, la pena privativa de la libertad máxima establecida para los delitos de colusión agravada, cohecho pasivo específico y enriquecimiento ilícito es de 15 años, todos los demás delitos de corrupción se sitúan por debajo de esa penalidad; sin embargo, para el delito de pandillaje pernicioso, trabajo forzoso y robo agravado, la pena privativa de la libertad es de 20 años. Delitos como el robo de ganado y la posesión indebida de teléfonos celulares son penados con pena privativa de la libertad de 15 años.

Este panorama es elocuente de la pérdida de rumbo aún en la expeditiva y fácil política de castigar. La ausencia de un verdadero compromiso de terminar con la corrupción y con los otros ilícitos que vulneran gravemente bienes jurídicos colectivos y no individuales, como los delitos económicos, ambientales y de poder, que forman parte de la cifra negra de la criminalidad debido a su invisibilidad, producto de la selectividad con la que opera el sistema penal, se evidencia con la orientación del poder penal, que sigue los dictados del poder económico, según lo recuerda Zaffaroni<sup>18</sup>.

## CONCLUSIONES

Corromper significa “romper juntos”. Este es el significado de la palabra corrupción. Una conducta bi o multipersonal que consiste en trastocar las reglas establecidas para obtener un beneficio particular en perjuicio de un interés colectivo y general.

Cada vez que se hace referencia a la corrupción, la idea subyacente es la de una categoría cultural de nuestro sentido y opinión común, relacionada con un tema hediondo y cloacal.

La corrupción es un vicio moral pero también un crimen que, si bien es multimodal y pluriofensivo, contiene tres dominios o campos de acción. Un dominio jurídico, que la caracteriza precisamente como crimen. Un dominio económico, que la tiene como una decisión de un servidor y de

---

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, 2.ª ed., Buenos Aires: Planeta, 2012.

un particular. Y un dominio político, que explica de lo que se trata, esto es, una subversión del interés público por un interés particular.

En todo caso, la realidad social en nuestro país constituye, por perniciosa influencia de la corrupción, un auténtico mundo al revés, toda vez que corrupto es el juez<sup>19</sup>, grotesca es la reina<sup>20</sup> y el burro es el profesor<sup>21</sup>.

Es de lamentar la verdadera metástasis que ha hecho la corrupción en el cuerpo social, al contaminar todos los niveles y órdenes de la vida social. Sin embargo, de antiguo hasta hace poco tiempo, la corrupción era un fenómeno conocido *in pectore* pero invisible en la sociedad; hoy en día se viene develando una nueva crisis ética, un trance deletéreo de la clase empresarial, política y de la alta burocracia estatal, que nos coloca en la dolorosa convicción de reafirmar que la corrupción de la década de los noventa del siglo pasado, que tanto daño causó al país y que tanta euforia desató por las capturas y condenas, similares a la de los dirigentes terroristas, no fue la última y que los sistemas normativos, de control y de justicia en el país son tan deleznable que pueden ser rotos una y otra vez cuando se tiene poder.

Las personas más modestas del país, que son la mayoría, han presenciado los vergonzosos actos de sus autoridades y de las personas económicamente poderosas que han sido dados a conocer; y han visto también cómo el sistema mismo permite que estos personajes kálfianos se reciclen de mil maneras o se sumerjan en el tráfgo inconmensurable de sus funciones, pero en un alarde inescrupuloso de capacidad de auto blindaje, no renuncien y solo entreguen a juicio a aquellos cuyos actos han sido más escandalosos.

¿Cómo es posible que, en una sociedad de desiguales, estas autoridades que han caído en la tentación de la corrupción pueden tener la atribución moral para castigar actos menos dañinos y a personas carenciadas y más vulnerables que ellos? Al hacerse visible la gran corrupción, el sistema

---

19 En términos generales, expresión utilizada a raíz de la reciente crisis del Poder Judicial en la que la sociedad observó cómo actúan en secreto los magistrados, entre componendas, negociados y solicitudes de trabajo para parientes.

20 Expresión metafórica que pretende aludir a que lo aparental, aunque caricaturesco, resulta siendo distinguido por intereses ocultos.

21 Expresión metafórica que pretende aludir a que el que menos sabe o el que no sabe, sin embargo, resulta ganador de alguna plaza o puesto, al ser indebidamente beneficiado con motivo de la corrupción. Tratándose de magistrados, recuerda las tropelías en los nombramientos que hacía el último Consejo Nacional de la Magistratura, pero que es probable que lo hicieran los anteriores.

queda deslegitimado, por lo que resulta necesario una reestructuración integral, pero, sobre todo, el primer paso para viabilizar la gran transformación es comenzar por uno mismo amable lector. ¿Compras entradas de reventa?, ¿compras la “cola” para no hacer fila?, ¿adulteras tus medidores de luz y /o agua para beneficiarte?, ¿estacionas en lugar prohibido?, ¿compras productos “pirateados”?, ¿no respetas las reglas de convivencia en tu vecindad?, son solo algunas de las innumerables situaciones cotidianas en las que deberíamos reflexionar íntimamente y decidir personalmente para dar un buen ejemplo, sin necesidad de agotarnos portando carteles en marchas multitudinarias en los que se lee: ¡A la corrupción dile no!

Recordemos que el ideal democrático es el de ser respetado como persona y que nadie sea divinizado ni satanizado; que las palabras no contradigan a los hechos; y que el triunfo político sea la suma del sentido común y la capacidad de liderazgo.

La sobrevivencia de la corrupción en el Perú está vinculada con una profunda raigambre histórica y con moldes comportamentales en las relaciones interpersonales de complicada superación, así como a su naturaleza elusiva. Sus revelaciones son múltiples y sus derivaciones extendidas. Demanda, por tanto, una voluntad de recuperación y restauración general, profunda e integral.

En ese sentido, en primer lugar, hay que garantizar la naturaleza intrínseca del Estado como entidad de interés público alejada de la idea de usufructo particular. Tarea titánica, pero no imposible. En segundo lugar, hacer converger intereses alrededor de la lucha contra la corrupción. Ello nos llevará a afirmar que hay una comunidad de ideas en torno al tema. Así, podremos hablar entonces de una institución internacional, en la medida que haya un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos que produzca una convergencia de las expectativas de los actores. Para hacer la construcción social de anticorrupción es necesaria la identificación entre los miembros de la comunidad en grupos de pertenencia y no pertenencia. El primero es universal; el segundo está limitado a los que no reconocen el contenido negativo del acto corrupto o que se benefician del mismo. La corrupción es un crimen, pero fundamentalmente es un problema de desarrollo. Por tanto, debe convertirse la lucha anticorrupción en una norma social, lo cual es un aspecto esencial de toda política criminológica: hacer participar a la comunidad en la prevención y control del delito.

Por último, se trata de mirar hacia adelante y no hacia atrás, en el sentido de profundizar e institucionalizar los resultados positivos de la experiencia anticorrupción vivida hasta hoy. Hacerlos permanentes en

el tiempo. No existe un sistema democrático en el planeta que se asiente sobre la base de la corrupción. La ética debe ser parte de lo cotidiano, no la conducta exigida a héroes en un mundo de lobos.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

“Barómetro global de corrupción correspondiente a América Latina y el Caribe”, en *Transparencia Internacional*, Bogotá: setiembre del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2QOnAkP>>.

Al-Rodhan, Nayef, “Una neurofilosofía de la naturaleza humana: el egoísmo amoral emocional y los cinco motivadores de la humanidad”, abril del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2NguAF3>>.

Brioschi, Carlos Alberto, *Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*, Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2Ng2xFE>>.

Caiden, Gerald, “La democracia y la corrupción”, traducción por Sabeth Ramírez, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 8, Caracas: mayo de 1997.

Instituto Nacional Penitenciario, *Informe estadístico 2019*, Lima: 2019.

Kaufmann, Daniel, “Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica”, en *Revista Perspectivas*, vol. 3, n.º 2, Santiago: 2000.

Martínez Cárdenas, Edgar Enrique y Juan Manuel Ramírez Mora, “La corrupción en la administración pública. Un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana Reflexión Política”, vol. 12, n.º 23, en *Reflexión Política*, Bucaramanga: junio del 2010. Recuperado de <<https://bit.ly/2th4o6i>>.

Mény, Yves, “Política, corrupción y democracia”, en *Política y Gobierno*, vol. iii, n.º 1, Ciudad de México: 1996. Recuperado de <<https://bit.ly/386nzyJ>>.

Nieto Martín, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *Revista Penal México*, n.º 4, Ciudad de México: marzo del 2013. Recuperado de <<https://bit.ly/30rnOBX>>.

Nieto, Francisco, “Desmitificando la corrupción en América Latina”, en *Nueva Sociedad*, n.º 194, Caracas: noviembre del 2004.

- Nye, Joseph, "Corruption and political development. A cost-benefit analysis", en Heidenheimer, Arnold J.; Michael Johnston y Victor T. LeVine (eds.), *Political corruption. A handbook*, 2.<sup>a</sup> ed., Nueva Jersey: Transaction Publishers, 1989.
- Quiroz, Alfonso, *Historia de la corrupción en el Perú*, 2.<sup>a</sup> ed., 6.<sup>a</sup> reimp., Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2017.
- Ríos Patio, Gino, "Enfoque criminológico sobre la persecución, acusación y condena Jesucristo". Recuperado de <<https://bit.ly/336dBdI>>.
- Ríos Patio, Gino, "El criminólogo en la empresa. A propósito del nuevo modelo de prevención criminal introducido por la Ley N.º 30424 modificada por el Decreto Legislativo N.º 1352", en *Repositorio de la Universidad de San Martín de Porres*, Lima. Recuperado de <<https://bit.ly/30f6HD0>>.
- Tanzi, Vito, "Corruption. Arm's-length Relationships and Markets", en Fiorentini, G, y Pelzman, S.M (eds.), *The economics of organised crime*, Cambridge: Cambridge University Pres, 1995.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Planeta, 2012.

# DE LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA A LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA ...A TRAVÉS DE LA MITOLOGÍA PENAL... ENSAYO OBSERVACIONAL, EXPERIMENTAL, SITUACIONAL Y PROSPECTIVO

Gino Ríos Patio

---

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La leyenda criminológica tradicional y la mitología penal.
- III. La nueva criminología.
- IV. La quimera criminológica.
- V. Conclusiones.
- VI. Fuentes de información.

## RESUMEN

El ensayista presenta su visión personal sobre el pasado, presente y porvenir de la criminología y el derecho penal, valiéndose de las metáforas de la leyenda, el mito y la quimera, como sistema de creencias populares sobre fenómenos reales que tienen por finalidad ocultar el verdadero propósito con el que se construyen y mantienen, explicando y justificando el *statu quo* a través de la historia de los pueblos.

## INTRODUCCIÓN

En la cultura griega de la antigüedad el mito era un relato usual referido a hechos portentosos, realizado por seres asombrosos, tales como dioses, semidioses, titanes, ídolos, colosos, monstruos o personajes fantásticos. Hoy es considerado, en gran parte del mundo, un cuento.

Los mitos constituyen, en una cultura o comunidad, un régimen de dogmas que son considerados historias auténticas y que en conjunto se le denomina mitología, la cual guarda una relación directamente proporcional con las creencias comunales: A mayor número de mitos

y mayor complejidad de una mitología, mayor es el desarrollo de las creencias de una comunidad que sustenta su cosmovisión.

Como vocablo y concepto, el mito comenzó a perder crédito y desvalorizarse hasta adquirir un significado despectivo, llegando a utilizarse de forma laxa como sinónimo de patraña, de creencia extendida pero falsa, en el momento que las disquisiciones filosóficas y elucidaciones científicas aparecieron y fueron de conocimiento de la comunidad.

Es conocida la posición del antropólogo estructuralista Lévi-Strauss (1955 pp. 229-252), según el cual, todo mito está constituido por antípodas irreconciliables, tales como, creación contra destrucción, vida frente a muerte, o bien contra mal; y proporciona la reconciliación de esos extremos a fin de exorcizar nuestra conciencia.

Asimismo, Parker (1973 p.118) refiere que el antropólogo funcionalista Bronislaw Malinowski sostenía que cada uno de los componentes e instituciones sociales se relacionan entre sí, dentro de un sistema en el que cada uno tiene una función. Como ejemplo, destacó las características de creencias, costumbres, instituciones, religiones y rituales, entre otros.

De lo anterior es posible deducir que no hay aspecto sustancial de la vida que sea ajeno al mito, pues este responde a las interrogantes elementales de la existencia humana, esto es, razón para existir y razón de lo que lo rodea, entre otras. Lo malo es que no es una explicación racional.

A nivel popular, el mito cumple una función explicativa porque explica, justifica o desarrolla la causa de algún aspecto de la vida social o individual; una función de significado por cuanto concede un consuelo que alivia a los individuos; y una función pragmática desde que es la base de ciertas estructuras y acciones estatales. Es posible que estas tres funciones combinadas se reproduzcan contemporáneamente en el ámbito socio político, como veremos ocurre con el derecho penal.

Si bien el mito, el cuento, la leyenda y la quimera tienen acepciones parecidas, existen entre estos conceptos algunas diferencias. El cuento, por ejemplo, es una ficción etiológica llana, mientras que el mito se plantea como una historia verosímil, aunque de trama complicada. Por otra parte, la leyenda, a diferencia del mito, acontece en un tiempo real, histórico, en lugares ciertos y con protagonistas reales. A su vez, la quimera se plantea a la imaginación como algo posible siendo irrealizable.

Existe la costumbre de leer el mito textualmente, por ser un objeto de creencia social, con lo cual el significado no puede ser otro

que uno imaginario y simbólico; sin embargo, debe ser materia de interpretación para identificar en la realidad para qué se utiliza en la vida cotidiana, como refuerzo de conductas, argumento de autoridad, entre otros aspectos; analizar y delimitar en la realidad los elementos contrarios o complementarios que aparecen en él y la manera en que aparecen relacionados; y razonar su simbolismo notorio, colmado de una repercusión que remite a contenidos arquetípicos de la psique humana.

En el presente ensayo, pretendo examinar el carácter mítico del derecho penal, los inicios de leyenda de la criminología y la naturaleza quimérica de la criminología radical, a partir de la realidad peruana, que guarda similitud con la realidad criminológica y penal latinoamericana.

### **LA LEYENDA CRIMINOLÓGICA TRADICIONAL Y LA MITOLOGÍA PENAL**

Es conocida la teoría de Cesare Lombroso en 1876 acerca del delincuente nato, según la cual, el delincuente nace y exhibe marcados rasgos físicos, tales como, ojos pequeños, cejas tupidas, nariz torcida, frente pequeña, labios gruesos, párpados hinchados, mandíbulas robustas, encorvados, entre otros rasgos, en función del tipo de delito.

Semejante pensamiento tuvo, sin embargo, acogida y debido a ello tuvo efectos anestésicos en el padre de familia y el ama de casa, pues se sentían tranquilizados porque ningún miembro de su familia ni el vecino tenían esos rasgos y, por ende, no podían ser capaces de hacerles daño. Igual sensación beneficiaba entonces al ministro, el empresario, el industrial, el militar, el médico, el juez, el abogado, entre otros.

Así, el clasicismo criminológico representado por la criminología positivista obtuvo sus réditos en la emotividad de la población y el control social formal, por cuanto el Estado necesitaba de una racionalización para jurídica útil para justificar una mayor represión selectiva y dirigida expofeso. Entonces, comenzó a construirse a través del tiempo una leyenda criminológica que hasta hoy nos acompaña, aunque ya no en la teoría criminológica, sino que continúa en la realidad penal como un mito, según el cual, el delincuente sigue teniendo mayormente las características de horrible, pobre, grotesco, perteneciente a las más ínfimas clases sociales, con problemas de salud mental, carente de educación y con fallas hereditarias o aberraciones genéticas.

Como en el mito, esta leyenda cumplía una función explicativa, justificativa, significativa y pragmática, porque pretendía determinar la causa natural del delito; conceder un alivio a los individuos que escapaban a los rasgos físicos descritos; y ser la base de la estructura

y el sistema penal. Obviamente, a diferencia del mito, esta leyenda acontecía (y acontece) en un tiempo real, histórico, en lugares ciertos y con protagonistas reales.

Y es que siempre se ha requerido mitos para explicar y representar lo perverso o lo oscuramente riesgoso; para enfocar, por contraste, la franja venerable de lo bueno y lo positivamente seguro. Así, la leyenda criminológica tradicional continuó alimentando este mito del Derecho Penal.

Por otro lado, como correlato del anterior, un segundo mito se erguía consistente en que los criminales están en las cárceles como los orates en el manicomio, lo cual supone dos aspectos de un solo dispositivo institucionalizado de control, caracterizado por la represión, la proscripción y el confinamiento, para pretender teóricamente una receta científica del problema, curándolos, reinsertándolos, rehabilitándolos, pero fundamentalmente ocultando la represión y violencia estatal, lo que vino en denominarse la corriente político criminológica de defensa social, que hasta hoy persiste en nuestra realidad latinoamericana, aunque claro, resulta obvio que únicamente para las clases sociales más vulnerables y menos socorridas económicamente.

Nuestra realidad carcelaria es precisamente abominable por este segundo mito penal antes descrito, producto de la tendencia de nuestros jueces penales de preferir la privación de la libertad como regla general y la comparecencia como excepción, exactamente al revés de lo que debe ser, para no afectar la dignidad del ser humano. La elevada tasa de internos en la condición de prisión preventiva<sup>1</sup>, acredita que las consideraciones jurisdiccionales sobre el peligro de fuga y de obstaculización de la averiguación de la verdad, basadas en la amplia discrecionalidad que le confieren los artículos 268 y 269 del Código Procesal Penal a los magistrados penales, para justificar un mandato de prisión preventiva, no siguen la mayoría de las veces un criterio razonable jurídicamente.

Por otra parte, el sistema penal en general y la ley penal en particular, son direccionados no necesariamente por el parecer de la mayoría o por un consenso social, que ciertamente en ocasiones se da, producto de la manipulación que ejercen los *mass media* de la opinión pública, sino por quien tiene en la sociedad el poder de aplicar su criterio, con lo cual

---

1 De acuerdo con el Informe Penitenciario a diciembre de 2013, la población intramuros con mandato de prisión preventiva es de 36,670 personas, mientras que la población de internos sentenciados es de 30, 927 personas. Fuente: Unidades de Registro Penitenciario. Elaboración: INPE/Unidad de Estadística. Recuperado de: <http://www.inpe.gob.pe/pdf/Diciembre2013.pdf>

constituyen un verdadero arsenal de dicho grupo o clase social contra quienes circunstancialmente enarbolan un interés diferente al de ellos.

Entonces, para el sistema y la ley penales, el infractor es presentado como un elemento patógeno mórbido que debe ser sanado, restablecido, con lo que van formando un consenso dirigido a legitimar su poder, situación que es una forma de sutil violencia subliminal, con lo cual estamos frente a un tercer mito penal.

A decir de Gramsci (Rodríguez & Seco, 2007), esa violencia tenue de la clase dominante que construye un artificial consenso se convierte en hegemonía, dando como resultado la promoción de la ideología de dicha clase.

Por eso, Rodríguez y Seco (2007) sostienen con acierto que Gramsci es un referente básico para pensar en la construcción de posibilidades democráticas en el siglo XXI, en términos de una comprensión abierta del concepto que trasciende al concepto formal y recusa su exhibición abstracta o metafísica de proyecto político terminado, cuando vemos que está en plena construcción.

Es esta visión mítica del sistema y la ley penales la que nos invade y obstina en defender una institución penal ineficaz, perversa, alucinante y falsa, sin posibilidades de abrirnos a nuevas posibilidades capaces de introducir la idea de respeto a las singularidades que conforman el colectivo.

Cotidianamente nos nutrimos de la visión mítica de entrega democrática a la visión de la ideología dominante de una estructura de gobierno que no gobierna, pues el sistema penal no detiene el índice de violencia y de criminalidad, de ahí que el mito político de la representación popular sirva de sustento al mito penal.

Una vez más, como dice Gramsci, citado por Rodríguez y Seco (2007), democracia es también reflexionar desde las prácticas cotidianas, en nuestro caso, desde la lacerante praxis penal.

El pensamiento de Gramsci, según Fernández (2003, p. 14), es entonces útil para el análisis y diagnóstico crítico de nuestra democracia de cara a la formulación de propuestas, por tanto, está vigente y permite redescubrir que el grupo o la clase dominante incorpora a la clase media (intelectuales, científicos) con habilidad para que no se desvíe el proyecto original, convirtiéndolos en los administradores de la ideología de la clase hegemónica. Esto hace orgánica la articulación entre la superestructura (ideología) y la estructura económica.

De acuerdo con Castro (1979, pp. 77-78), por el sentido de su funcionamiento, el sistema y aparato jurídico penales es de la clase política y del grupo dominante, pues constituye su modo coercitivo de imponer los valores cuando el consenso que trata de crearse con la sociedad civil no tiene eficacia. La doctrina y dogmática penal cumple el rol de compromiso. El papel mediador de las instancias culturales (escuela, iglesia, prensa, ciencia, sociedad civil) queda ratificado por un análisis de valores y creencias de las clases subalternas. Es, pues, un consenso manipulado el que existe sobre el sistema penal.

En ese sentido, los poderes de definición de conductas penales, rotulación y asignación de sospechas y culpas y ejecución de sanciones penales, pertenecen a la clase dominante, sin posibilidad de que exista igualdad en el sistema penal, porque se ha reconstruido socialmente de manera deliberada la realidad.

Precisamente, esta situación da lugar a un último mito penal, que se nos presenta como que todos tienen las mismas posibilidades de ser señalados como delincuentes, ser apresados y sancionados, lo cual es obviamente falso. La realidad nos muestra, no sólo a través de procesos sociales que se dan en los hechos, sino a través de la legislación y el sistema penales, por un lado, que aquel que tiene dinero, contactos con intereses comunes y poderosos o poder, no es denunciado, procesado o acusado; y, por otro lado, que aquel que viola intereses que no afectan prevalentemente el sistema, tiene salidas jurídicas para impedir, retrasar o paralizar un proceso penal.

Según este mito, nuestra sociedad está dividida, conforme con la ley y los estereotipos, en infractores y ciudadanos buenos, en una concepción maniquea y falsa de la conducta humana. Es que la productividad, el consumo y el enriquecimiento individual, están siempre garantizados por códigos, tribunales y fuerza pública al servicio de la clase poderosa.

Se ha querido mostrar panorámicamente algunos mitos penales de larga data, surgidos coetáneamente con la criminología tradicional que subsisten hasta hoy y que, conforme a su naturaleza fabulesca, pretenden justificar el sistema penal; acreditar su hipotética eficacia; y desarrollar una función simbólica de tranquilidad a los ciudadanos frente a la criminalidad.

## **LA NUEVA CRIMINOLOGÍA**

En 1949, Edwin Sutherland, sociólogo norteamericano, dio el primer cachiporrazo a la mitología penal ante la Asociación de Sociología Americana, al sostener su teoría del “Delito de cuello blanco”, no previsto

en los códigos, cometido por infractores respetables y de alto estatus en el ejercicio de su actividad empresarial, lo que originó que comenzaran a estudiarse los delitos no codificados de la clase hegemónica y los delitos no denunciados o “cifra negra” que desvirtúa la estadística criminal.

Como es fácil imaginar, este primer bastonazo a la leyenda criminológica de la criminología positivista sumió en el desconcierto y la duda a los estudiosos del fenómeno criminal de entonces, pues el único punto de referencia que tenían, esto es, la ley penal inmutable, cuyo presupuesto normativo preveía todas las conductas lesivas ilícitas, se derrumbó y trajo por tierra el mito penal.

A partir de entonces, ya no era de utilidad sostener que los delincuentes no tenían hogar o provenían de hogares conflictivos; carecían de recursos de todo tipo; y tenían determinadas características psicossomáticas y antropométricas. Más aún, recordemos con Aniyar (1979, p. 80) que el mismo Sutherland, con inocultable ironía, aseveraba que la escasa longitud de las piernas era una variable significativa para definir el tipo criminal, porque el ladrón de piernas largas corre más rápido y no es aprehendido por los agentes del orden.

Asimismo, como refiere Aniyar (1979, p. 81) Giora Shoham manifestó, más agudamente, a propósito de la repetición de una variable en delincuentes recluidos que, si en una ciudad hay muchos nidos de cigüeñas en los techos y coincidentemente más nacimientos, es razonable concluir que los bebés son traídos por las cigüeñas. Es decir, el mito penal y la leyenda criminológica exhibidos sin pudor frente a la realidad.

Ante semejante desnudez criminológica, fue fácil comprobar que el estereotipo tradicional del delincuente (en realidad cualquier estereotipo de delincuente) tuvo como finalidad permitir a la clase hegemónica realizar sus propios delitos impunemente y derivar la carga de agresividad del sistema penal a las clases más bajas como chivo expiatorio, que de otra manera dirigirían hacia aquella.

Hay pues una construcción social ad hoc de la realidad y de la delincuencia, que hace que unos hechos y no otros sean considerados delictivos; y que determinados delincuentes y no otros amplíen la estadística oficial de la criminalidad.

Entonces, surgió un nuevo objeto de la criminología, los mecanismos socio políticos y los intereses que promueven la creación de normas penales, es lo que ahora hace que ella salga de las cárceles y vaya a investigar las oficinas públicas, las grandes empresas, las leyes, los tribunales, la policía, todo lo que somete a las minorías. El Código Penal ya no puede reducir y contener a la Criminología.

En el extremo más crítico de la nueva Criminología, el Derecho es visto como una superestructura determinada por la organización social subyacente, que dividida en clases pasa a explicar las causas socio políticas del crimen, desde la perspectiva de la "criminología radical".

El meollo de la ideología capitalista es generar riqueza para sí a como dé lugar, de lo que se desprende que la hipertrofia del "Yo" es criminógena y odiosa, lo que se revela aún más cuando pensamos que gramaticalmente el yo no tiene plural, pues el nosotros es yo y tú, es decir, una comunidad genuina. Por ello, el sistema capitalista de producción tiene en el delito un elemento funcional que genera valores egoístas y no altruistas o comunitarios.

Por tanto, la criminología crítica desmitifica la comprensión de las causas criminógenas del delito y el funcionamiento del sistema penal, denunciando la alienación que produce el sistema capitalista, quebrando la unidad del hombre consigo mismo y la naturaleza, porque vende su fuerza de trabajo y el producto de su trabajo no tiene para él una utilidad en sí misma sino un valor como mercadería, de la que se aprovecha y apodera quien tiene el poder, el cual se enriquece por despojo, lo que hace delincuente al sistema capitalista. Si bien Marx no quiso nunca hacer criminología, su pensamiento no puede considerarse en este punto como materialista, sino humanista.

Por ello, la criminología crítica contribuye a restaurar la dignidad del hombre, sin embargo, el sistema capitalista la considera una oveja negra, para que se le tema solo por su color, la deja crecer y si comienza a hacer efectivas sus premisas e intenta cambiar la realidad, procede a aplastarla por los instrumentos del sistema.

En la National Deviance Conference, realizada en 1968 en Inglaterra, Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, exponentes de la nueva criminología, afirmaron que la desviación tiene origen mediato en la situación económica y política, la cual es muy dinámica.

Routledge and Kegan (1973), sostienen al efecto que la psicología social del delito puede reconocer que los hombres pueden elegir conscientemente el camino de la desviación como la única solución a los problemas que le plantea la realidad contradictoria.

Por otro lado, Baratta (1986) sostiene que la naturaleza y el contenido del delito no pueden captarse sin un análisis completo de su evolución histórica, lo cual involucra en el análisis una teoría económico-política de la desviación, comportamientos socialmente negativos y criminalización, sobre bases conceptuales marxistas. Además, critica al sistema penal por la producción dirigida de las normas penales (criminalización primaria);

la aplicación de éstas y el proceso penal (criminalización secundaria); así como la ejecución de la pena o medida de seguridad, que es la etapa final de un proceso de selección que se inicia antes de la intervención del sistema penal con la discriminación social y escolar.

De lo anteriormente expuesto, se colige que, para la criminología radical, el delito ya no es una cualidad ontológica de ciertas conductas humanas y determinados individuos, sino un estatus asignado a ciertas personas, por medio de la selección de los bienes protegidos legalmente y de los comportamientos ofensivos; y de la elección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones. La realidad peruana, por lo menos, muestra congruentemente con esta visión criminológica que el derecho penal no es igual para todos ni en la protección de los bienes ni en la aplicación de las sanciones.

Es un hecho que el Derecho Penal es una respuesta a los síntomas y no a las verdaderas causas, es decir, una mitología. Por eso, Ginbernat afirmaba lo siguiente: “Entramos en una época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del derecho penal, para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido detrás de él” (Gross, 1980).

De ahí que, con mucha realidad, se reclame que la nueva criminología ofrezca posibilidades de resolver socialmente las cuestiones fundamentales, trascendiendo las teorías estructurales abstractas o idealistas y neutralizando las desigualdades de riqueza y poder y de bienes y posibilidades vitales, de lo contrario sería un mero correccionalismo.

## LA QUIMERA CRIMINOLÓGICA

Según Serrano (1983) la criminología siempre ha sido crítica; por ejemplo, a Lombroso sólo se le conoce por su teoría sobre el delincuente nato, sin embargo en la quinta edición de su obra *Luomo delinquente*, hay un tercer libro que trata sobre una verdadera sociología criminal: corrupción de los poderosos, opresión sobre los humildes; justifica el bandolerismo como especie de salvaje justicia contra los opresores; la influencia de la riqueza sobre la criminalidad, el rico tiene más defensa que el pobre ante la justicia; y toma de Shakespeare que los harapos enseguida denuncian al crimen entre sus agujeros, pero el oro le oculta y defiende.

En el mismo sentido, Ferri (1907, p. 352) afirma que la justicia penal como instrumento de represión violenta y dominación de clase está destinada a desaparecer para no subsistir más, salvo como función clínica. Beccaria (1764), en “*Dei delitti e delle pene*” (Livorno, 1764) criticó el antiguo régimen del siglo XVIII.

Como se puede apreciar, el positivismo criminológico fue crítico y denunció la influencia política. Es que el criminólogo, como científico social, debe ser examinador y censor, políticamente independiente, para lo cual no se debe vivir de la criminología, lo que en sí mismo es una quimera. La realidad nos demuestra cotidianamente que quienes con más frecuencia violan el Derecho son aquellos que tienen el poder, sea cual fuere el sistema político; por ello, ningún partido político está interesado por la investigación criminológica.

Entonces, la nueva criminología, la criminología contemporánea, crítica o radical, postula una concepción posible para eliminar el crimen: la transformación de las estructuras socio económicas y políticas de la comunidad, para hacer la convivencia más igualitaria, justa y digna. Aunque necesaria, dicha demanda reivindicativa no pasa de ser una legítima aspiración, un ideal que convoca a la lucha a los hombres buenos y virtuosos; sin embargo, como la evolución histórica de los pueblos que han transitado por esa senda revolucionaria se ha encargado de demostrar, es irrealizable por la propia naturaleza humana dicotómica, ambigua e imperfecta; y como lo enseña la cratología, por la naturaleza demoniaca del poder, como fenómeno bio psico espiritual que necesita el estado para mantener el orden y evitar el caos; ya que el comportamiento desviado y la conducta infractora, por esa y muchas causas más, siempre estarán presentes en la sociedad.

Es axiomático que una investigación científica debe estar encaminada a buscar la verdad, por lo que, en ese sentido, una investigación criminológica no debe basarse en lo que se da a partir de la legislación penal y en quienes han infringido las normas penales, sino en el sistema jurídico, en el carácter problemático del ordenamiento legal, a fin de que la Criminología no tenga ese carácter ministerial o servicial respecto del Derecho Penal. Basta ya de tutelas penales que han evitado una visión autónoma de la Criminología, la que, bueno es reiterarlo, no pertenece a la ciencia penal.

En el Perú, por ejemplo, no hay una sola Facultad de Criminología ni un programa de especialización a nivel de postgrado, lo mismo ocurre en otros países latinoamericanos. En Venezuela hay una Facultad. En México hay ocho universidades públicas y más de 50 universidades e institutos superiores que ofrecen esta carrera; sin embargo, la criminalidad no cede y, periódicamente nos sobrecogemos de dolor moral con las noticias acerca de verdaderas masacres, como la que terminó con la vida de 43 jóvenes estudiantes. Asimismo, la inmensa mayoría de abogados, y, por tanto, de magistrados, son meros aplicadores (muchas veces arbitrarios) de las leyes, solo un grupo muy pequeño ejerce tratando de formar un nuevo Derecho.

Es palmario que todo problema encuentra solución en el análisis de sus causas sociales e individuales, de ahí que el derecho penal no sea la solución al problema de la criminalidad, que en el Perú y en Latinoamérica es grave, pues siempre llega tarde, cuando el crimen ya ha sido perpetrado y, además, solamente reprime simbólica y selectivamente, generando desde el poder una vana ilusión en la ciudadanía.

Por otro lado, es sabido que las pautas de comportamiento no son *per se* delictivas, sino en cuanto se les compara con otras que se (pre) consideran correctas.

¿Y quién (es) elabora (n) las normas sobre pautas de conducta social? Evidentemente, quienes están al servicio de los que tienen el poder político o económico, por lo que se inclinan a buscar el interés de éstos. Es innegable que en toda sociedad hay esferas sociales en donde penetra el Derecho, etiquetando y estigmatizando a los infractores; y otros ámbitos impermeables en los que no lo hace, que constituye la cifra dorada de la criminalidad.

De ahí que la mayoría de las verdaderas causas del delito tienen que ver necesariamente con la justa satisfacción de las necesidades básicas de la persona humana, la equitativa distribución social de la riqueza, la igualdad de oportunidades, ante la ley y ante quienes aplican la ley, y la injusticia social, entre otros resortes socio económicos estructurales.

Obviamente, hay otras causas individuales que por más que mejorara la estructura socio económica, no desaparecería la conducta desviada, sin embargo, son cuantitativamente minoritarias, por lo que la prevención y el control de la criminalidad sí tiene mucho que ver con las causas estructurales socio económicas, cuya mejora originaría una reducción de la criminalidad.

Por ello, lo único que quizás sea más efectivo para impedir drásticamente el desbordamiento de los crímenes, no su eliminación, podría ser la educación del ser humano en valores éticos, que tienen más fuerza que el Código Penal y que es, sin lugar a dudas, la única herramienta capaz de transformar al ser humano, el único medio idóneo para humanizarlo y rescatarlo de la animalidad en la que actualmente se debate en medio del avance científico y tecnológico; y el único instrumento pertinente para recordarle su finitud, relatividad y levedad, a fin de que el poder terrenal que pueda llegar a poseer por poco tiempo, lo emplee en beneficio del prójimo y no en su perjuicio.

Frente a lo cual, surge la legítima hesitación acerca de si es verdaderamente posible superar, con carácter de cierta estabilidad, la dificultad, tan humana como odiosa, de desigualdad, selección y

marginación; sin embargo, es preciso reafirmar, por un lado, que la estructura social que alimenta estos males puede y debe ser cambiada y, por otro lado, que los principios éticos y morales que debe recoger el Derecho, no deben ponerse en duda por la sencilla razón que están inspirados en las exigencias de la sociabilidad humana, sea cual fuere la situación social que exista.

Por eso, asumamos conscientemente lo que reclama el profesor alemán Gustav Radbruch de que, en vez de hacer un mejor derecho penal, hagamos algo mejor que el derecho penal.

## CONCLUSIONES

La criminología positivista tradicional es leyenda porque aconteció en un tiempo real e histórico y apareció y desarrolló en lugares ciertos y con protagonistas reales; planteando creencias sociales de significado imaginario y simbólico sobre el crimen y el criminal; siendo utilizada en la vida cotidiana para refuerzo de conductas, argumento de autoridad, entre otros, que tenían repercusión que remitía a contenidos arquetípicos de la psique humana y alimentaban los diversos mitos del Derecho Penal.

El Derecho Penal tiene diversos mitos que desarrollan una función simbólica de tranquilidad a los ciudadanos frente a la criminalidad, justificando fabulescamente el sistema penal y pretendiendo acreditar su hipotética eficacia; cuando en realidad los poderes de definición de conductas penales, rotulación y asignación de sospechas y culpas y ejecución de sanciones penales, pertenecen a la clase política y el grupo dominante, que crean un consenso manipulado sobre el sistema penal, que alucina tutelar, pero que no garantiza porque es falso, perverso, desigual y ha reconstruido socialmente de manera deliberada la realidad.

El Código Penal ya no puede reducir y contener a la Criminología. No resulta ajeno que el Derecho es una superestructura determinada por la organización social subyacente, que dividida en clases pasa a explicar las causas socio políticas del crimen. La criminología crítica desmitifica la comprensión de las causas criminógenas del delito y el funcionamiento del sistema penal.

En la práctica cotidiana, el delito es más un estatus asignado a ciertas personas, por medio de la selección de los bienes protegidos legalmente, los comportamientos ofensivos, y de la elección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones; que una cualidad ontológica de ciertas conductas humanas y determinados individuos. En ese sentido, el Derecho Penal es una respuesta a los síntomas y no a las causas.

La transformación de las estructuras socio económicas y políticas de la comunidad, para hacer la convivencia más igualitaria, justa y digna, es una alternativa de respuesta para controlar y reducir la criminalidad; sin embargo, se trata nada más que de una legítima aspiración, un ideal que convoca a la lucha a los hombres buenos y virtuosos, pero en modo alguno sirve para enervar las expresiones de la propia naturaleza humana imperfecta y menos aún la fuerza incontenible del poder que define la política, que actúan como fuentes de comportamientos desviados.

Se requiere entonces que el hombre evolucione y no involucione paradójicamente en medio del avance de la ciencia y la tecnología, para lo cual la educación en valores éticos tiene más fuerza que el Código Penal, por lo que se debe considerar como el factor primordial para frenar el incremento de conductas socialmente desviadas.

### **FUENTES DE INFORMACIÓN**

- Aniyar, L. (1979). La Criminología Crítica o la realidad contra los mitos. Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, 2 (8), Ediciones Librería del Profesional: Colombia.
- Fernández, F. (2003). Prólogo. En Baratta, G., Las rosas y los cuadernos. El pensamiento dialógico de Antonio Gramsci, España, 13-14.
- Ferri, E. (1907). Sociología criminal. Traducción de Soto Hernández, España.
- Gross, M. (1980). Nueva criminología y dogmática jurídico penal. Cuadernos de política criminal, España, 10.
- Levy-Strauss, C. (1955). La estructura de los mitos en Antropología estructural I. Paidós: España.
- Marcelo, A. Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta. Recuperado de: [www.uns.edu.ar/programma/ediciones/edicion2/02\\_edicion2.pdf](http://www.uns.edu.ar/programma/ediciones/edicion2/02_edicion2.pdf). Parker, F. (1973). The McGraw Hill Encyclopedia of World Biography. The McGraw
- Hill Company Inc.: Estados Unidos de América, 7.
- Rodríguez, R. & Seco, J. "Hegemonía y Democracia en el siglo XXI: ¿Por qué Gramsci?" Recuperado de: [ww.uv.es/cefd/15/rodriguez.pdf](http://ww.uv.es/cefd/15/rodriguez.pdf)

Routledge & Kegan (1973), *Economía política del delito. The new criminology*. London Henley Boston.

Serrano, A. (1983). “La criminología crítica”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XXXVI fascículo I enero-abril, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Artes gráficas y ediciones, España.

# **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

## **¿Un problema de falta de normatividad penal o problema socio cultural?**

**Renzo Espinoza Bonifaz**

---

### **RESUMEN**

La investigación aborda el problema de la violencia contra la mujer. Para ello, define la violencia basada en género en sus diversas manifestaciones, detalla la evolución de la normativa internacional y nacional sobre dicha materia y analiza las estadísticas oficiales brindadas por las instituciones estatales competentes. Posteriormente, explica y sustenta que el sistema penal no resuelve los conflictos sociales, para luego afirmar y sustentar que la criminalidad se produce por el diseño de la estructura social, y se aprende en la interacción social. Finalmente, propone el “gobierno del crimen” como mecanismo eficaz para reducir a límites tolerables la criminalidad en contra de la mujer.

### **PALABRAS CLAVES**

Violencia contra la mujer, normas penales, estructura social, interacción social, gobernar el crimen.

### **ABSTRACT**

The research addresses the problem of violence against women. To do this, it defines gender-based violence in its various manifestations, details the evolution of international and national regulations on this matter and analyzes the official statistics provided by the competent state institutions. Later, it explains and sustains that the penal system does not resolve social conflicts, to later affirm and sustain that criminality is produced by the design of the social structure and is learned in social interaction. Finally, it proposes the “government of crime” as an effective mechanism to reduce criminality against women to tolerable limits.

### **KEYWORDS**

Violence against women, criminal norms, social structure, social interaction, governing crime.

## INTRODUCCIÓN

Nuestro país ocupa el séptimo lugar de América Latina en donde ocurren más feminicidios. Cada año las cifras de violencia contra las mujeres aumentan significativamente. De acuerdo con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) durante el 2018 ya se han registrado más de dieciséis mil casos. De esta manera, pese a que hace más de seis años se creó el delito de feminicidio en el Perú no ha servido de mucho para disminuir las conductas criminales que se vienen cometiendo en contra de las vidas de las mujeres peruanas.

A pesar de esta realidad inexorable, vemos con profunda tristeza que el Poder Legislativo y Ejecutivo insisten en que la violencia en contra de las mujeres peruanas puede solucionarse creando nuevos delitos o aumentando las penas en los ya existentes. Sin embargo, estas medidas legislativas solo consiguen calmar el clamor del pueblo que demanda una justicia cada día más severa en contra de los agresores pues ven sus conductas diariamente en los medios de comunicación.

Así, aunque a muchos les duela aceptarlo, debemos ser enfáticos en señalar que este problema no puede ser solucionado únicamente por el sistema penal, pues el origen de la criminalidad se encuentra en la estructura social, la cual no puede ser corregida por políticas criminalizadoras sino por políticas criminológicas. El sistema penal ha fracasado pues centra su atención en el individuo, cree que en él radica el problema de la criminalidad, por eso reduce la prevención a la tipificación de una conducta como delito y su consecuente sanción. Esta fórmula simplista aspira a hacernos creer que las penas graves logran que los individuos se sientan intimidados y deje de cometer delitos. Lamentablemente, esta fórmula no funciona, la experiencia peruana nos sirve para comprobarlo. La violencia genera sólo más violencia, y cuando esta se desborda, el sistema penal se deslegitima por ineficaz, y ello se vuelve un problema más.

Si bien todos podemos percibir la violencia directa, visible, entre individuos, identificando claramente al agresor y a la víctima, existe otro tipo de violencia invisible que podemos denominarla estructural, la cual es causada por los procesos de estructuración social, nos remite a la existencia de un conflicto entre dos o más grupos de una sociedad (en el caso de la violencia contra la mujer podríamos decir que se representa en términos de género) en el que el reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos es resuelto sistemáticamente a favor de alguna de las partes (hombres) y en perjuicio de las demás (mujeres). Reconocer este tipo de violencia es útil para entender y relacionarlo con las manifestaciones de violencia directa (cuando algún miembro de los grupos quiere cambiar

o reforzar su posición en la situación conflictiva por la vía de la fuerza, feminismo o machismo respectivamente).

Además, es preciso señalar que todo acto de violencia está asociado con un conjunto de carencias personales y sociales originadas por una deficiente estructuración de las oportunidades sociales que afectan al sujeto en sus posibilidades de adaptación con el ambiente. Así, queda claro que los factores criminógenos no se encuentran solamente en el individuo sino también en su entorno social, y por tanto, la violencia estatal (sistema penal) no resolverá el problema pues la solución es de ingeniería social, no de ingeniería penal.

El objetivo del presente trabajo de investigación es analizar cómo el Estado viene enfrentando la violencia contra la mujer, así como evaluar si las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar que se han implementado recientemente han resultado eficientes y eficaces.

## **VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO**

Erróneamente se tiende a identificar la violencia de género con la violencia contra la mujer, pues no son sinónimos, y más bien la segunda de ellas está incluida en la primera. La violencia basada en género, como toda violencia, se manifiesta en diversos espacios sociales, por ello resulta importante analizarla desde una perspectiva que nos permita observar las múltiples formas en que se presenta.

Al respecto, resulta útil el triángulo de la violencia propuesto por Johan Galtung, para graficar la relación que existe entre tres tipos de violencia: directa, estructural y cultural. Según Galtung (2016):

La violencia puede ser vista como una privación de los derechos humanos fundamentales, en términos más genéricos hacia la vida, *eudaimonia*, la búsqueda de la felicidad y prosperidad, pero también lo es una disminución del nivel real de satisfacción de las necesidades básicas, por debajo de lo que es potencialmente posible (p.150).

La violencia directa contra las mujeres se materializa en hechos que van en contra de sus necesidades básicas: la muerte, el maltrato, el desprecio, la descalificación, el acoso, etc. Si la violencia directa suele ser un acontecimiento eventual, para muchas mujeres es un hecho frecuente, una forma de vida en la que están inmersas hasta que logran escapar de ella (Magallón, 2005).

Sin embargo, la forma de violencia más perjudicial es aquella que se mantiene invisible, al extremo de llegar a normalizarse, a ella podemos

denominarla violencia estructural, pues tiene como causa los procesos de estructuración social. Galtung (2016) indica:

La estructura violenta típica, en mi opinión, tiene la explotación como pieza central. Esto significa, simplemente, que la clase dominante consigue muchos más beneficios de la interacción en la estructura que el resto, lo que se denominaría con el eufemismo de intercambio desigual (p. 153).

Por otro lado, Magallón (2015) señala:

En el caso de las mujeres la refleja mejor el concepto de dominación, algo que va más allá de lo económico. Se trata de una violencia derivada del lugar que ellas ocupan en el orden económico y de poder hegemónicos. El que la estructura de la propiedad y de los salarios sea desigual, cobrando menos las mujeres por trabajos iguales a los de los hombres (p. 36).

Además, agrega Magallón (1991):

Ayer y hoy las mujeres han ofrecido su tiempo para que otros, ellos, se sientan bien. Han sido las escuchadoras, las sanadoras, las repartidoras de equilibrio, las cuidadoras por excelencia. De este modo ellos han podido realizarse profesionalmente: viajar, dar conferencias, trabajar en el campo o en la política de sol a sol, escribir libros, llegar a ser célebres, todo sin que les remuerda la conciencia o se cierna sobre ellos la mínima duda en torno a las posibles lagunas que pueda acarrear esta su dedicación en exclusiva, o incluso respecto a la legitimidad de su proceso de desarrollo personal (...) Es un tópico decir que detrás de un hombre importante siempre hay una mujer oscura que le apoya. No es tan tópico indagar los costes para las mujeres. Los varones les están extrayendo una plusvalía afectiva que les permite obtener una serie de ventajas de poder y autorrealización (p. 10).

Así, “las relaciones de género, social y culturalmente construidas, forman parte de este tipo de violencia estructural institucionalizada, aceptada socialmente, con efectos profundos, en muchos casos invisibles, no evidentes de manera directa, en las potencialidades y en el bienestar humano” (Ramos, 2003, p. 311). A lo cual debemos de sumar que se trata de violencias socialmente pactadas, organizadas y reguladas, lo cual significa que se encuentran integradas a la institucionalidad de la sociedad.

Por último, tenemos a la violencia cultural, la cual es simbólica de nuestra existencia y perdura en el tiempo. A ella la podemos encontrar en la religión, la ideología, el lenguaje, el arte, la ciencia empírica y la ciencia formal. Es utilizada para legitimar o justificar la violencia directa o la violencia estructural. Aquí podemos hallar las ideas que sobre la

mujer se han venido construyendo simbólicamente, encasillándolas en el mundo familiar del cuidado, y no como creadoras y trasformadoras de cultura. De esta manera, la violencia cultural logra que la violencia directa y la estructural aparezcan, e incluso se perciban como válidas.

Este conjunto de simbolismos impregnados de consideraciones de género (ideas y estereotipos) expresan la violencia estructural, que al estar internalizadas en todos los individuos e instituciones sociales son poco visibles, lo cual resulta difícil de combatir y erradicar. Así, el rol de la violencia cultural es importante para comprender los mecanismos de la violencia en su conjunto, así como las interconexiones entre las distintas formas de violencia.

Desde este enfoque, una estructura social que se constituya sobre la idea de superioridad masculina revela una violencia intrínseca que debe ser descubierta y erradicada. No se puede seguir tolerando la idea de que el “verdadero hombre” debe ser un macho heterosexual y agresivo. Y mientras más mujeres posean, mejor. En donde engañar a una mujer no es causa de culpabilidad sino de orgullo, en la cual resulta legítimo que el macho pueda conquistar todas las mujeres posibles, pues su relación con su mujer es la de dueño y protector, acompañado de una superioridad no-sentimental y alejada. En donde los hombres pueden humillar y golpear a sus mujeres porque “para eso son los maridos”, y el lugar de las mujeres es la casa porque los hombres son de la calle. Ya que el hombre debe aparecer como el jefe de la casa ante los demás sino perderá su prestigio de macho. Si su mujer demuestra independencia él debe pegarle a fin de no perder la fama ante sus amigos. Los celos junto con su agresividad explican el fenómeno de golpear y aun cometer homicidio con la mujer infiel. Esta conducta violenta no es aceptada se espera y se “comprende”. Pues la agresividad es otra característica sobresaliente del macho. Cada hombre trata de mostrarles a los demás que él es el más masculino, el más fuerte, el más poderoso físicamente.

Para transformar este tipo de sociedad es necesario promover cambios muy profundos a nivel de las estructuras sociales, pues se debe dismantelar la dominación masculina impregnada en la mentalidad de todas las personas, y en particular, en las mujeres. En este sentido, se debe impulsar una reestructuración de roles, responsabilidades y atributos que se le asignan a hombres y mujeres en la sociedad, pues la interacción social actual considera inferior a lo femenino y pretende perpetuar esta idea *ad infinitum*.

Así, lo femenino está vinculado a la pasividad, ternura, fragilidad, delicadeza, emoción, sacrificio, abnegación, renuncia; y lo masculino a la acción, agresividad, fuerza, competencia, razón. Por lo tanto, las mujeres

deben ser madres y amas de casa y estar al servicio de las necesidades de los hombres a quienes les deben obediencia; los hombres deben ser proveedores, y ejercer la autoridad como jefes de hogar. Consecuentemente, el espacio público es “masculino”, donde se despliegan los poderes políticos, económicos, religiosos; que son los que otorgan mayor poder y estatus social; y el espacio privado es “femenino” donde se realizan las labores reproductivas, domésticas, de cuidado de otros.

En este orden de ideas, la estructura social (sujetos, familia, escuela, espacio laboral, religión, leyes) asigna los atributos, roles y espacios que le corresponden a los hombres y a las mujeres, estableciendo sanciones discriminatorias y violentas para quienes no las cumplen. Por ello, la violencia contra la mujer es apreciada como normal y difícil de eliminar. Entonces podemos afirmar que la estructuración social, la cual concede mayor poder a los hombres es uno de los principales pilares de la violencia basada en género, que principalmente ha sido dirigida contra las mujeres, con la finalidad es de mantener su posición de subordinadas y dominadas por quienes supuestamente son sus superiores.

Como señala Scott (1996), el género se vale de diversos elementos para constituir relaciones sociales, entre ellos los conceptos normativos, las instituciones y organizaciones sociales, los símbolos y la identidad, todos ellos coadyuvarán a la defensa del sistema de género. Operan desde el nacimiento, en la familia, en el colegio, el vecindario, el centro laboral, en las leyes que nos rigen, en la religión que profesamos. De esa manera, los individuos son socializados para sostener y no subvertir el sistema de género, de ser necesario, incluso recurriendo a la violencia.

La violencia basada en género es una práctica aprendida en la interacción social, que busca intimidar y ejercer el control por parte de los hombres hacia las mujeres con la finalidad de mantener el sistema existente. Sin embargo, toda estructura social es móvil, inestable, y no está libre de transformaciones.

## **EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL PARA ERRADICAR, PREVENIR Y SANCIONAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

El instrumento internacional más antiguo relacionado a la protección específica de los derechos humanos de la mujer resulta ser la “Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” (1979), este se sustenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos para reafirmar el principio de la no discriminación y en el que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En la citada Convención, se concretiza

dicho principio, precisándose que por la expresión “discriminación de la mujer” se denota “...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Pero para hacer operativo el concepto de discriminación se limita a señalar que “Los Estados Partes....se comprometen a.....b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”.

Luego, tenemos la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer, elaborada en la 85 sesión plenaria, celebrado el 20 de diciembre de 1993, reconoce que

“la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre. La violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se refuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

Posteriormente, a nivel regional, en el año 1994 se aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, en el artículo 1 se define que: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado”. Por otro lado, en el artículo 4 se consagra que toda mujer tiene derecho, entre otros, el derecho a que se respete su vida. En este contexto, los Estados Partes

“convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: c. Incluir en su legislación interna normas penales (...) que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (...)”.

Por otro lado, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la resolución número 2005/41, definió la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer”.

Pese a estos instrumentos internacionales tuvieron que transcurrir varios años para que en nuestra legislación nacional se implementen normas especiales que busquen prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Así, mediante la Ley N° 28919 publicada el 27 de diciembre de 2011 se incorpora el término “feminicidio” al tipo penal de parricidio, regulado en el artículo 107 del Código Penal. Este cambio solo duro aproximadamente un año y medio, ya que el 18 de julio de 2013 se publicó la Ley N° 30068 que incorporó el artículo 108-B al Código Penal tipificando autónomamente el delito de feminicidio. Casi dos años después, el 7 de mayo de 2015 se publicó la Ley N° 30323 se adiciona como pena acumulativa a la que corresponde por este delito, la pena de inhabilitación -incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela- cuando “el agente tenga hijos con la víctima”.

Unos meses después, el 23 de noviembre de 2015, se publica la Ley N° 30364 – “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los integrantes del grupo familiar”, la cual tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales. Sin lugar a dudas, esta ley constituye la norma más significativa e integral promulgada por el Estado Peruano con la finalidad de establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas, así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos.

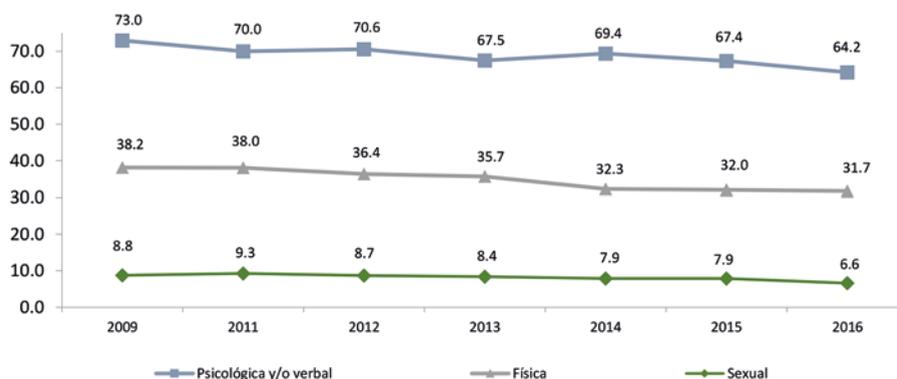
Finalmente, en el contexto de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo otorgadas por el Congreso de la República, el 6 de enero de 2017 se aprobó el Decreto Legislativo N° 1323, que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. Concretamente, las modificaciones se verifican mayormente en el ámbito de las circunstancias agravantes; a saber: a) se agrega la circunstancia que la víctima sea una adulta mayor; b) si la víctima es sometida a cualquier explotación humana; y c) cuando se comete a sabiendas de la presencia de los/as hijas o hijos de la víctima o de niños o niñas o adolescentes que se encuentran bajo su cuidado. De manera general, se consolida la pena de inhabilitación, conforme el artículo 36 del Código Penal, en todas las circunstancias previstas en el presente artículo.

Además, con el Decreto Legislativo N° 1323 se han modificado los artículos 46, 121, 121-B, 122, 124-B, 168, 208, 323 y 442 del Código Penal, introduciendo tipos penales agravados cuando la víctima es mujer, y resulta agraviada por su condición de tal.

## VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CIFRAS

A continuación, ofrecemos información cuantitativa extraída de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES, una de las investigaciones estadísticas más importantes que ejecuta el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI anualmente.

**Gráfico N° 1**  
**Mujeres alguna vez unidas, que experimentaron situaciones de violencia (Porcentajes)**



Fuente: Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES. Perú

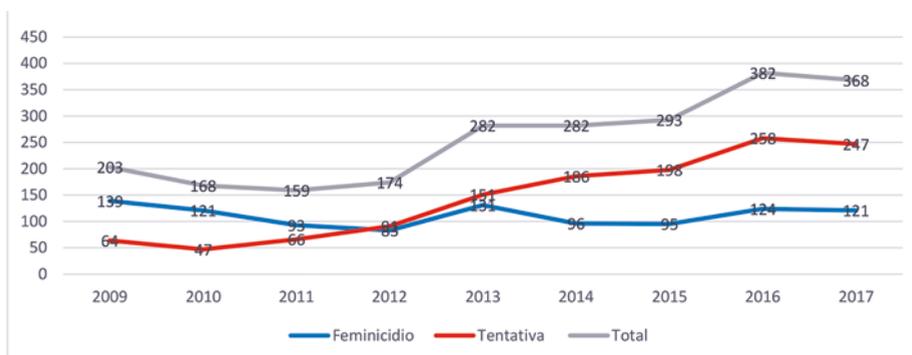
Las cifras en los últimos tres años nos indican una disminución de la violencia. En general la violencia ha disminuido de un 72.4% el 2014 a 68.2% el 2016. Asimismo, este comportamiento se presentó en las cifras de psicológica y/o verbal, violencia física y violencia sexual.

Según la citada encuesta en el año 2017 la cifra ha disminuido ligeramente a 61.5% en el caso de violencia psicológica, 30.6% en el caso de violencia física, y 6.5% en el caso de violencia sexual. Lo cual marca una tendencia a la baja según las estadísticas ofrecidas por el INEI.

Sin embargo, resulta preocupante que la reducción del total de mujeres que experimentaron alguna vez situaciones de violencia desde el año 2009 al año 2017 solamente sea de un 11.5%, lo que equivale a una mujer menos de cada diez, pues actualmente todavía seis de cada diez mujeres peruanas indican que ha sido víctima de algún tipo de violencia por parte de sus parejas o acompañantes, pese a las diversas modificaciones legales implementadas que hemos señalado en el acápite precedente, las cuales han creado tipos penales especiales para sancionar la violencia contra la mujer con sanciones mucho más severas que los tipos penales genéricos.

Por otro lado, de acuerdo con el Registro de Víctimas de Femicidio y Tentativa en el Perú, creado mediante Resolución Ministerial N° 110-2009-MIMDES publicada el 6 de marzo de 2009, las cifras del delito de Femicidio y tentativa desde el año 2009 al 2017 es:

**Gráfico N° 2**  
**Casos de femicidio y tentativa (2009-2017)**



Fuente: Elaboración propia

Respecto al año 2018, de enero a mayo se han registrado 62 casos de femicidio, superando a los 44 casos de femicidio que se registraron de enero a mayo en el 2017. Lo cual revela que es probable que la cifra de femicidios en el 2018 sea mayor que en el 2017.

Del análisis de la estadística ofrecida por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables respecto al delito de femicidio desde el 2009 al 2018 podemos aseverar que su comisión ha ido en aumento, pues mientras que en el 2009 se cometieron un total de 139 femicidios y se intentaron 64, dando un total de 203, en el 2017 se cometieron 121 y se intentaron 247, dando un total de 368.

Asimismo, se registran 1,053 víctimas de femicidio entre enero de 2009 y diciembre de 2017. En promedio, cada mes hay 10 víctimas de femicidio en el Perú. Lima Centro concentra el mayor número de víctimas registradas por femicidio. El distrito fiscal de Sullana concentra la menor cantidad de casos registrados. Sólo se advierten dos casos entre 2009 y 2017. Según los grupos de edad, la mayor cantidad de agresores registrados entre 2009 y 2017 tenía entre 25 y 34 años, en total suman 382. En el caso de las víctimas, 308 de ellas tenían entre 25 y 34 años. La mayor cantidad de agresores corresponden al grupo de esposos o convivientes de las parejas, 442 de los asesinos tenían este parentesco. Enero es el mes con mayor concurrencia de femicidios, 115 casos fueron recogidos de 2009 a 2017 en ese mes.

Todo ello pese a que las leyes penales respecto a este delito se implementaron en el año 2011, y se modificaron agravando sus penas en el año 2015 y 2017, lo cual demuestra que la creación del delito de feminicidio como tipo penal autónomo contra la vida, con penas más drásticas que el homicidio simple y el asesinato no ha generado una reducción de su comisión sino por el contrario se ha incrementado la perpetración de los mismos.

### **EL SISTEMA PENAL NO RESUELVE LOS CONFLICTOS SOCIALES NI SE INTERESA POR LA VÍCTIMA**

El sistema penal es el conjunto de agencias que conforman el aparato de justicia penal, el cual está conformado por el Poder Legislativo, Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional, Ministerio de Justicia, etc., los cuales tienen por finalidad la prevención del delito, la protección de bienes jurídicos, y la resocialización del condenado a través de la imposición de la pena.

Al respecto, Zaffaroni (2000) señala:

En el análisis de todo sistema penal deben tomarse en cuenta las siguientes agencias: (a) las políticas (parlamentos, legislaturas, ministerios, poderes ejecutivos, partidos políticos); (b) las judiciales (incluyendo a los jueces, ministerio público, auxiliares, abogados, organizaciones profesionales); (c) las policiales (abarcando la policía de seguridad, judicial o de investigación, aduanera, fiscal, de investigación privada, de informes privados, de inteligencia de estado y, en general, toda agencia pública o privada que cumpla funciones de vigilancia); (d) las penitenciarias (personal de prisiones y de ejecución o vigilancia punitiva en libertad); (e) las de comunicación social (radiotelefonía, televisión, prensa); (f) las de reproducción ideológica (universidades, academias, institutos de investigación jurídica y criminológica); (g) las internacionales (organismos especializados de la ONU, la OEA, etc.); (h) las transnacionales (cooperaciones de países centrales, fundaciones, entes para becas y subsidios) (p, 19).

Para cumplirla las agencias se dividen las funciones, de modo tal que cada una de ellas cumple un rol de cooperación importante y trascendente para el sistema. Sin embargo, Espinoza (2017) señala que:

La interacción entre estas agencias no es coordinada, pues cada una de ellas pretende imponer sus intereses frente a las otras, es decir, busca controlar el sistema a través del poder que ostenta. Esto genera que el sistema no cumpla realmente con las funciones manifiestas del mismo (prevenir, proteger y resocializar), y en cambio, se imponga un discurso populista y simplista, el cual apela a la represión para resolver los problemas sociales, generando un espacio irreflexivo en donde se

logra una falsa imagen del sistema penal como el único instrumento capaz de solucionar los conflictos sociales (p. 6).

Además, el sistema penal, sin dudas, es violento, la imposición de una pena supone la restricción de un derecho fundamental del condenado. Además, se afirma que el sistema penal busca restablecer la paz social solucionando el conflicto suscitado por el incumplimiento de la ley penal por parte de un ciudadano. De esta manera, la eficiencia del sistema penal se puede medir en relación con el cumplimiento de su finalidad.

Dentro de esta lógica el Estado debe solucionar los conflictos, pues a él le corresponde reaccionar frente a la comisión de delitos en defensa de la sociedad, es decir, debe hacer cumplir la ley penal que protege a los bienes jurídicos más importantes para la comunidad: vida, libertad, integridad, etc. Ello es así desde el año 1215, fecha en que el Estado expropió el conflicto entre agresor y víctima con la creación de un sistema inquisitivo que facultaba a los jueces a buscar la verdad a toda costa, con la finalidad de hallar al responsable del delito y sancionarlo ejemplarmente. Posteriormente, se produjo una profesionalización y burocratización de las agencias del sistema penal bajo la idea de orden y justicia.

Este paradigma de administrar justicia puso en evidencia que el daño causado a la víctima ya no resulta lo importante sino el sancionar la desobediencia a la ley penal estatal por parte del agresor. Así, lo que realmente interesa al Estado es castigar a quien quebranta la ley dictada por él, y no la solución del conflicto entre agresor y víctima. Como acertadamente sostiene Ríos (2018, p. 45): “Las partes del conflicto fueron entonces eliminadas del mismo. La víctima fue abandonada en el proceso penal. El infractor se convirtió en el reo, palabra proveniente del latín *res*, que significa cosa u objeto, es decir, perdió su calidad de persona sujeto de derecho”.

De esta manera, la posición que tiene la víctima dentro del sistema penal es débil, pese a que ella es a quien se le produce el daño. La víctima se vuelve en un testigo dentro del proceso penal, es una “herramienta” más que le sirve al sistema penal para cumplir sus finalidades. Además, se evita que la víctima se comunique directamente con el agresor, pues todo se debe canalizar a través del Fiscal. Así es como la víctima, de ser la real protagonista del conflicto social, es relegada a ser un sujeto procesal que le servirá al Ministerio Público para probar su teoría del caso, y poder sancionar al procesado.

Y es que un sistema penal que no tiene orientación hacia la solución de los conflictos, y que tan solo busca satisfacer estadísticas burocráticas brindando cifras de personas detenidas, procesadas y condenadas no

resulta eficaz para administrar justicia. Con la sanción penal del agresor, con su ingreso al centro penitenciario preventiva o definitivamente, no se soluciona el conflicto, sin embargo, los medios de comunicación social entienden que dichos actos son la principal tarea del sistema penal, se alegran de las prisiones preventivas y condenas de los responsables, no obstante, no se preocupan por las víctimas.

Es más, si las sanciones no son severas informan que no se ha logrado hacer “justicia”, entonces piden el aumento de las penas, o la muerte del victimario, pese a que nuestro ordenamiento legal no lo permite. Lo único que les interesa es el aislamiento del individuo que ha cometido el delito, si fuera perpetuamente resulta mejor. Un sistema de administración de justicia que tiene cada vez menos “derecho” y más “penal”, el cual únicamente responde al clamor popular orientado por medios de comunicación que opinan sobre la cuestión criminal sin conocerla, que ejercen su libertad de opinión de manera irresponsable, pues en lugar de proponer una agenda de paz a favor de la comunidad excitan el odio hacia los ciudadanos que han cometido delitos, llamándolos monstruos y pidiendo su muerte, como si con ello se solucionase la criminalidad existente. Debemos recordar que la violencia solo consigue engendrar más violencia.

Un sistema penal configurado de esta manera no se inspira en políticas criminológicas sino únicamente en políticas de criminalización, pues se observan decisiones utilitaristas de quienes controlan el sistema penal, las cuales no son justas, pues tan solo pretenden seguir dominando a los más débiles a través del poder punitivo, para ello también es necesario seguir suministrando a la población dosis de temor, pues solo con ello se permite incrementar paulatinamente las restricciones normativas de sus derechos fundamentales, por ejemplo, ahora la policía puede detener cuarenta y ocho horas en caso de flagrancia delictiva, ante solo era posible la detención por el plazo de veinticuatro horas.

Por ello, las decisiones políticas deben ser estudiadas científicamente, y la ciencia que puede brindar este soporte es la Criminología, pues como ciencia empírica y multidisciplinaria posee conocimientos para estudiar el fenómeno criminal de manera integral y desde diversos enfoques (biológico, psicológico, sociológico, político, etc.), brindando información contrastable y válida, y sobre todo crítica y realista. Por eso preferimos hablar de una política criminológica, en lugar de política criminal, pues consideramos que esta debe ser orientada a proporcionar una respuesta no violenta a la criminalidad, buscando contener el uso indiscriminado del poder punitivo estatal, para ello es necesario contar con límites racionales que van más allá del discurso jurídico penal.

## **LA CRIMINALIDAD SE PRODUCE POR EL DISEÑO DE LA ESTRUCTURA SOCIAL Y SE APRENDE EN LA INTERACCIÓN SOCIAL**

Como señala Vergolini (2004):

La causa de la conducta divergente se considera siempre asociada con un déficit. Este déficit se expresa en las carencias personales y sociales originadas por una deficiente estructuración de las oportunidades sociales, que afectan al sujeto en sus posibilidades de adaptación al ambiente problemático (p.23).

De esta manera, la desviación social no es producto únicamente del sujeto aislado sino de su entorno social, de las oportunidades que tenga para desarrollarse integralmente. Por otro lado, toda sociedad tiene su propia concepción de “éxito”, es decir, en todo grupo social se establece que se entiende por éxito. Además, por “éxito” debemos entender a un conjunto de satisfacciones personales y sociales que pretende alcanzar todo individuo para ser feliz.

Según Maslow (1991), todo ser humano tiene un conjunto de necesidades que debe ir atendiendo jerárquicamente, la necesidad humana más básica es la fisiológica, por la comida y el agua, lo demás nos importa poco hasta que esa necesidad se satisface. Una vez que la hemos asegurado, necesitamos sentirnos seguros y buscamos refugio, vestimenta y salud. De nuevo, cuando tenemos estas necesidades satisfechas, al menos en parte, comenzamos a concentrarnos en nuestras necesidades de amor, afecto y sintiendo de pertenencia a un grupo. Estas necesidades son satisfechas en parte por nuestra familia, amigos y pareja. Luego, tenemos la necesidad de autoestima, es decir, deseo de fuerza, logro, adecuación, maestría y competencia, confianza ante el mundo, independencia y libertad; y de la estima de otros, lo que podríamos llamar el deseo de reputación o prestigio, el estatus, la fama y la gloria, la dominación, el reconocimiento, la atención, la importancia, la dignidad o el aprecio.

Sin embargo, el contenido de sus necesidades no es definido solamente por el individuo sino también por su entorno social, de esta manera, en la sociedad actual el ideal de “éxito” está relacionado con el tener poder y dinero. Los individuos de hoy no quieren ser pareja de alguien sino tener una pareja para dominarla y satisfacer sus necesidades personales y sociales con ellas. En este contexto social, los valores como el amor, el respeto, la tolerancia, la fidelidad, la compasión, la armonía, la paciencia, la afectividad, la confianza, la integridad, la transparencia, etc. no son tomados en cuenta, pues la gente piensa que el tolerante es tonto y el infiel un macho. Así, la integridad pierde importancia y el “machismo” se vuelve valor.

Esta perspectiva nos permite entender que las leyes penales no resuelven el problema, pues responder con más violencia contra aquellos que prefieren recorrer los caminos socialmente convenientes no conseguirá transformarlos, como es evidente la solución es de ingeniería social y no de ingeniería penal. Para ello se debe recurrir a los criminólogos no a los penalistas. Pero la tarea del criminólogo no es hacerle la guerra al enemigo, es de paz; sus armas no son los grilletes ni las rejas sino las ideas, como científico debe izar el estandarte de la verdad basada en investigaciones empíricas, solo de esta forma puede llegar a identificar los factores y las causas de la criminalidad, no solo las inmediatas sino sobre todo las mediatas y remotas. No se puede ni debe estudiar el crimen sacándolo de su contexto, de su estructura, pues este influye directamente en el comportamiento del criminal, así como él influye en la estructura. El gran reto es hacer una sociedad menos desigual, y más incluyente.

Por otro lado, creemos que el hombre no es bueno ni malo por naturaleza, sino que producto de las relaciones social va aprendiendo a comportarse, así, elige cumplir o no las normas sociales. Las personas cometen crímenes porque lo aprenden en la interacción social, a través de procesos comunicativos (interacción simbólica), como aprenden cualquier otro comportamiento. Edwin Sutherland desarrolló profundamente esta idea en su teoría de la asociación diferencial.

Por tanto, si tenemos una estructura social que tiene como una de sus características la violencia basada en género resulta totalmente entendible que sus miembros aprendan a comportarse conforme a esta característica, pues en sus procesos simbólicos de comunicación la aprenderán y reforzaran. Su comportamiento será el reflejo de las necesidades generales y los valores que la estructura les ofrece para poder ser exitosos socialmente.

## **GOBERNAR EL CRIMEN**

Consideramos que el factor fundamental para lograr una transformación de la estructura social es entender que para ello no resulta suficiente la promulgación de normas jurídicas, entre ellas, leyes penales o civiles. Si no es necesario evaluar a nuestra sociedad, realizar estudios científicos empíricos, que nos puedan mostrar su situación real, ya que solo conociendo ciertamente su contexto actual podremos proponer políticas públicas capaces de resolver progresivamente las dificultades encontradas.

Como sostiene Espinoza (2018):

Esta perspectiva real de los fenómenos propios de la población permitirá diseñar estrategias políticas, pero, sobre todo, la población

será el fin primordial del gobierno, ya que su propósito no debe ser tan solo gobernar sino hacerlo en beneficio de la población, reducir las brechas de desigualdad económica existente, garantizar su salud física y mental, su educación, su inclusión social, etc. (p. 25).

Agrega:

Solo ello permitirá gobernar de manera racional e inteligente, pues únicamente se puede saber cuál es la solución a un problema si se saben las características, dimensiones, elementos, etc. del mismo. De esta manera, resulta importante entender que la economía, ciencia que estudia los recursos, la creación de riqueza y la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, juega un rol trascendental en el diseño de las políticas que debe adoptar e implementar el gobierno para satisfacer las necesidades humanas (p. 26).

Por otro lado, la criminalidad se previene de manera eficaz formando vínculos sociales fuertes. Todas las personas nacemos con un impulso hedonista, es decir, con tendencia a la búsqueda del placer y el bienestar en todos los ámbitos de la vida rehuyendo en lo posible al dolor. Así, en el proceso de socialización desarrollamos la tolerancia a la frustración, el apego a las normas sociales, el convencimiento de que esas normas deben cumplirse, etc. Es decir, todo lo cual nos permite un autocontrol, control del hedonismo. Según Travis Hirschi los vínculos sociales que deben desarrollarse en todo ciudadano para no ser proclive a la criminalidad son los siguientes: 1) *Apego*: vinculación afectiva de la persona con las demás, principalmente con su entorno (familia, trabajo, comunidad, etc.); 2) *Compromiso*: los individuos cumplen las normas sociales porque les interesa que la sociedad funcione para poder conseguir educación, trabajo, éxito, estatus, etc.; 3) *Participación*: emplear su tiempo en actividades pro sociales conlleva a no encontrar el tiempo necesario para comprometerse en una conducta desviada; y 4) *Creencias*: respeto a la existencia del sistema de valores común a la sociedad.

## CONCLUSIONES

Las cifras nos demuestran que la normatividad penal implementada para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer no resulta suficiente para reducir a límites tolerables la criminalidad en contra de las mujeres; definir a través de las leyes penales nuevas formas de conductas reprochables con penas sumamente drásticas no es la manera más eficiente de enfrentar el problema. A esta forma de enfrentar la criminalidad no le interesa en absoluto comprender el contexto en donde se desarrollan dichas conductas criminales, menos aún establecer las causas y factores por las cuales se produjo este comportamiento, para ella el problema siempre está en el criminal, quien solo se abstendrá

de cometer un delito si sus consecuencias punitivas le causan miedo, tampoco le interesa las secuelas que genera el ingreso al penal de dicho criminal, pues lo sustancial es mantenerlo aislado de la sociedad, a la cual defiende a ultranza por sobre todo.

Además, las agencias del sistema de administración de justicia penal muchas veces hacen caso omiso de las denuncias presentadas por las mujeres, las tramitan sin interesarse realmente por el caso humano que ellas representan, se basan en tecnicismos dogmáticos para calificar las conductas, no han presupuestado el dinero necesario para implementar las medidas sociales y de apoyo psicológico que las mujeres requieren, por ejemplo, no existen actualmente refugios temporales suficientes para albergar a las mujeres víctimas de agresiones físicas lo que conlleva a que se queden en sus hogares y sean nuevamente agredidas, pues la prohibición de ingresar al domicilio que se les imponen a los agresores como medida de protección tampoco son supervisadas por las autoridades competentes, pese a que las leyes así lo disponen.

Sin embargo, existe otra posición que se preocupa por investigar las causas psicológicas, sociales, económicas, etc., que generan que las personas delincan, la manera como se está ejerciendo el control social formal (sistema penal) e informal (familia, comunidad, centro educativo y de trabajo, etc.) y los efectos no socializadores de las cárceles. Ella es capaz de idear soluciones que buscan la realización de políticas sociales y actividades comunitarias para prevenir más que para sancionar. La idea que mejor resume esta posición es que hace falta generar comunidades con vínculos inspirados en la solidaridad, y el compromiso hacia objetivos comunes, en vez de sociedades ficticias que se ordenen por miedo a la ley.

Esta forma de prevenir y erradicar la criminalidad es a la que llamamos “gobernar el crimen”, pues se preocupa por encontrar una solución integral del mismo, desde un enfoque multidisciplinario, por entender que las políticas inspiradas bajo el lema: “duro contra el delito” no son las adecuadas, sino aquellas que atacan las causas del crimen de manera preventiva. Y es que gobernando el crimen podemos asegurar reducir cualquier forma de criminalidad a límites tolerables, pues es erróneo afirmar que la podemos eliminar. Para ello, resulta importante reivindicar a la Criminología como ciencia interdisciplinaria que articule como una plataforma seria las políticas sociales que hemos señalado.

Por tanto, necesitamos una prevención social del delito, es decir, evitar el delito mediante el desarrollo social, para ello debemos incluir al excluido y redistribuir mejor la riqueza. Asegurar la seguridad integral de todos los ciudadanos brindando oportunidades en educación, salud, empleo, justicia, etc., lo cual significa construir vías de desarrollo todos

los ciudadanos por igual, ello se conseguirá tendiendo como base estudios criminológicos científicos e interdisciplinarios, lo cuales pueden aportar información válida y contrastable sobre nuestra realidad con el objeto de reducir a límites tolerables la criminalidad existente en nuestro país.

Finalmente, resulta necesario generar conciencia en nuestros ciudadanos, hacer una llamada a su prudencia, pues el movimiento que alienta la represión y el castigo como única forma de solucionar la criminalidad gana adeptos día a día apoyados por los medios de comunicación social, que lejos de apaciguar la exacerbación popular, contribuyen a través de sus opiniones a encender más los ánimos por la venganza a través de las sentencias judiciales.

## **RECOMENDACIONES**

Entre algunas recomendaciones a implementarse proponemos:

1. Incorporar a la legislación nacional los tratados internacionales que garantizan los derechos de las mujeres.
2. Que el sistema de administración de justicia repare los daños causados a las mujeres que fueron agraviadas, y les brinde acceso a los servicios jurídicos de manera gratuita.
3. Que se implementen políticas para poner fin a la violencia contra las mujeres que reúnan de forma coordinada al gobierno, las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación y al sector privado.
4. Construir hogares de refugio para las mujeres que cuenten ayuda psicológica y jurídica gratuita para que puedan entender sus derechos.
5. Capacitar a los trabajadores del sistema de administración de justicia y de salud, con la finalidad de que den cabal cumplimiento a las normas y políticas respectivas.
6. Presupuestar los recursos públicos necesarios para hacer viables las leyes y políticas para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.
7. Sistematizar la información sobre las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres, crear una base de datos de los casos ocurridos.
8. Monitorear la implementación de las políticas y las leyes para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.
9. Empoderar a las mujeres desde la familia y el sistema educativo.

10. Fomentar la participación y el liderazgo político y económico de las mujeres.
11. Trabajar con la juventud para que sean agentes de transformación y cambio para poner fin a la violencia contra las mujeres.

Sin temor a equivocarnos las acciones propuestas contribuirán en reducir el índice de criminalidad contra las mujeres existente en nuestro país, lo cual no significa que la violencia estructural sea la única causa de la existencia de crímenes en contra de las mujeres, pues sostenerlo sería ignorar que la criminalidad es multicausal y plurifactorial, en ella concurren explicaciones sociológicas, psicológicas, económicas, etc. de su existencia. Sin embargo, no es menos cierto que la violencia estructural es un factor predominante en los crímenes en contra de las mujeres.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

Espinoza Bonifaz, A. (2017). Análisis de la decadencia del sistema penal: las modificaciones penales y el índice de criminalidad. Recuperado de: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos\\_2017/decadencia.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2017/decadencia.pdf)

Espinoza Bonifaz, A. (2018). Gobernar a través del delito o gobernar el crimen: La política en la cuestión criminal. *Vox Juris, Número 35*, 21-28.

Galtung, J. (2016). La violencia: cultural, estructural y directa. *Cuadernos de Estrategia, Número 183*, 147-168.

Magallón Portolés, C. (1991). La plusvalía afectiva o la necesidad de que los varones cambien. *Pie de Paz, Número 17*.

Magallón Portolés, C. (Diciembre 2005). Epistemología y violencia. Aproximación a una visión integral sobre la violencia hacia las mujeres. *Feminismo/s, Número 6*, 33-47.

Maslow, A. (1991). *Motivación y personalidad*. Madrid: Díaz de Santos.

Ramos Padilla, M. (2003). Salud mental y violencia estructural en varones de sectores urbanos pobres. En: Cáceres, Cueto, Ramos, Vallenás (Coords.). *La salud como derecho ciudadano. Perspectivas y propuestas desde América Latina*. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia. (pp. 309-318).

Ríos Patio, G. (2018). Una propuesta de reforma política para el mejor cumplimiento de los fines del estado: el empleo de la criminología para el diseño de una política criminológica. *Vox Juris, Número 35*, 41-55.

Scott, J. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En: Lamas Marta (Compiladora) *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: PUEG.

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

# EL COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN FRENTE A LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL UNA MIRADA DESDE LA CRIMINOLOGÍA MODERNA

Renzo Espinoza Bonifaz

---

## RESUMEN

Este trabajo de investigación busca analizar desde una visión criminológica el *compliance* como herramienta de prevención de la criminalidad en el seno de las personas jurídicas. Para ello, se recurre a las teorías criminológicas modernas de mayor trascendencia científica con la finalidad de comprender la razón de ser del *compliance* en el interior de una empresa y asegurar su mejor utilización como política criminológica estatal. Asimismo, se realiza un recuento histórico de su génesis a nivel internacional y de su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano.

## PALABRAS CLAVE

Criminalidad empresarial, control social, criminología, programas de cumplimiento, prevención.

## ABSTRACT

This research work seeks to analyze from a criminological view the compliance as a crime prevention tool within the legal entities. In order to do so, it is necessary to use modern criminological theories of greater scientific importance, in order to understand the *raison d'être* of compliance within a company and ensure its best use as a state criminological policy. Likewise, a historical account of its genesis at the international level and of its incorporation in the Peruvian legal system is made.

## KEYWORDS

Business crime, social control, criminology, compliance programs, prevention.

## INTRODUCCIÓN

El actual sistema penal peruano no ha podido disminuir la criminalidad existente en nuestro país. Esta, que no es solo la que se exhibe en los medios de comunicación, o que se investiga y juzga en el Ministerio Público y/o Poder Judicial, está afectando cada vez más nuestra estructura social y debilitando, sino destruyendo, la confianza de la población respecto a la eficacia del control social formal que detenta el Estado.

Ante ello, es necesario reflexionar sobre cómo se está utilizando dicho poder estatal, es decir, no solo si se están emitiendo leyes penales que persigan evitar la comisión de delitos o sancionar drásticamente aquellos que se configuren, sino si estas leyes obedecen a políticas sustentadas en estudios criminológicos que permitan evaluar posteriormente si la puesta en vigencia de dichas leyes ha cumplido con el objetivo que se pretendía alcanzar o, en todo caso, qué correcciones resultarían necesarias para que así sea.

De esta manera, es evidente la necesidad de recurrir a la criminología como sustento científico de toda ley penal que se ponga en vigencia; de lo contrario, correríamos el riesgo de no saber si esta cumple la función para la cual ha sido publicada. Teniendo en cuenta que toda ley penal pretende controlar conductas humanas en concordancia con la función principal del sistema penal —que no es otra que la función de la pena—, no sería correcto, y menos legítimo, expedir leyes sin asegurar que las mismas puedan servir adecuadamente para dichos fines, pues ello generaría un control social formal desprestigiado por no cumplir cabalmente sus funciones.

Sin embargo, pese a lo señalado, observamos muchas veces que las leyes que se expiden se elaboran sin este previo análisis científico y se sustentan en la coyuntura social que se construye y se reconstruye desde los medios de comunicación, a lo que la criminología contemporánea ha denominado «criminología mediática». Esta manera de hacer leyes recurre a la creación de la realidad a través de subinformación y desinformación en concordancia con prejuicios y creencias.

Por ello, es imperante retomar el estudio científico de la realidad al momento de fabricar leyes penales. Para dicho fin, necesitamos de la ciencia del crimen, es decir, de la criminología, la cual, debido a su condición multidisciplinaria y método empírico, es capaz de brindarnos información legítima e íntegra sobre el origen, desarrollo, factores y causas del crimen con la finalidad de proponer programas de prevención eficaces, así como técnicas de intervención positiva al infractor.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la evolución de la delincuencia de nuestros tiempos en relación con el daño e impacto social. Así, apreciamos un preocupante avance de la criminalidad organizada en nuestros días, la cual, de acuerdo con sus características propias, tiene una notable capacidad de adaptarse a las nuevas realidades sociales, identificando las fisuras en la organización social de un Estado que le permitan actuar y desarrollarse impunemente.

La globalización, sin lugar a dudas, es el escenario perfecto para la criminalidad organizada, pues las nuevas tecnologías entorpecen su detección y erradicación. En un mundo globalizado, los Estados normalmente reducen sus limitaciones normativas comerciales, permitiendo una ampliación de los mercados, con la finalidad de fomentar la libre circulación de los factores de producción. Este contexto otorga grandes sectores de operación a este tipo de criminalidad, que es sobre todo económica, pues su motivación normalmente es lucrativa.

El maestro español Jesús María Silva Sánchez (2001) señala en su célebre obra *La expansión del derecho penal* que:

Desde el punto de vista estructural, las características más significativas de la criminalidad de la globalización son dos. Por un lado, se trata de una criminalidad, en sentido amplio, organizada. Es decir, que en ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. La disociación que ello produce entre ejecución material directa y responsabilidad determina, asimismo, que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderosos, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados, así como de corrupción de funcionarios y gobernantes, son rasgos asimismo notables (p. 87).

Que este tipo de criminalidad sea organizada pone de manifiesto que se trata de estructuras con algún grado de jerarquización y que dificultan una investigación criminal, pues en no pocos casos se presentan problemas para determinar la atribución de responsabilidad penal, dada la separación espacio-temporal entre la decisión de los jefes y la ejecución del delito. A ello debe sumarse su gran capacidad económica, que les permite, incluso, desestabilizar las instituciones políticas de un Estado a través de la corrupción de sus funcionarios (Carnevali, 2010, p. 276).

Esta situación revela el inminente peligro que ostenta la criminalidad organizada, pues debilita las instituciones estatales hasta resquebrajar las bases de un Estado de derecho. En tal razón, es apremiante la adopción de medidas para defender las estructuras democráticas y sus medios de control a través de mecanismos eficaces, y no solo punitivos, para desarticular esta clase de organizaciones criminales. Muchas de estas son aparentemente personas jurídicas que incursionan en actividades económicas lícitas, y precisamente valiéndose de esta apariencia, cometen delitos que socaban profundamente el mercado y, por ende, la estructura social de todo Estado.

Ante ello, por razones de política criminológica, no podemos seguir enfrentándonos a este tipo de criminalidad con un derecho penal pensado para delitos de siglos pasados, pues la dogmática penal que lo sustenta no es adecuada para enfrentar estos nuevos retos. Y es que se trata de un derecho penal para delitos individuales que normalmente requieren de un resultado y lesión perceptibles a través de los sentidos. Por su parte, las organizaciones criminales son entidades poderosas que usualmente realizan actividades que ponen en peligro bienes jurídicos colectivos, que dañan el orden económico, la salud pública o el correcto funcionamiento de la administración pública de un Estado.

De esta forma, es evidente que la lucha contra este tipo de criminalidad requiere de instrumentos que anticipen oportunamente los daños sociales que producen los delitos cometidos por la organización criminal empresarial. No obstante, la adopción de dichas medidas demanda un análisis y sustento criminológico que garantice que dichas herramientas justifican adelantar la intervención punitiva del Estado. Ahí radica la importancia de la criminología, en el extremo que legitima la adopción de dichos instrumentos penales de manera científica y no improvisada.

### **COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Como hemos señalado, dentro de esta criminalidad organizada puede incluirse a personas jurídicas que utilizan esta estructura legal para cometer delitos económicos con fines ilícitos de lucro. Y es que la confiabilidad de la sociedad en este tipo de estructuras organizadas fomenta el aprovechamiento de ellas, como de las leyes que las regulan. Por ende, las medidas que se establezcan para luchar en su contra deben ser efectivas para debilitarlas, sino extinguirlas, desde un plano económico.

Antes que nada, este trabajo de investigación no tiene la intención de examinar la pertinencia y legitimidad de introducir el principio *societas delinquere potest* en nuestra legislación penal; por el contrario,

el objetivo de este artículo es analizar desde un enfoque criminológico las herramientas que se utilizan para enfrentar a la criminalidad desde la empresa.

Quedando claro tal propósito, es pertinente aclarar también que, si bien la Ley N.º 30424 -modificada por el Decreto Legislativo N.º 1352 y la Ley N.º 30835- establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, todo parece indicar que es, por lo contrario, penal. Pues, se trata de responsabilidad por la comisión de delitos (cohecho activo, lavado de activos y financiamiento de terrorismo, etc.), bajo criterios de imputación que relacionan a una persona física que actúa en interés o para obtener una ventaja en favor de la persona jurídica, complementándose con la existencia o no de un modelo de prevención eficiente para evitar la comisión de delitos.

En este contexto cobra importancia el *compliance*, un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan (Wellner, 2005, p. 501). Tiene como propósito tanto la individualización de los ámbitos de riesgo para el ente en cuanto a la posible comisión de delitos, a modo de prevenirlos, como también disponer de mecanismos de actuación y de procedimientos a seguir por quienes se encuentran ya sea en posición superior o subordinada (Carnevali, 2010, p. 300).

Contar con un programa de cumplimiento puede eximir de responsabilidad a la persona jurídica; sin embargo, esto no ocurre automáticamente, pues existen ciertas condiciones, ahora legales, que deben ser verificadas para conceder tan importante beneficio. La primera de estas condiciones es la verificación por parte de la autoridad judicial de que el programa de cumplimiento resulta eficiente, es decir, que no es una simple fachada implementada para dar la apariencia de que la organización ha previsto los riesgos en los que podría incurrir y que ha establecido los procedimientos necesarios para su prevención y detección. La segunda condición es la necesidad de que el programa se ajuste a los modelos de prevención establecidos por el legislador, los mismos que establecen el contenido concreto que será exigido por la autoridad judicial al momento de determinar la eficacia del *compliance*.

Por su parte, la tercera y última condición radica en que el programa supone, al menos en parte, la privatización de la función pública en cuanto al control de la criminalidad. Para ello, se exige a la empresa que detecte e investigue las posibles infracciones jurídico-penales que han tenido lugar en su seno, e incluso las conmina a aportar los resultados de

la investigación interna a una investigación fiscal. Aquí, lo preocupante es la posibilidad de que en estas investigaciones internas no se cumplan de manera irrestricta las garantías de un debido proceso.

Por estas razones, es conveniente constituir dentro de las organizaciones departamentos de cumplimiento que cuenten con un procedimiento en el que se establezcan de manera clara los derechos y obligaciones de los encargados de las investigaciones internas, así como las garantías esenciales que gozan las personas sometidas al proceso de investigación, las cuales deberán ser similares a las garantías procesales establecidas en la Constitución, con la finalidad de otorgar legitimidad al programa de cumplimiento adoptado.

De esta manera, viendo la trascendencia jurídico-penal que ostenta esta herramienta de prevención en personas jurídicas, es necesario analizar y sustentar su legitimidad como instrumento del sistema jurídico penal desde un enfoque criminológico. La finalidad es garantizar que su adopción haya sido una correcta decisión legislativa y, a la vez, dotar de información científica válida que permita realizar las correcciones normativas necesarias en el devenir de su aplicación en la realidad.

### **APORTES CRIMINOLÓGICOS PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN DE LA FUNCIÓN DEL COMPLIANCE**

A través de los programas de cumplimiento, las personas jurídicas se organizan para cumplir las leyes y regulaciones que les concierne obedecer. Sin embargo, estos se vuelven ineficaces cuando se limitan a definir los procedimientos y las políticas únicamente con el afán de tener formalmente en un papel un modelo de prevención, sin existir el compromiso de generar una cultura de cumplimiento en la persona jurídica. Dicha cultura corporativa debe promover la integridad, como conducta ética, en todas las personas que conforman la persona jurídica. Si concebimos los programas de cumplimiento tan solo como una obligación legal a la que toda persona jurídica debe someterse por encontrarse dispuesta en una ley, será solo una exigencia formal más a la que toda organización deba sujetarse sin reparar en su verdadera función.

En este sentido, más que asegurar que las personas jurídicas se ajusten al ordenamiento jurídico que les corresponde acatar, estos programas tienen por finalidad prevenir la comisión de delitos en el seno de la organización. Por ello, es claro que existe un traslado de la función preventiva que le corresponde al Estado hacia ellas. De esta manera, su éxito radica en que pueda frustrarse la posible comisión de delitos desde las personas jurídicas. Siendo ello así, se debe analizar cuál es

el sustento científico de esta institución jurídica desde una perspectiva criminológica con la finalidad de comprender mejor su origen y finalidad.

### **Un poco de historia**

Debemos remontarnos a mediados de los años sesenta, cuando la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los Estados Unidos de América descubrió que más de 400 compañías estadounidenses participaron en pagos ilegales a funcionarios públicos o partidos políticos en el extranjero. Es en aquel momento que puede situarse el origen del *compliance* pues, ante dicho descubrimiento, el Senado aprobó en diciembre de 1977 la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, prohibiendo los pagos ilegales a funcionarios extranjeros y exigiendo a las compañías cotizadas registrar todas las transacciones con sistemas de control interno adecuados.

Posteriormente, ante el nuevo contexto de libre circulación de capitales de los años noventa, las disímiles normatividades entre los países generaban ventajas competitivas para las compañías que continuaban realizando pagos ilegales. Es cuando se produjo un nuevo *compliance*, con la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 1997, mediante la cual los gobiernos suscriptores se comprometían a implementar una legislación que penalizara el soborno de un funcionario público extranjero.

Unos años antes, en 1991, la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos publicó un manual de instrucciones con la finalidad de unificar los criterios en las resoluciones judiciales respecto a los crímenes cometidos por las corporaciones. Entre las disposiciones se establecía la necesidad de contar con un programa de cumplimiento normativo y de acciones para evitar la comisión de delitos como factores que puedan atenuar o evitar la condena de la compañía. A raíz de ello surge la figura del "jefe de ética y cumplimiento", y muchas corporaciones adoptaron programas de cumplimiento. Además, los manuales de instrucciones sirvieron de ejemplo para muchos países al momento de legislar en materia anticorrupción y cumplimiento normativo.

Asimismo, el Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway, formado por cinco asociaciones estadounidenses de auditoría y rendición de cuentas, publicó en 1992 un manual de marco de referencia integrado para el control interno de las corporaciones, el cual sirvió de modelo para el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de controles internos.

Posteriormente, en el 2002, se expidió la Ley Sarbanes-Oxley con el propósito de prevenir la falsificación del valor de las empresas en Bolsa, los fraudes y los riesgos de bancarrota; sin embargo, se comprobó que el solo hecho de que las corporaciones tengan programas de cumplimiento no era suficiente. Un caso como el de Enron fue la evidencia para entender que era necesario internalizar la cultura del cumplimiento normativo en toda empresa y, además, asegurar una supervisión efectiva de los programas de prevención internos.

### **El *compliance* en el ordenamiento jurídico peruano**

En nuestro país, se expidió la Ley N.º 27963 el 12 de abril de 2002, estableciéndose que, para impedir o descubrir actos de lavado de activos, los sujetos obligados deben implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito específico de actuación.

La obligación de implementar el sistema de prevención y detección que la referida ley exige recae sobre el directorio de la empresa. Incluso, si es que se trata de una empresa con una organización compleja, se debe nombrar a una persona con estatus directivo para que se encargue de la implementación, funcionamiento y mejora del sistema de prevención y detección. La ley califica a este directivo como un oficial de cumplimiento; de ahí que se pueda decir que este sistema de prevención y detección de lavado de activos constituye un programa de cumplimiento normativo sectorial (García, 2014, p. 76). Además, la ley en mención implantó parámetros que deben ser incorporados en los modelos de prevención, estableciendo asimismo la sanción que se impondrá en caso de incumplimiento.

El 15 de octubre de 2005, el sector ambiental reguló modelos de prevención mediante la Ley N.º 28611, Ley General del Medio Ambiente, estableciendo en el artículo VI del Título Preliminar que toda persona tiene el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental con la finalidad de prevenir, vigilar y evitar su degradación. En concreto, las empresas cuya actividad puede generar algún impacto al medio ambiente deben adoptar medidas de prevención de riesgos y daños para preservarlo y protegerlo.

Luego, otro sector en el que el Estado ha dispuesto la obligación de las empresas de adoptar un programa de cumplimiento normativo es el de seguridad y salud en el trabajo. Así, el 20 de agosto de 2011 se publicó la Ley N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta impone la obligación a los empleadores de implementar medidas de cumplimiento normativo del sector. Además, establece una serie de principios sobre los cuales se basa, como el deber de prevención, el de responsabilidad

del empleador y el deber de protección. Respecto a los deberes de prevención y protección, se señala que el empleador tiene la obligación de prevenir los riesgos de la actividad que realiza para la seguridad y salud de los trabajadores. Para ello, será necesario que cuente con medios y condiciones que aseguren que la actividad realizada por los trabajadores se desarrolla en un ambiente seguro y saludable.

En atención al principio de responsabilidad, es el empleador quien asume los costos de implementación de un programa de cumplimiento normativo y quien asume la responsabilidad por no haber implementado este programa si, como consecuencia de ello, el trabajador sufriera un accidente en el desempeño de su actividad.

De acuerdo con lo establecido por la norma, se trata de que las empresas adopten programas de cumplimiento normativo en el sector de seguridad y salud en el trabajo. Para ello, deberá tenerse en cuenta la actividad que cada empresa realiza. Conforme lo establece el artículo 2, la ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios; sin embargo, el hecho de que la empresa adopte un programa de cumplimiento estricto y contundente dependerá de la complejidad de la organización y de la actividad en sí, ya que existen actividades más riesgosas que otras.

Por otro lado, es importante mencionar el artículo 3 de la ley en el que se establecen parámetros mínimos para la prevención de los riesgos laborales y se acepta que los privados establezcan libremente niveles de protección mayores que mejoren la situación de los trabajadores. No obstante, el Estado considera que la obligación legal de adoptar un sistema de cumplimiento normativo no es suficiente para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Finalmente, la aparición de nuevos escándalos de corrupción corporativa en nuestro continente generó que las autoridades gubernamentales de nuestro país decidan introducir el *compliance* en los sectores más sensibles de toda empresa para permitir la normalización de la función del cumplimiento normativo a nivel corporativo.

Por ello, el 21 de abril de 2016, se aprobó la Ley N.º 30424, cuyo objeto es regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas inicialmente por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397°-A del Código Penal, lo cual ha sido posteriormente ampliado el 7 de enero de 2017 mediante el Decreto Legislativo N.º 1352, incluyendo los delitos de cohecho activo genérico y específico, lavado de activos y financiamiento de terrorismo; y el 2 de agosto de 2018 a través de la Ley N.º 30835 para incluir los delitos de colusión y tráfico de influencias.

Referente a los modelos de prevención, la ley establece que una persona jurídica no es responsable administrativamente —por los delitos antes mencionados— si esta hubiera adoptado e implementado 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 en mención o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. En el artículo 17°, inciso 2 se establecen las características y elementos que debe presentar el modelo de prevención o programa de cumplimiento.

Asimismo, mediante Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS publicado el 9 de enero de 2019 en el diario oficial “El Peruano” se estableció el Reglamento de la Ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, a fin de desarrollar las características, principios, procedimientos y etapas que pueden contemplar o tomar en cuenta las personas jurídicas, que voluntariamente adopten un modelo de prevención de delitos, con el fin de lograr una implementación y funcionamiento adecuado y efectivo del mismo.

También, es importante destacar que el 31 de marzo de 2021 la Superintendencia de Mercado de Valores publicó en el diario oficial “El Peruano” los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención”, para que aquellas personas jurídicas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley N.º 30424, con el objetivo de que cuenten con una herramienta referencial en la implementación y puesta en funcionamiento de su modelo de prevención, de acuerdo con el tamaño, naturaleza, actividad, características, zona geográfica, volumen y complejidad de sus operaciones, ámbito regulatorio, entre otros.

La Superintendencia de Mercado de Valores señala en el citado documento que si bien el marco legal vigente no obliga a las personas jurídicas a implementar un modelo de prevención, sí incentiva su implementación y funcionamiento a fin de fomentar una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo, así como de acceder al beneficio de eximir o de atenuar la responsabilidad administrativa que les correspondería en los supuestos en los que sean comprendidas en una investigación o proceso penal por la comisión de alguno de los delitos establecidos en la Ley N.º 30424.

Además, dicho organismo precisa que los lineamientos señalados en dicho documento no establecen la metodología, criterios, requisitos, estándares o contenidos mínimos que la SMV utilizará para elaborar el Informe Técnico que evalúe la implementación y funcionamiento del modelo de prevención de una persona jurídica, a requerimiento de un

Fiscal, y que ha sido elaborado tomando como referencia las disposiciones contenidas en la Ley N° 30424 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-2019-JUS (Reglamento), así como las buenas prácticas internacionales en materia de gestión de riesgos de delitos, tales como la Guía para la Aplicación de la *Foreign Corrupt Practices*

*Act* (FCPA), elaborada por la División contra el Crimen del Departamento de Justicia de los EE. UU. y la División de Cumplimiento de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de los EE. UU.; la *Bribery Act Guidance* del Reino Unido; el Manual para Empresas sobre Ética, Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento del Banco Mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); la Guía Práctica: Programa anticorrupción de Ética y Cumplimiento para las Empresas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; y diversas normas o documentos de gestión, como la *International Organization for Standardization* (ISO) 37001 (Sistema de Gestión Antisoborno), ISO 31000 (Gestión de Riesgos y Directrices), ISO 31010 (Técnicas de Evaluación de Riesgos), ISO 19600 (Sistemas de Gestión de *Compliance*), la UNE 19601 (Sistema de Gestión de *Compliance* Penal), COSO ERM 2017 (Gestión de Riesgo Empresarial), entre otras.

### **Del control estatal al control privado**

El *compliance* exige que las empresas, en cierto modo, asuman una tarea pública y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas o consumidores, o evitar hechos delictivos. Entonces surge un nuevo pacto entre Estado y poder corporativo, donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada, y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete a cumplir determinados fines públicos.

Si este nuevo pacto se contempla desde una perspectiva mundial, se evidencia con claridad que la responsabilidad de las personas jurídicas forma parte del buen gobierno global, de la *global governance*. Desde el punto de vista empresarial, las nuevas responsabilidades públicas representan de algún modo el colofón de la denominada responsabilidad social de la empresa. En este sentido, ¿cuál es la razón que impulsa al Estado a firmar este pacto, comprometiéndose a no sancionarlas a cambio de que controlen y prevengan con eficiencia los riesgos de naturaleza penal que puedan surgir en su interior? Sin lugar a duda, una de las razones es su dificultad para identificar en las complejas estructuras organizacionales de las corporaciones los posibles delitos que pudieran cometerse.

No toda persona jurídica es compleja por el hecho de serla, por lo que es correcto que de *lege ferenda* se establezca que los modelos de prevención son exigibles a personas jurídicas que resultan complejas por sus características especiales.

### **La persona jurídica como unidad ecológica económica**

Observando a la persona jurídica como una unidad ecológica económica —y no en referencia a un enfoque ecológico-biológico tradicional, sino a uno según la «teoría ecológica» impulsada por la Escuela de Chicago, cuna de la moderna sociología americana—, podemos afirmar que en el seno de toda persona jurídica existen sectores más sensibles desde donde se produce criminalidad.

La «teoría ecológica», acudiendo a los conceptos de desorganización y contagio inherentes en cualquier estructura corporativa compleja y, sobre todo, admitiendo el debilitamiento del control social formal que en estos tienen lugar. Además, la falta de liderazgo dentro de la empresa, lo superficial de las relaciones interpersonales en ella, el alto dinamismo de las transacciones comerciales, las crisis de valores en el interior de las corporaciones, el culto a la riqueza y la obtención de beneficios personales por sobre los colectivos, etc., evidencia la creación de un ente desorganizado y criminógeno. Este ambiente potencialmente criminógeno propaga inevitablemente un clima de vicio y corrupción contagioso que le corresponde reducir a los programas de cumplimiento, o mejor llamados «modelos de prevención». Creemos que ello solo se conseguirá si se alinean los objetivos de la persona jurídica con el cumplimiento de la normativa jurídica.

Debemos ir más allá del cumplimiento formal, pues no es suficiente que el modelo de prevención se adecúe formalmente a los requisitos que establecen las leyes penales, sino que también debe crear en la persona jurídica el compromiso de respetar y cumplir la ley.

Teniendo como referencia la experiencia estadounidense, los mecanismos de supervisión, vigilancia, control e imposición de sanciones no son suficientes para evitar que los empleados cometan delitos. La imposibilidad de detectar todos los comportamientos delictivos a través de estos, sumados a las diferentes interpretaciones a las que están sujetas las leyes y la imposibilidad de regular todas las situaciones, demuestra que determinadas situaciones requerirán la capacidad de evaluación y decisión de los actores implicados.

Por tanto, si estos actores, que son quienes finalmente ponen en práctica los modelos de prevención, no han internalizado correctamente

la cultura del *compliance* de la organización a la que pertenecen, dicho programa no tendrá éxito. Utilizar como eje central de los modelos de prevención el miedo de los integrantes de la organización a ser sancionados por el incumplimiento de este, conllevará lamentablemente a que actúen conforme a dichos programas solo cuando tengan temor a ser descubiertos, continuando con sus malas conductas cuando sepan de la inexistencia de control.

En este sentido, y dentro de esta incorrecta comprensión de lo que debe ser un modelo de prevención eficaz, se considera un sistema enérgico de vigilancia y control que puede generar un clima laboral hostil y de desconfianza dentro de la organización, pues cada colaborador de la persona jurídica será visto como sospechoso, lo cual desencadenará una disminución de su productividad, iniciativa y compromiso con el cumplimiento de la ley. Además, el miedo a ser sancionado puede llevarlo a no denunciar una mala conducta e, incluso, a encubrirla hasta cometer un delito, lo cual dificultaría la prevención de delitos como finalidad de los programas de cumplimiento.

### **Psicología comunitaria aplicada a la persona jurídica**

La psicología comunitaria, de enfoque ambientalista, con connotaciones ecológicas-criminológicas, reclama un papel activo de las pequeñas comunidades y estimula la acción de las instituciones mediadoras entre la vida privada y la esfera pública, y propugna un nuevo modelo de «intervención» (García-Pablos, 1994, p. 192).

Consciente del impacto negativo que las instancias oficiales de un sistema legal (policía, tribunales, administración penitenciaria, etc.) ocasionan en su intento de abordar el problema criminal, la psicología comunitaria opta por una vía realista de intervención sugiriendo el fortalecimiento de las instituciones intermedias que median entre la privacidad del ciudadano y la vida pública, así como la de determinados «centros sociales» (familiares y comunitarios) decisivos en la socialización del individuo y en la deseable participación más eficaz de este en los problemas de la comunidad (García-Pablos, 1994). Entre estos «centros sociales» podemos incluir a las personas jurídicas, pues constituyen espacios donde las personas socializan a través del trabajo utilizando no solo sus conocimientos técnicos y/o profesionales, sino, sobre todo, los valores adquiridos en el desarrollo de su personalidad.

Son postulados de la psicología comunitaria que la intervención ha de tener un impacto preventivo, incidiendo en aquellos lugares en donde se presenta el problema; que no se conforma con la reforma personal del individuo, sino que pretende producir cambios institucionales, por

entender que una reorganización ambiental incide significativamente en la conducta de los miembros o individuos de la institución; que los programas de intervención deben contemplar variables de tipo legal, sociológico, político, económico y organizacional (García-Pablos, 1994, p. 193).

De esta manera, para que un programa de cumplimiento funcione, es fundamental la participación de los colaboradores en la definición de los valores corporativos; de lo contrario, mostrarán su desacuerdo, pudiendo llegar a boicotear estos valores y generar una falta de legitimidad en el sistema de prevención. En este sentido, no se deben exigir conductas inalcanzables ni sobredimensionar las sanciones a imponerse.

### **Criminología crítica y criminalidad de «cuello blanco»**

No hay que perder la perspectiva respecto a la normalidad y funcionalidad del crimen. Las «teorías estructural-funcionalistas» de la criminología moderna han demostrado que el crimen es un acto normal que no se origina en una patología individual o social, sino en el normal y regular funcionamiento de todo orden social.

El sociólogo francés Émile Durkheim, mediante su «teoría de la anomia», plantea que el crimen, como conducta irregular, debe analizarse no en función de supuestas anomalías del sujeto, sino de las estructuras de la sociedad, por ejemplo, las personas jurídicas. Además, el delito es ubicuo, puede producirse en cualquier estrato de la pirámide social y en cualquier modelo de sociedad. Añade Robert Merton que la «anomia» no sólo evidencia la crisis de valores por circunstancias sociales (desarrollo económico vertiginoso, el proceso de globalización con todas sus implicancias), sino, sobre todo, evidencia el vacío que se genera cuando los medios socio-estructurales no sirven para satisfacer las expectativas culturales de la sociedad.

De esta manera, quienes no tienen oportunidades para satisfacer sus necesidades se ven forzados a la comisión de conductas irregulares para conseguirlas. Por necesidades debemos no solo referirnos a las básicas, pues, de acuerdo con la teoría de la jerarquía de las necesidades de Abraham Maslow, todo ser humano va estableciéndose nuevas necesidades conforme va satisfaciendo cada clase de ellas; así, va de las necesidades fisiológicas a las de seguridad, luego a las de aceptación social, posteriormente a las de autoestima y, finalmente, a las de autorrealización. Así, resulta claro afirmar que no solo las personas de condición económica precaria cometen conductas irregulares, pues el ser humano, siempre se plantea nuevas necesidades por satisfacer.

En los años treinta, Edwin Sutherland inició sus indagaciones sobre la criminalidad de «cuello blanco», la delincuencia económica y profesional, estudios de trascendental importancia para esta investigación. Concluyó que la conducta desviada no puede imputarse tan solo a los individuos de la clase deprimida o baja, alegando problemas de disfunciones o inadaptación que ellos tendrían. Afirmó, además, que el aprendizaje de valores criminales puede ocurrir en cualquier nivel social. Según el sociólogo estadounidense, la conducta criminal no se hereda ni se inventa, sino que se aprende mediante el contacto con valores, hábitos y actitudes criminales en los procesos de interacción comunicacional normales de los individuos. Como es lógico pensar, dicho aprendizaje se puede dar en el seno de una persona jurídica.

De esta manera, Sutherland aporta una teoría capaz de fundamentar la criminalidad de las clases medias y privilegiadas ofreciendo un cambio de paradigma; señala que el crimen no procede de la desorganización social, sino de la organización diferenciada y del aprendizaje.

### **Cambio de paradigma en el control social**

Ahora bien, si todo individuo posee el potencial necesario para realizar conductas desviadas en los diversos ámbitos que ofrece la sociedad —como las personas jurídicas—, ¿por qué muchos optan por ceñir su comportamiento a las expectativas normativas sociales? Para la criminología clásica, la respuesta se encuentra en el miedo al castigo; por el contrario, la criminología contemporánea nos brinda otra explicación.

Lo que sucede es que el individuo evita conductas irregulares debido a que se siente integrado a la comunidad u organización social de la que es parte, y tiene una razón positiva para comportarse correctamente. En su «teoría del arraigo social», Travis Hirschi señala que el apego y consideración hacia sus semejantes, el compromiso e identificación con los valores sociales, la participación en actividades sociales, y las creencias y conocimientos del individuo, constituyen los lazos o vínculos que lo unen con la organización social que conforma. El debilitamiento de estos factores dejará despejado en el individuo el camino al crimen.

La ética de todo integrante de una persona jurídica es el elemento indispensable que necesita el *compliance* para que sea efectivo. Para lograrlo, se requiere implicar a los colaboradores en el proceso de construcción de los principios y valores corporativos que guiarán la toma de decisiones y las actuaciones. Esto permitirá comprender el razonamiento que justifica dichos principios de conducta, generando motivación interna para cumplirlos (surge del propio individuo, y no del temor a una sanción).

En su conjunto, esta situación crea una cultura de confianza y forja una atmósfera propicia para que los colaboradores propongan iniciativas que permitan mejorar las prácticas existentes, avanzando hacia la excelencia. Hay facilidad para denunciar inconductas funcionales a los superiores, pues se incrementa el compromiso y la identificación con los valores de la corporación, ya que, al sentirse apoyado y escuchado, desarrolla recíprocamente dicha confianza.

Pero lo más importante es que no existen diferencias entre los valores propios del colaborador y los de la organización, pues estos son compartidos, por lo que desaparecen eventuales disonancias cognitivas y conflictos internos. Ello estimula el sentido crítico, y los colaboradores son capaces de cuestionar las malas prácticas, identificando y resolviendo contextos que planteen conflictos de intereses. Así, el *compliance* es parte de la identidad y de la responsabilidad individual y colectiva, pues se observa como un aspecto positivo del trabajo diario. Además, el colaborador se siente autorrealizado cuando ajusta su comportamiento a los programas de cumplimiento.

Todo lo dicho provoca que los modelos de prevención no se limiten a cumplir los estándares mínimos, sino que busquen alcanzar la excelencia, pues el comportamiento ético se autorreproduce en la organización, creándose una sinergia que se extiende en todos sus sectores. Permite también la existencia de una cultura del valor y no del miedo mediante restricciones.

Sin lugar a dudas, para lograr todo lo descrito se requiere de un mayor esfuerzo que para imponer un sistema de vigilancia y control, que en realidad no es más costoso. Como beneficio adicional, esta cultura corporativa genera un excelente clima laboral, lo cual, en concordancia con la «teoría ecológica» ya explicada, forja valores sólidos y permanentes, no eximiendo a los líderes de la organización a siempre estar atentos a las sugerencias de los colaboradores de la corporación y a ser asertivos con ellos.

No obstante, resulta oportuno mencionar las «técnicas de neutralización» propuestas por Gresham Sykes y David Matza. Según estas, pese a que internalicemos los valores desarrollados por una organización, podemos desarrollar ciertas técnicas capaces de autojustificar conductas irregulares o desviadas de los patrones establecidos. Así, resultan ser mecanismos de defensa con los que el transgresor neutraliza su responsabilidad y legitima su conducta, es decir, se convence de que es correcto lo que está haciendo. Estas técnicas están relacionadas íntimamente con la «teoría de la asociación diferencial» planteada por Sutherland, pues sirven de base para que el transgresor justifique y aprenda hábitos desviados.

La primera de ellas es «la negación de la responsabilidad». Mediante esta técnica, el infractor se convence de que no es responsable de lo que hace, pues la responsabilidad es de otros; su conducta es causa de fuerzas ajenas a su voluntad que están fuera de su control. La siguiente es «la negación del daño»; el transgresor considera que su conducta es leve o nula, y que, pese a que contraviene la ley, no genera daño alguno. Inclusive, el foco de atención puede ser desplazado a la conducta de otros, quienes pueden estar realizando la misma conducta del infractor. Al respecto, pueden surgir frases que forman parte del folclore cultural —«el que roba a un ladrón tiene cien años de perdón»— para justificar, por ejemplo, la evasión de tributos, argumentando que el Estado se apropia indebidamente de los impuestos que pagan los ciudadanos; entonces, el no pagarlos no generará ningún daño al interés público.

Otra de ellas es «la negación de la víctima»; en uno de los supuestos, el infractor entiende que la víctima de la conducta desviada que realiza la merece, llegando a pensar inclusive que la víctima es realmente quien es el transgresor. En otro, debido a la naturaleza de la infracción, resulta difícil individualizar a la víctima. Esto ocurre sobre todo en el caso de los delitos en agravio de la sociedad o del Estado; al ser supraindividuales, es difícil identificar quién realmente resulta perjudicado.

En el caso de los delitos que se podrían cometer en el seno de una persona jurídica —dando lugar a la sanción de esta—, encontramos actualmente delitos de corrupción activa, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Una característica común de todos ellos es que son ilícitos que afectan bienes jurídicos colectivos, debilitándose, por ende, el conocimiento de la existencia de la víctima, dando por ello la posibilidad de que los infractores puedan utilizar la técnica de neutralización referida recientemente.

Otra técnica es «la condena a quien condena»; el desviado transfiere la responsabilidad de su comportamiento a quienes reprueban su conducta, aduciendo que son infractores encubiertos o que se trata de una persecución injusta. Lo que busca el infractor es desacreditar a quien pretende castigarlo argumentando que no tiene legitimidad moral para hacerlo.

Finalmente, la última de ellas es «la apelación a lealtades superiores». Aquí se presenta un problema de roles, pues el infractor tiene un dilema entre cumplir las normas socialmente aceptadas o las impuestas por su organización o comunidad particular. Una variable a tener en cuenta es la percepción que tienen los colaboradores de la organización respecto a su líder, es decir, los directivos y altos funcionarios de las personas jurídicas, que gozan de prestigio social y son vistos como hombres honorables y

exitosos que conducen su vida de manera correcta. Por tanto, las órdenes que puedan impartir, aun siendo desviadas o ilícitas, pueden inducir a los colaboradores a plantearse el dilema antes señalado.

Es en esta disyuntiva que resulta importante la existencia de la cultura corporativa moralmente sólida y basada en la integridad, por lo cual se debe buscar la excelencia operacional a lo largo de toda la organización. Ello se puede lograr si se tienen claros los objetivos del *compliance* y si se identifican los comportamientos anómalos internos y las influencias externas que afectan el desempeño íntegro de la corporación, la promoción de valores basados en la transparencia y el compromiso entre los diferentes departamentos de la corporación. Esta situación será la que garantice la continuidad y sostenibilidad de la organización y su cumplimiento normativo. De lo contrario, la percepción de que se están produciendo comportamientos fraudulentos puede llevar a otros colaboradores a auto justificar sus malas prácticas y contagiar esa conducta a los demás miembros de la organización. Así, se dará cabida a la utilización de las «técnicas de neutralización» explicadas.

## **CÓMO DEBE SER UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EFICAZ**

Los programas de cumplimiento tienen el fin mediano o trascendente de generar en la persona jurídica una cultura de cumplimiento basada en la integridad de sus colaboradores, logrando que ellos internalicen valores sólidos. No obstante, su fin inmediato persigue alinear los objetivos de la corporación con la observancia de la normativa jurídica respectiva.

Debemos ser enfáticos en señalar que no se trata de normar lo ya normado a través de los programas de cumplimiento. Existen leyes penales de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos y, por tanto, también para los colaboradores que integran la persona jurídica.

Lo importante del *compliance* es saber utilizarlo como una herramienta para promover hábitos éticos en el seno de toda empresa, ya que si solo lo aplicamos para «cumplir» no se tendrá el éxito deseado. Las leyes penales también se deben «cumplir», pero muy pocas personas lo hacen.

Para que dicho programa de cumplimiento sea eficaz, es decir, que utilice los mínimos recursos y logre sus objetivos, se requiere de un constante trabajo de perfeccionamiento de su contenido y procedimientos. Por ello, todo programa de cumplimiento debe estar asentado en tres columnas fundamentales: prevención, detección y reporte, y resolución.

## Prevención

Como ya hemos señalado en los apartados anteriores, el éxito del programa de cumplimiento radica en el hecho de configurarse como una herramienta idónea de anticipación de las posibles conductas desviadas producidas en el seno de las personas jurídicas en el ámbito privado. Por tanto, esta etapa debe buscar impedir la comisión de delitos por parte de los colaboradores de la empresa.

Como primer punto, se deben identificar las actividades y sectores de la empresa en donde se pueden llegar a cometer delitos. Una vez evaluados estos riesgos, se diseñarán e implementarán los protocolos y procedimientos que permitan la prevención de delitos en dichos sectores. Para tal fin, se elaborará un código de conducta ética, un protocolo de políticas para la toma de decisiones, un procedimiento de vigilancia y control con un sistema de incentivos y sanciones, etc.

Debemos tener presente que el éxito de los protocolos y procedimientos dependerá de la capacitación efectiva de las áreas encargadas de aplicarlos y velar por su observancia. Estas áreas, a su vez, deben sensibilizar a todos los colaboradores de la empresa sobre la importancia del cumplimiento, sobre todo a los consejeros y directivos, pues, siendo líderes de la corporación, tienen influencia directa en las actitudes de sus colaboradores. Solo a través de la práctica diaria de hábitos positivos se logrará generar una cultura corporativa basada en la integridad ética.

Un factor importante en este sentido es comunicar a todos el comportamiento positivo de algún colaborador de la empresa, como también incentivarlos a la participación dentro de la corporación, ya sea para plantear sus dudas o brindar una sugerencia respecto a los protocolos y procedimientos adoptados. Hemos señalado anteriormente que es un componente trascendental escuchar a los colaboradores de la empresa al momento de establecer los valores corporativos. Solo de esta manera se puede conseguir una identificación real con los mismos. De igual forma, es recomendable establecer políticas de contratación y promoción de los colaboradores basados en méritos, pues crearán un clima laboral altamente deseable.

## Detección y reporte

Esta etapa es la más importante del *compliance*, pues la persona jurídica será responsable de aquellos delitos que fueron posibles debido a una omisión de sus deberes de supervisión, vigilancia y control. No obstante, si la empresa demuestra que el programa de cumplimiento adoptado es idóneo para detectar y reportar oportunamente dichos delitos, quedará exenta de responsabilidad.

Para localizar e identificar las zonas en donde se puede producir un incumplimiento por comportamientos irregulares de los colaboradores, se requiere implementar una oficina de cumplimiento que monitoree la adecuación de las actividades empresariales al programa de cumplimiento adoptado. Esta oficina puede establecer un canal de denuncias, confidencial y anónimo, que reciba noticias sobre conductas indebidas, infracciones y posibles comportamientos que generen responsabilidad penal, disponible tanto para colaboradores como para clientes de la persona jurídica.

Los procedimientos de investigación iniciados a partir de las denuncias recibidas deben permitir esclarecer el suceso referido respetando las garantías de presunción de inocencia, derecho de defensa, legitimidad en la obtención de la prueba, etc., pues en todo momento se debe velar por el derecho fundamental al debido proceso del colaborador involucrado en dicho procedimiento.

Por otro lado, se debe revisar constantemente el programa de cumplimiento para localizar posibles fallas y corregirlas. Esto permitirá medir el desempeño del programa en relación con los objetivos establecidos. Finalmente, se deben obtener resultados concretos, pues un programa de cumplimiento que no detecte ni reporte no resultará eficaz, ya que es una utopía sostener que en una empresa no existen conductas irregulares de sus colaboradores.

## **Resolución**

Si se detecta un incumplimiento, además de sancionar, el *compliance* debe minimizar o compensar el impacto generado por la conducta irregular. Para ello se deben subsanar las deficiencias detectadas en el programa con la finalidad de evitar la reincidencia, aunque eso signifique la modificación del modelo de prevención, pues las fallas en el funcionamiento deben ser inmediatamente analizadas para mejorar el protocolo o procedimiento que funcionó defectuosamente. Y es que la vorágine empresarial y los cambios legislativos pueden desfasar rápidamente una actividad comercial hasta demandar una nueva regulación corporativa interna.

Es necesario documentar las etapas de adopción, implementación y funcionamiento del programa de cumplimiento, pues para lograr la exención de responsabilidad, se debe demostrar que es un modelo de prevención adecuado a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de la persona jurídica, y que cuenta con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Asimismo, la oficina de cumplimiento debe gozar de

independencia y autoridad dentro de la persona jurídica, tener la atribución de solicitar información, ser escuchado por los directivos y consejeros, contar con recursos humanos y materiales adecuados, y constante apoyo de la gerencia general.

### **Ventajas y críticas**

Es evidente que un *compliance* eficaz no solo permite que la empresa cumpla con los requerimientos normativos y evite ser sancionada, sino que también genera una mayor rentabilidad y productividad de la empresa, pues al mantener a la alta dirección informada sobre el desempeño de la corporación, se tomarán mejores decisiones comerciales, lo que redundará en el éxito de la empresa como unidad económica productiva. Además, la transparencia en la información que maneja la empresa respecto a sus procedimientos y protocolos internos incrementa la buena imagen que pueda tener en el mercado frente a accionistas y clientes, generando una mayor valorización de sus acciones.

No obstante, como toda invención humana no está exenta de críticas, puede suceder que los programas de cumplimiento se utilicen como un instrumento de blindaje de la alta dirección de la persona jurídica para evitar la persecución y sanción penal desnaturalizando la razón de ser de esta herramienta.

Por otro lado, un programa de cumplimiento en el que predomine excesivamente la vigilancia y control de sus colaboradores puede generar un clima laboral de desconfianza e inseguridad repercutiendo negativamente en su desempeño y motivación, lo cual a su vez reduciría ostensiblemente su eficiencia.

### **CONCLUSIONES**

Luego de haber revisado algunas de las más importantes teorías criminológicas aplicables al *compliance*, se comprende la importancia del enfoque criminológico para analizar mejor la función de este instrumento jurídico en el seno de toda persona jurídica. Este nos permite entender mejor su aplicación práctica y perfeccionar su utilización como mecanismo de prevención penal.

Las teorías invocadas en este trabajo de investigación nos brindan la posibilidad de analizar si las leyes relativas al *compliance* están sustentadas en estudios criminológicos que permiten evaluar si su puesta en vigencia ha cumplido o no con el objetivo que se pretendía alcanzar o, en todo caso, qué correcciones deben efectuarse para que así sea.

Las características criminógenas de la criminalidad empresarial destruyen las bases de un Estado de derecho; por tanto, es necesario adoptar medidas que protejan dichas estructuras democráticas y sus medios de control, que no sean tan solo punitivas, sino sobre todo anticipadoras de los daños sociales que producen los delitos cometidos.

Es así que a través de *compliance* las personas jurídicas se organizan para cumplir con las leyes y regulaciones que les concierne obedecer; sin embargo, estas se vuelven ineficaces cuando se limitan a definir los procedimientos y las políticas únicamente con el afán de tener formalmente en un papel un modelo de prevención y en realidad no existe el compromiso de generar una cultura de cumplimiento en la persona jurídica. Dicha cultura corporativa de cumplimiento debe buscar por sobre todo promover la integridad como conducta ética en todas las personas que conforman la persona jurídica. El mecanismo del *compliance* exige que las empresas, en cierto modo, asuman una tarea pública y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas o consumidores, o evitar hechos delictivos.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Carnevali, R. (2010). La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación, 16(2), *Revista Ius et Praxis*, pp. 273-330.

García, P. (2014). *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores.

García-Pablos de Molina, A. (1994). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ley N.º 27963, Ley de Unidad de Inteligencia Financiera. (12 de abril de 2002). Recuperado del sitio de internet del Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/58CCE3FD09B552BD052579900050600F/\\$FILE/4\\_DECRETO\\_SUPREMO\\_N\\_018\\_2006\\_JUS\\_Aprueban\\_Reglamento\\_de\\_la\\_Ley\\_27693.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/58CCE3FD09B552BD052579900050600F/$FILE/4_DECRETO_SUPREMO_N_018_2006_JUS_Aprueban_Reglamento_de_la_Ley_27693.pdf)

Ley N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. (20 de agosto de 2011). Recuperado del sitio de internet del Ministerio de Trabajo del Perú: <http://www.mintra.gob.pe/normaCompletaSNIL.php?id=3601>

- Ley N.º 29783, Ley General del Ambiente. (15 de octubre de 2005). Recuperado del sitio de internet del Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/58CCE3FD09B552BD052579900050600F/\\$FILE/4\\_DECRETO\\_SUPREMO\\_N\\_018\\_2006\\_JUS\\_Aprueban\\_Reglamento\\_de\\_la\\_Ley\\_27693.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/58CCE3FD09B552BD052579900050600F/$FILE/4_DECRETO_SUPREMO_N_018_2006_JUS_Aprueban_Reglamento_de_la_Ley_27693.pdf)
- Ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. (21 de abril de 2016). Recuperado del sitio de internet del diario oficial El Peruano: <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>
- Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Wellner, P. (2005). Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*, 27(1).

# **DECONSTRUYENDO EL DISCURSO PUNITIVO CONTEMPORÁNEO: INTRODUCCIÓN A UN PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO DEFERENTE Y HOSPITALARIO**

**Renzo Espinoza Bonifaz**

---

## **RESUMEN**

El objetivo del presente trabajo de investigación es introducir una manera diferente de pensar el discurso punitivo contemporáneo, para ello utilizaremos a la deconstrucción como estrategia para analizarlo, develarlo y redefinirlo. Lo que proponemos es reflexionar sobre algunas palabras, ideas y conceptos que hemos aprendido y, quizás, comunicamos mecánicamente, pero que, según expondremos, podemos emplear de modo diferente. Esta será la tarea que asumiremos en las siguientes líneas, no sin antes precisar que nuestra investigación se centrará en el discurso punitivo que se originó con el nacimiento del Estado contemporáneo, el cual, con algunas modificaciones, sigue vigente hasta nuestros días. Quedando claro nuestro propósito, comencemos revisando la idea de deconstrucción.

## **PALABRAS CLAVES**

Deconstrucción, discurso punitivo, hospitalidad, imaginación criminológica.

## **ABSTRACT**

The objective of this research work is to introduce a different way of thinking about contemporary punitive discourse, for this we will use deconstruction as a strategy to analyze, reveal and redefine it. What we propose is to reflect on some words, ideas and concepts that we have learned and, perhaps, we communicate mechanically, but that, as we will explain, we can use differently. This will be the task that we will assume in the following lines, but not before specifying that our research will focus on the punitive discourse that originated with the birth of the Contemporary State, which, with some modifications, continues to this

day. Being clear what our purpose is, let's start by reviewing the idea of deconstruction.

## KEYWORDS

Deconstruction, punitive speech, hospitality, criminological imagination.

## ¿QUÉ ES LA DECONSTRUCCIÓN?

Desde el punto de vista filosófico la deconstrucción se desarrolla a partir del pensamiento del filósofo francés Jacques Derrida (1967), re significando el concepto *destruktion*, creado por el filósofo alemán Martin Heidegger (1927). Sin embargo, cuando Derrida concibe a la deconstrucción -explicada de forma muy simple- no se refiere a destruir sino a desfragmentar, descomponer, desestructurar. Podemos decir que es una crítica de los conceptos, los cuales no podemos eliminar porque los necesitamos para poder pensar. Por lo tanto, deconstruir no es destruir.

Ahora bien, resulta incoherente definir la deconstrucción, porque hacerlo es reducirlo a un concepto, algo totalmente contrario a su propósito. Sin embargo, solo para efectos de este trabajo de investigación señalaremos que deconstruir es hacer una revisión profunda de las afirmaciones de un texto o discurso, para lo cual es importante prestar atención al lenguaje y a todas las implicancias de éste. Es decir, revisar todos los conceptos y procesos que se han utilizado para construir el sentido afirmativo de un discurso, y que han permitido que se instaure como un conocimiento válido. O sea, comprender los supuestos que hicieron que este paradigma se afirme o se instituya como verdad. Entonces, a partir de esta comprensión podremos identificar la posibilidad de otras verdades.

La deconstrucción se identifica, así como una práctica filosófica que cuestiona ideas, conceptos, valores, hábitos, costumbres y sentidos. Busca, en definitiva, quitar los sedimentos de los discursos para poder entender por qué pensamos lo que pensamos, hacemos lo que hacemos y, decimos lo que decimos. Posibilita encontrar cuáles han sido los mecanismos puestos en marcha para que hoy seamos lo que somos; lo cual constituye el primer paso para poder transformar nuestra realidad.

Derrida inicia su tarea deconstructiva denunciando la existencia del logocentrismo.

El logocentrismo es una creencia cultural incorporada a nuestra manera de ver las cosas que considera que el orden que existe en nuestras representaciones no se puede cuestionar. Presupone una presencia tras

el lenguaje, un compromiso ontológico, que garantiza la estabilidad de los procesos, la simetría del universo y la regularidad de los fenómenos. Gracias a este mecanismo confiamos en que tras las palabras habla, se manifiesta la razón o verdad universal porque estamos seguros de que la escritura es el vehículo fiable para transmitir información, comunicar ideas y emociones. Lamentablemente en la experiencia los fenómenos inestables o disipativos son hegemónicos, el universo no es simétrico sino caótico y lo constante es lo aleatorio o azaroso (Huamán, p.107).

Por ello, Derrida da suma importancia a la manera como se escriben los textos o discursos, destacando la polifonía de la escritura y la ambivalencia de los conceptos. Debemos dejar en claro que la deconstrucción no es un método sino una actitud filosófica de interpretación de textos, una hermenéutica. Derrida advierte que el primer problema que se tiene al momento de interpretar un texto es asumir que existen ideas principales y secundarias dentro de él, señalando que hay que desechar esta jerarquía binaria o dual que limita la lectura del texto, ya que todo orden puede invertirse.

Precisa que todo texto no tiene solo una voz, sino que está compuesto de múltiples voces que se entraman, y que ofrecen nuevas posibilidades de lectura, por tanto, no hay que excluir a las otras voces sino, por el contrario, integrarlas. La multiplicidad de voces dentro de un texto nos muestra todas las fricciones y grietas dentro de él. Por ende, resulta arbitrario otorgarle un único sentido al texto.

En este orden de ideas, y recordando a Michel Foucault (1977), podemos evocar la relación entre poder y saber que nos propone. Para el filósofo francés todo saber supone una instancia de poder desde la cual se busca naturalizar todo conocimiento. Lo que significa dejar de pensar al poder en términos represivos para comenzar a pensarlo en términos de normalización. De esta manera, se ejerce poder normalizando una única forma de pensar cualquier tópico del saber. Reduciendo todas las posibles interpretaciones de un texto a uno solo, y esa lectura, es la que se encuentra al servicio del poder que lo valida. Entonces, cuando se normaliza un único discurso como válido también se normalizan a los demás discursos como inválidos o anormales, o lo que es peor, como falsos.

## **REVISANDO ALGUNOS CONCEPTOS SIGNIFICATIVOS**

En este apartado, queremos (des)cubrir el origen de algunas palabras que, para nuestro propósito, resultan significativas. Empezaremos con la palabra crimen, la cual se forma de la unión de la palabra indoeuropea *krei*, que significa separar o diferenciar, con el sufijo en latín *men* que significa instrumento, medio o resultado, es decir, el crimen resulta ser

el instrumento o medio que sirve para separar o diferenciar. Entonces, el crimen sirve para diferenciar al culpable del inocente, al bueno del malo, del delincuente.

Delincuente se origina del verbo latino *delinquere*, que es un prefijado con *de-* sobre el verbo *linquere*, que significa dejar o abandonar, es decir, el delincuente obra por abandono, deja de cumplir la norma, y en consecuencia, falta a una norma. Es decir, al delincuente se le diferencia porque falta a una norma. Y quizás (solo quizás) lo hace porque también algo le falta. Lo peculiar es que, así como el delincuente abandona la norma, pareciera que, como están las cárceles actualmente en el Perú, a él también se le abandona a su suerte en ella.

El delincuente, al faltar a la norma (comete un delito) origina un conflicto, palabra que viene del latín *conflictus*, formada por la unión de dos palabras *con*, que significa unión, y *flictus*, que significa golpe, es decir, el conflicto es el golpe a la unión, a la unidad, al orden. Y también, es una diferencia, una controversia, disensión u oposición entre dos personas. Qué paradójico que el conflicto surja de la unión de dos palabras, nos querrá quizás revelar que el conflicto en realidad nos une, que el conflicto es previo, que nuestras diferencias son las que nos unen, o que, posiblemente, gracias a que somos diferentes podemos ser iguales.

En resumen, el conflicto surge porque el delincuente irrumpe con su diferencia, con su carencia, con su falta. Irrumpir viene del latín *irrumperere* cuyos componentes léxicos son *in*, que significa hacia dentro, y *rumperere*, que significa romper, es decir, entrar rompiendo un lugar, entrar golpeando y destruyendo un espacio. Y si el delincuente entra es porque viene desde afuera, es decir, desde los márgenes irrumpe en nuestro espacio, o sea, queda claro que existe un adentro y un afuera, pero ¿cuál es el límite entre ambos espacio y, sobre todo, quién lo establece?, ¿a quién se deja afuera y a quién adentro?, ¿quién queda el margen?

Si el delincuente viene desde afuera, es un extranjero, y como tal, resulta diferente, posee otras costumbres y creencias, otras verdades, o sea, ello demostraría que hay dos o más verdades no solo una, hay diferencia, es por ello por lo que surge el conflicto. Y esa otra verdad, la del otro, no satisface mis necesidades, no me cierra, no me resulta útil o funcional, desequilibra lo que espero, altera el orden que he establecido, pone en peligro mi seguridad.

Entonces, la pregunta es: ¿cómo solucionamos el conflicto que ha surgido cuando el otro irrumpió y perturbó mi tranquilidad?, cuando golpeó y rompió nuestro orden -golpe viene del latín *fligere*, palabra que significa aflicción, dolor, pena. ¿Será quizás la solución también golpearlo?,

es decir, causarle el mismo dolor, pena o aflicción que nos causó. ¿Sería lógico sostener que otro golpe, uno quizás más fuerte, pueda solucionar el conflicto que ha surgido? Si ello fuere así, otra interrogante que surge es: ¿quién puede golpear más fuerte que el delincuente?, o mejor dicho, ¿quién está autorizado a dar ese golpe y que todos confiemos en que servirá para solucionar el conflicto existente?

## EL DISCURSO PUNITIVO Y SUS ELEMENTOS

La palabra discurso proviene del latín *discursus* que significa serie de palabras con coherencia lógica y gramatical con las que se expresa lo que se siente o se piensa. Sus componentes léxicos son: el prefijo *dis*-divergencia, separación múltiple-, y *cursus* -curso, camino, recorrido, carrera. Entonces, se trata de una acción comunicativa cuyo objeto es transmitir una información y, por lo general, convencer a los destinatarios de ésta.

Podemos señalar tres perspectivas del discurso, las cuales se enlazan entre sí para permitirnos comprender su complejidad. La primera analiza la estructura del texto del discurso. La segunda se enfoca en su estructura social y cultural, como interacción social comunicativa de las personas en contextos específicos. Y la tercera, desde una noción cognitiva, construye las relaciones entre el contexto social y las acciones comunicativas. Los discursos no tienen un sentido intrínseco, sino que se lo dan quienes lo emplean. Son las creencias personales y compartidas de quienes interactúan las que producen y reproducen el discurso. Por tanto, los discursos son construcciones (mentales) de cada persona, los mismos que otorgan sentido al texto y la interacción lingüística, y a los propios hechos sociales sobre los que trata el discurso.

A nuestro juicio, es posible identificar elementos comunes en relación a todo discurso: a) el escritor, b) la gramática, c) el texto, d) las ideas principales, e) la lógica y las razones que sustentan las ideas principales, f) la interpretación oficial, g) una voz que habla el discurso -el comunicador-, h) de qué o quién se habla, i) el receptor, y j) un fin u objetivo que busca su legitimación.

En el caso del Derecho Penal, el término discurso suele emplearse para expresar los valores, estrategias e ideologías que contienen los textos u otras formas de creación de significado, sin embargo, no se le presta atención al análisis de lenguaje, es decir, no se examina cómo las estructuras del texto contribuyen a un modelo político criminal.

Podemos definir al discurso punitivo como el conjunto de textos que, de manera razonada y sistemática, exponen y explican la ideología, doctrina

o dogmática que sostiene la tesis que, toda persona que ha cometido un crimen debe ser sancionada con la imposición de una pena, con la finalidad de proteger la estabilidad del ordenamiento jurídico, defender a la sociedad, y resocializar al penado.

- a. En este orden de ideas, el discurso punitivo está conformado por los siguientes elementos:
- b. El escritor es quien ejerce el poder punitivo, aquellos que elaboran las normas penales: poder legislativo, y poder ejecutivo excepcionalmente.
- c. La gramática son los principios generales del Derecho Penal que permiten la configuración de un ordenamiento jurídico penal.
- d. El texto es la ley o norma penal.
- e. Las ideas principales son los dogmas o instituciones que constituyen la esencia del discurso punitivo.
- f. La lógica y las razones que sustentan sus ideas principales son las argumentaciones de los dogmáticos penales que justifican el discurso punitivo, denominadas también doctrinas penales.
- g. La interpretación oficial son las resoluciones judiciales denominadas jurisprudencias.
- h. Quienes comunican el discurso son las agencias del sistema penal: Policía, Ministerio Público, Poder Judicial, Instituto Penitenciario, etc.
- i. De qué o quién se habla son la pena, el delito y el delincuente.
- j. El receptor del discurso es la sociedad en su conjunto.
- k. El fin que legitima el discurso, son las funciones o fines de la pena: prevención, protección y resocialización.

## **DECONSTRUYENDO EL DISCURSO PUNITIVO CONTEMPORÁNEO**

Con el surgimiento del "Estado social contemporáneo" se fortalece la idea de que el poder punitivo, fundamentado y limitado por el contrato social, resulta ser una de las formas idóneas para solucionar los conflictos que surgen de la convivencia social. Para ello, se establece que cuando un ciudadano comete un delito, violando las normas establecidas, el Estado adquiere la facultad de privarlo de sus derechos fundamentales y castigarlo. Así, el poder punitivo se convierte en la facultad que tiene el Estado para penar a quien comete un crimen, y la pena sirve para que quien violó las normas no vuelva hacerlo, y a su vez, para disuadir a los demás a no imitarlo, pues, acabaría pasándoles lo mismo.

De este modo, el poder del Estado para reprimir (poder negativo) se naturaliza, y comienza a reproducir un discurso que normaliza la imposición de la pena privativa de libertad como el mejor mecanismo para la solución de los conflictos (poder positivo). Este discurso, gracias a la dogmática penal (saber penal), se instala como única verdad, y la prisión resulta ser su principal instrumento. Tenemos tan internalizado este discurso que parece que fuera inherente al ser humano, pero no es así, ya que el poder punitivo existe hace muy poco tiempo. Por tanto, la afirmación de que existió siempre resulta falsa, la humanidad transitó mucho tiempo sin conocer el poder punitivo, éste ha aparecido y desaparecido en distintos momentos de la historia.

Cómo argumentaban Hobbes y Locke en el siglo XVII y luego Rousseau en el siglo XVIII, la sociedad consiste en individuos que se unen bajo el acuerdo de un contrato, formando así la sociedad. Bajo este esquema, violar la ley no constituye un ataque contra una persona, sino una violación del contrato social, por lo que la víctima no es una persona en particular, sino la sociedad en su totalidad. Quien tiene derecho de respuesta no es una persona, sino la sociedad, y el criterio con el que responde no es la integridad de esa persona, sino la humanidad que todas las partes del contrato comparten.

Para los intelectuales franceses de la época, el término “sociedad” no hacía referencia a una abstracción, sino a una realidad, al cuerpo social. Si te quemas un dedo en el fuego, lo razonable no es cortarte la mano, sino tratar de curarlo. De la misma manera, no tiene sentido reducir a cenizas a un miembro del cuerpo social, sino que hay que corregirlo y recuperarlo para el bien del cuerpo social.

Sin embargo, este discurso deja de lado a la víctima del delito, pues, al señalar el Estado que la comisión del delito se sanciona por constituir una infracción al contrato social, le expropia el conflicto a la víctima, y toma con poca importancia la reparación del daño sufrido por él. Esto produce que el conflicto surgido quede sin solución, ya que el agraviado no ve reparado el daño sufrido por la comisión del delito en su contra. Por ello, cuando el poder punitivo restituya el conflicto a la víctima dará paso a un modelo de solución de conflictos, y dejará de existir, pues su esencia se ha estructurado en torno a la exclusión de la víctima. A partir de la exclusión de la víctima, el proceso penal dejó de ser un método para resolver conflictos entre las partes, y se convirtió en un ejercicio de poder punitivo del Estado con el propósito de imponer un castigo al delincuente.

Junto a este discurso punitivo surgió la interrogación o inquisición del procesado como método para obtener la verdad de los hechos. Por eso, si el procesado no quería confesar se le torturaba hasta hacerlo declarar.

Así, el poder constituye el saber, el saber se obtiene interrogando a los procesados en base al poder que se quiere ejercer sobre ellos. No hay diálogo sino interrogatorio violento. De esta manera, del poder punitivo surge el saber inquisitorial para disciplinar a los ciudadanos de manera vertical. En ese momento, resultaba necesario para el poder político disciplinar a la sociedad con el objetivo de eliminar a los ciudadanos disfuncionales. Y ello no se podía conseguir matando a los delincuentes sino encerrándolos en prisión. Además, con la ejecución pública de las penas de suplicio (de muerte), se emparejaba al verdugo con el criminal y a los jueces con unos asesinos, se invertía en el momento final los papeles, y se mostraba al condenado como un objeto de admiración o compasión.

Nace así la pena privativa de libertad con fines de “resocialización” como una pena “más humana”. Como apunta Foucault (1976): “La ejecución de la pena pasa a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual la justicia se desentiende liberándose así de su sorda desazón por un escamoteo burocrático de la pena” (Pág. 19). La ejecución de la pena se convertirá en la parte más oculta del proceso penal, así, la ciudadanía pierde de vista a las personas que son enviadas a prisión. Además, surge una nueva justificación teórica que libera a los jueces de sentirse mal por enviar a prisión a los delincuentes., se dice que la pena no consiste en castigar o sancionar, sino sirve para corregir, curar o reformar al condenado.

No obstante, esta tecnología política del poder punitivo, aplicada sobre el cuerpo y alma de los condenados, debe ser analizada como fenómeno social, situándola en su campo de funcionamiento para demostrar que la pena no es únicamente la sanción ante la comisión de un delito con el objeto de reprimir, prevenir o aislar, sino que tiene como propósito el mantenimiento de un sistema punitivo para la producción de “cuerpos dóciles”. Así, el ejercicio de poder punitivo constituye al ser humano. El sujeto (cuerpo y alma) es producto de una evolución genealógica, su mecanismo de constitución o construcción histórica es la disciplina, ésta funciona en diversos espacios sociales, pero en ninguno de forma más clara que en la prisión, pues, revela una cuidadosa administración de la conducta.

Por eso Foucault cuestiona intensamente este discurso punitivo. En vez de progresar hacia la libertad de las personas sometidas a la pena, los mecanismos que identifica en el entorno carcelario, los cuales también operan en las fábricas, las escuelas y los hospitales, constituirán más bien espacios de aislamiento en los que, en vez de hacerte libre, la verdad constituye las barras de tu celda, pues en las cárceles se inscriben ideas en las mentes de los presos sometiéndolos de por vida al poder que impone ese saber inscrito.

En esta tecnología política del poder punitivo la pena funciona como un símbolo, y como sabemos todo símbolo representa una idea, la idea tras la pena es el delito por el que se castiga, sin embargo, el receptor no es sólo el delincuente sino la sociedad en general. No obstante, un libro cerrado no puede leerse, por tanto, una pena que no puede verse no generará efectos en la sociedad. En consecuencia, no tiene sentido que la pena se ejecute dentro de los muros de una prisión sin que nadie la pueda ver, por ello, para que la pena tenga un efecto restaurador, lo óptimo sería que el infractor la cumpla en contacto con la sociedad, en lugar de encerrarse debiera realizar obras públicas en beneficio de la comunidad, haciendo visible la reparación del daño social producido por su delito. Así, la sociedad se favorecería de su trabajo y de la lección que comunicaba. Con un sólo acto se resocializaba y se compensaba el daño a la comunidad.

Por eso, no se equivoca Foucault al señalar que la gran innovación de la prisión no es ni el encierro del delincuente ni el trabajo que hace. No busca aislarlo, ni que sirva para confirmar la vigencia de la norma jurídica, como erróneamente sostiene el sobre estimado profesor Günther Jakobs. Si no, lo que busca es su transformación, tanto del cuerpo como del alma, mediante la aplicación precisa de técnicas de conocimiento y poder. No se trata de retribución ni de prevención general positiva, sino de la producción de lo que Foucault llama “cuerpos dóciles”.

La forma a través de la cual se lleva a cabo esta transformación es lo que Foucault describe como una vigilancia continua y total, por ello, la prisión es una tecnología disciplinaria del cuerpo para la modificación del alma de los condenados. Asimismo, resulta transcendental entender que la prisión, para Foucault, sirve simplemente de ejemplo, ya que el mismo fenómeno puede observarse en otras instituciones como el hospital, la escuela, o la empresa. Pues, Foucault está interesado en describir a la sociedad como un instrumento disciplinario.

Entonces, queda claro que el poder punitivo se encarga de controlar, y su saber, el discurso punitivo, se encuentra al servicio de los controladores quienes utilizan este sistema o mecanismo punitivo para excluir del poder y marginar socialmente a disidentes, minorías étnicas, inmigrantes, minorías sexuales, personas con necesidades especiales, etcétera. Así, el poder punitivo es la punta de lanza de la jerarquización verticalizante que nutre todas estas discriminaciones y violaciones de la dignidad humana. Por otro lado, no hay que perder de vista que los discursos no solo expresan lo que dicen sino también lo que ocultan y que los operadores del saber no sólo se manifiestan en lo que ven sino también en lo que dejan de ver.

Es evidente que el poder punitivo opera siempre selectivamente, se distribuye de acuerdo con la vulnerabilidad y responde a estereotipos, los cuales se construyen de las imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones. A ello obedecen las características comunes de los presos, que pueden ser clasificados según los prejuicios que determinaron su selección. Por ello, resulta insostenible e inconcebible que el instrumento por excelencia para la discriminación pueda llegar a ser un mecanismo para eliminar la misma.

Además, teniendo en cuenta las manifestaciones empíricas del sistema punitivo podemos señalar que: a) la pena es violencia institucional de las necesidades fundamentales de individuos vulnerables, mediante la acción legal o ilegal de los funcionarios del poder punitivo; b) las agencias penales no representan ni tutelan los intereses de la sociedad sino de los grupos dominantes y privilegiados; c) la justicia penal es altamente selectiva, criminaliza a las personas con más carencias socioeconómicas, pese a que observamos la comisión de delitos graves por individuos pertenecientes a las clases dominantes; d) no soluciona los conflictos sociales sino los agravan aún más; e) por la forma en que se ha organizado y funciona no puede cumplir con las funciones que declara en su discurso oficial, las cuales responden a ideas utilitaristas de la pena.

Entonces, pareciera a primera vista que el sistema punitivo ha fracasado rotundamente, pues no previene la comisión de delitos, no protege los intereses de la comunidad, y menos aún resocializa al condenado. Sin embargo, develando las funciones subterráneas del poder punitivo podemos comprobar que ha sido un éxito, las cuales explican su sobrevivencia histórica pese al incumplimiento de las funciones oficiales declaradas. Y es que el poder punitivo y su discurso sirven, sobre todo, como hemos venido señalando, para discriminar y etiquetar los conflictos sociales existentes como “criminalidad”, es decir, como un problema que depende de las características personales y conductas desviadas y anti sociales de los delincuentes.

Asimismo, la prisión sirve para la reproducción de los “delincuentes”, aquellas personas reclutadas de los estratos más débiles y marginales de la sociedad, y para representar como normales las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad. Por ello, la pena se presenta como violencia útil para el mantenimiento de un sistema socioeconómico que conviene a quienes detentan el poder económico, constriñendo las necesidades de la mayoría de individuos.

Por otro lado, podemos encontrar diversas aporías<sup>1</sup> en las teorías de la pena. Según Immanuel Kant, seguido por Günther Jakobs, la pena justifica su imposición en la defraudación de una norma jurídica. Sin embargo, existen diversas defraudaciones normativas en otras ramas del Derecho que permanecen exentas de castigo. También, según Jakobs, la pena tiene una función de prevención general positiva, pues, sirve para restablecer la vigencia de la norma, para ello, niega al delincuente que negó la existencia de la norma cuando la defraudó cometiendo un delito.

No obstante, un análisis simple demuestra que toda persona que comete un delito sabe de su existencia y quiere su realización (delito doloso), o inobserva un deber de cuidado que sabe debe cumplir (delito culposo), por ende, al cometerlo asume la probabilidad de ser sancionado. De ello se deduce que el agente no niega la existencia del delito, por el contrario, lo afirma al aceptar que podría ser sancionado. En consecuencia, queda totalmente claro que al cometer el delito y asumir una posible consecuencia jurídica, afirma su existencia, no resultando necesaria la imposición de la pena para negar a quien jamás negó con su conducta delictiva la existencia del delito, menos aún, para restablecer la vigencia de una norma que nunca perdió su obligatoriedad.

Otra función de la pena es la prevención especial positiva, es decir, la resocialización. Palabra que no se encuentra en el diccionario de la Real Academia Española pero que, sin embargo, es repetida incansablemente por cuanto libro o profesor de Derecho Penal existe. La palabra que sí existe es socialización, la cual significa, acción o efecto de socializar, es decir, adaptar a un individuo a las normas de comportamiento social.

Es difícil afirmar que una persona aislada de la sociedad, vale decir, dentro de los muros de una prisión, pueda ser “resocializada”. La socialización es una acción, es el resultado de un hacer y no de un escuchar, leer u observar, no se aprende teóricamente sino empíricamente, es decir, a través de experiencias de vida. Una persona confinada junto a otras que también necesitan “resocializarse” va a aprender de ellas, por tanto, experimentará sus carencias de socialización. En consecuencia, no logrará estar adaptado a las normas de comportamiento social sino, al contrario, estará más inadaptado debido a las interacciones con otras personas que también necesitan “resocializarse”, y también, porque ha vivido algunos o muchos años aislado de la sociedad. En este orden de ideas, sostener que una persona en la cárcel pueda ser “resocializada” resulta una aporía.

---

1 Una aporía es un enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional. Es un término que sirve para señalar una contradicción insoluble que se encuentra en cualquier razonamiento.

Por otro lado, la Ontología o Metafísica general es la rama de la Filosofía que estudia al ser y sus propiedades trascendentales, a la existencia de los entes, etcétera. Martín Heidegger en su obra *Ser y tiempo*, escrita en el año 1927, planteó la diferencia ontológica, señalando que el ser se diferencia del ente, pues, el ser de un ente no es lo mismo que el ente, el ser de un ente alude a su existencia, “a algo que es”, en suma, el ser es previo y no depende del ente que existe.

Heidegger también señala en *Ser y tiempo* que resulta necesario preguntarnos por el sentido del ser, pues los filósofos que lo han precedido se han olvidado de esta pregunta tan primordial y necesaria. Coincidimos con Heidegger en que la pregunta por el ser debe preceder el estudio de cualquier disciplina, ella constituye la pregunta fundamental a partir de la cual se estructurará cualquier área de conocimiento humano.

Heidegger afirma con mucha razón:

Toda pregunta es una búsqueda, y todo buscar debe estar guiado previamente por aquello que se busca. Preguntar es buscar conocer el ente en lo que respecta al hecho de que es y a su ser-así. La búsqueda cognoscitiva puede convertirse en “investigación”, es decir, en una determinación descubridora de aquello por lo que se pregunta. Todo preguntar implica, en cuanto preguntar por..., algo puesto en cuestión. Todo preguntar por... es de alguna manera un interrogar a... Al preguntar le pertenece, además de lo puesto en cuestión, un interrogado. En la pregunta investigadora, específicamente teórica, lo puesto en cuestión debe ser determinado y llevado a concepto. En lo puesto en cuestión tenemos entonces, como aquello a lo que propiamente se tiende, lo preguntado, aquello donde el preguntar llega a su meta. El preguntar mismo tiene, en cuanto comportamiento de un ente —del que pregunta— su propio carácter de ser. El preguntar puede llevarse a cabo como un “simple preguntar” o como un cuestionamiento explícito. Lo peculiar de este último consiste en que el preguntar se hace primeramente transparente en todos los caracteres constitutivos de la pregunta misma que acaban de ser mencionados. (Página 26)

En este orden de ideas, sostenemos categóricamente que los estudiosos del Derecho Penal se han olvidado de la pregunta por el ser de la pena, y tan sólo se han limitado en sus investigaciones a definir sus fines y funciones. No poniendo debida atención a la institución más importante del Derecho Penal, la cual le otorga la mitad de su denominación. Entonces, hagamos nosotros la pregunta: ¿Qué es la pena? La pena es dolor, tormento, sufrimiento o sentimiento corporal.

Entonces, caemos en cuenta que hemos construido una rama del Derecho sobre la base del dolor o sufrimiento humano. Y que, quizás, el olvido de la pregunta por el ser de la pena no fue por negligencia sino

por conveniencia. Fue con la intención de no demostrar que el Derecho Penal es un oxímoron, es decir, la combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido. Sin embargo, este nuevo sentido es una paradoja, la cual se ha refugiado en concepciones utilitaristas de la pena, que, como ha quedado demostrado, tampoco son satisfactorias en la realidad.

Por miedo a esta respuesta, desde hace algún tiempo, el Derecho Penal se ha refugiado en la dogmática penal, construyendo dogmas y teorías puras del Derecho Penal, sin embargo, a nuestra humilde opinión escogió un camino erróneo, pues, el conocimiento dogmático no es científico, por eso, las teorías que ha postulado están muy alejadas de la realidad y al verificarse científicamente demuestran inconsistencias e incoherencias.

Por dogmático debemos entender a algo indiscutible<sup>2</sup>, fidedigno, innegable, que no admite réplica o cuestionamiento. Como dogmático definimos todo lo perteneciente o relativo a los dogmas, es decir, el conjunto de fundamentos o principios por los que se rige una religión, doctrina<sup>3</sup>, saber o sistema normativo determinado. La dogmática jurídica es una disciplina perteneciente al Derecho, que consiste en un sistema de carácter formal compuesto por dogmas jurídicos. Tales dogmas, según el método dogmático, se extraen<sup>4</sup> del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas<sup>5</sup> que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático<sup>6</sup>. En contraposición al método exegético, en

---

2 No es un conocimiento científico sino dogmático. El conocimiento dogmático es un conocimiento como creencia individual o colectiva relacionado con tradiciones orales, códigos, o actos de autoridades religiosas. Este conocimiento se acepta y admite sin réplica, sin cuestionamientos, dudas, ni contradicciones. No es posible (ni se admite) someterlo a pruebas científicas (constatación a través de la experiencia, sentidos) o razonamientos lógicos. Implica suponer que existen fuerzas superiores, sobrenaturales (Dios) o personalidades y autoridades omnipotentes que interpretan una realidad que sólo ellos pueden explicar. Este conocimiento se adquiere, propaga y conserva por vía oral, cultos religiosos o códigos doctrinales.

3 La doctrina es un conjunto de ideas o concepciones teóricas enseñadas como verdaderas por un autor o grupo de autores. Puede tener una dimensión ideológica que puede ser política, legal, filosófica, científica, social, etc. En el ámbito jurídico, la doctrina jurídica es la idea del derecho que sustentan los juristas. Son directivas que no son directas para resolver una controversia jurídica, pero indican al juez como debe proceder para descubrir directiva o directivas decisivas para resolver la cuestión en debate. Ayuda en la creación del ordenamiento jurídico.

4 Entonces ¿los dogmas se extraen de las normas o constituyen a las normas?

5 Un proceso al que podríamos denominar la reducción dogmática.

6 Y si en lugar de señalar que se extraen de las normas jurídicas, decimos que los dogmas se emplean para constituir o crear a las normas jurídicas a través del método deductivo (siendo

el que la interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo, el método dogmático se atiene a los dogmas<sup>7</sup> que se han logrado extraer como instrumento principal para interpretar el sentido de la norma jurídica.

Por tanto, la dogmática jurídica se centra en el estudio del contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico. Así, la dogmática jurídica se basa fundamentalmente en las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico, vale decir:

- a. La ley: constituye, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, fuente primordial y directa del derecho; y
- b. Los principios generales del derecho (dogmas): son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente al ordenamiento jurídico vigente, se entiende que son parte de él, porque sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio derecho como totalidad. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa.

Entonces, el conocimiento dogmático es un conocimiento inconcuso, por ende, no puede ser puesto en verificación por la ciencia, ya que es incuestionable. Estando así las cosas poco se puede avanzar para con la construcción de una ciencia penal, pues, insistiendo en el camino de la dogmática penal solo nos encontraremos entre cuatro paredes formadas por dogmas incuestionables, y el Derecho Penal lejos de ser coherente con las cuestiones sociales, políticas, psicológicas, etcétera, que busca regular, perderá eficiencia y eficacia práctica.

Estando así las cosas, la fuerza de los hechos nos ha demostrado que los principios o dogmas del Derecho Penal no se cumplen a cabalidad. Hoy, los principios fundamentales, sobre los cuales se construyó el discurso punitivo contemporáneo, no se respetan como dogmas. El principio de legalidad se ve arrinconado cada vez por más leyes penales abiertas y

---

lo general el dogma y lo particular la norma jurídica positiva).

7 También llamados principios doctrinales.

en blanco; el principio de ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos por delitos de peligro abstracto o sin bienes jurídicos concretos; el principio de proporcionalidad de las penas con sanciones cada vez más excesivas en comparación con el contenido del injusto.

En resumen, el Derecho Penal no es ni mínimo, y menos aún, de última ratio. Cada vez se criminalizan más conductas, o las ya existentes amplían sus elementos descriptivos o normativos. Y por si no fuera poco se ha vuelto una moda teórica, hace algunos años la discusión era dónde ubicar el dolo (culpabilidad o tipicidad), luego fue la famosa teoría de la imputación objetiva de Claus Roxin y Günther Jakobs, y ahora, estamos en la era del *Criminal compliance*. Bueno fuera que estas discusiones sirvieran para reducir los índices de criminalidad existentes, o para que la pena realmente funcione para algo, sin embargo, tan sólo valen para que los “dogmáticos” penales escriban libros que decoren los estantes de las librerías o bibliotecas, o den clases de cursos de especialización, diplomados o estudios de posgrado sobre dicha temática.

Así, tenemos un Derecho Penal lleno de mitos y de modas que lo único que revela es que la pena ha muerto, por tanto, el Derecho Penal es una disciplina tanatológica, pues, se encarga de un ente muerto. No obstante, el crimen sigue vivo, lo encontramos en la calle, en los hogares, en las empresas, y, sobre todo, en las entidades públicas. Necesitamos estudiarlo de manera empírica para comprenderlo y encontrar respuestas eficientes y eficaces para reducirlo a límites tolerables, ya que decir que lo vamos a eliminar demostraría un retorno al populismo punitivo mediático y electoral del que estamos todos hartos.

De lo antes señalado es evidente que el discurso punitivo contemporáneo debe ser deconstruido. Detrás de éste se esconden poderes que ejercen funciones subterráneas para manipularlo a su conveniencia. Esto se consigue, sobre todo, gracias a la desidia y colaboración de sus actores oficiales, es decir, las agencias penales estatales, quienes en lugar de velar por que opere eficiente y eficazmente con el objetivo de alcanzar un bienestar general social lo han utilizado como herramienta de gobernanza en beneficio de intereses crematísticos individuales o sectoriales.

De esta manera, tras realizar el análisis se devela que:

- a. Quienes escriben el discurso punitivo contemporáneo son los poderes económicos y/o financieros totalitarios, quienes lo emplean como una herramienta o instrumento de gobernanza, con el único propósito de reproducir el sistema neoliberal que los beneficia en perjuicio de los vulnerables.

- b. Se evidencia que los principios del Derecho Penal han sido relativizados, lo que ha forjado un ordenamiento jurídico penal cada vez más normativista e idealista (neo kantista), el cual le ha dado la espalda a la realidad social y política.
- c. La ley penal tiene textos ambivalentes, los cuales constituyen las grietas necesarias para su deconstrucción.
- d. Insistir en la dogmática penal es renunciar a un Derecho Penal científico, conlleva a encerrarlo en configuraciones lógico-abstractas sin realidad, las cuales no sirven para reducir el fenómeno de la criminalidad, pues, no han sido formuladas observando la interacción social ni verificando empíricamente su eficacia. De esta manera, se aprecia que la dogmática penal se ha vuelto la religión de muchos penalistas, y algunos parecen fundamentalistas, ya que se niegan a observar la existencia de múltiples conocimientos científicos fuera de ella.
- e. La doctrina penal sólo interpreta las normas jurídicas convenientes y no las incómodas, a estas últimas las oculta y margina. Con ello, el discurso se va decantando por posiciones “autorizadas” que no incluyen aquellas grietas legales que podrían servir para generar un discurso punitivo alternativo más humano e inclusivo.
- f. Las agencias del sistema penal comunican un discurso diferente al que se encuentra escrito en el texto legal. Se comunica para imponer y no para dialogar, no se escucha al “otro”, es decir, al “delincuente”, no se le asiste ni se aprende de él para prevenir nuevos crímenes.
- g. El “delincuente” solo es utilizado para la reproducción y el mantenimiento del discurso punitivo, además, es invisibilizado, aislado por la seguridad de todos sin propósito alguno.
- h. Los fines que legitiman el discurso punitivo no se cumplen, la pena no previene, protege ni resocializa.

## **DE LA DIFERENCIA A LA DEFERENCIA**

Creemos que desde su origen la imposición de la pena de prisión ha generado la diferenciación del penado. Y no sólo lo ha diferenciado sino también lo ha diferido en tiempo y espacio, pues ha postergado su vida suspendiéndola por el tiempo que dura la pena de prisión, y además, lo ha aislado de la sociedad enviándolo a la cárcel, con la falsa promesa de que ahí, aislado de ella, va a “resocializarse”. Así, el delincuente es etiquetado y estigmatizado gracias al discurso punitivo, pues, desde su ingreso a la cárcel será visto como el otro, como el diferente, como un delincuente de por vida.

Pero, ¿podemos pensar a la prisión de una manera diferente?, es decir, ¿hay otra verdad o discurso minoritario, vencido y olvidado, el cual ha sido excluido por el discurso oficial y se encuentra al margen? ¿Cómo lo encontramos? ¿Cómo nos salimos de esta verdad oficial, cerrada hacia lo que está afuera de sus márgenes, de sus límites, de sus definiciones y conceptos? ¿Cómo accedemos a lo diferente de esta verdad? ¿Cómo desmantelamos sus dogmas y sedimentos, cómo la deconstruimos? ¿Cómo nos damos cuenta de que no hay hechos (cerrados) sino sólo interpretaciones?

¿Cómo nos damos cuenta de que la única verdad es que todo cambia, y que de todo se puede dudar? Que ese discurso instalado no hace lo que dice, pues no lo dijo para hacerlo sino para instalarse y normalizarse. Y que, además, sirve de instrumento para gobernar, para producir cuerpos dóciles y económicamente rentables, para eliminar las diferencias, para estandarizar, para aislar e invisibilizar a los otros, porque lo que se invisibiliza es más fácil de olvidar y de atender.

¿Cómo construir una forma diferente de pensar al sistema penal? ¿Cómo relacionarlo con el otro, con el diferente? ¿Tolerándolo?, es decir, comprendiendo su diferencia, pero no aprendiéndola, o sea, aceptando su diferencia, pero manteniéndose distante. O quizás, comprendiendo al otro tan sólo para cambiarlo, es decir, para “des-otrizarlo”. O, tal vez, mejor sería ser hospitalario con el otro, es decir, brindarle nuestra hospitalidad, comprendiendo que al nominarlo como “otro” se ejerce poder en su contra, y que este ejercicio de poder nos hace responsables de él.

Es decir, dándonos cuenta de que más importante resulta defender su otredad que priorizarnos. En el fondo resulta una decisión y elección personal, ya que uno puede ser parte de su propia mismidad o abrirse a la otredad, al aprendizaje del otro. Cuando uno se abre a la otredad viene lo más complejo, pues la exigencia del otro hace que me pelee contra mi propia comodidad. Entonces, la clave es la atención y asistencia del otro, estar abierto a sus necesidades, comprender que el otro siempre tiene la prioridad, ¿difícil?, sí, pero no imposible.

En el castellano andino del Perú la presencia del quechua como lengua sustrato ha generado que exista una indistinción entre las vocales “e” y la “i”. Por ello, muchas personas de habla quechua en lugar de pronunciar diferencia pronuncian “deferencia”. Creemos que en esta “confusión” en la pronunciación, lo que para muchos sólo sirve para diferenciar o discriminar a quienes proceden de las zonas andinas de nuestro país, se oculta una gran lección, pues deberíamos aprender de esa manera diferente de pronunciar que tienen las personas quechua hablante, y en lugar de hacer una diferencia hacer una deferencia.

Deferencia procede del latín *de-*, prefijo que indica movimiento de arriba o abaja, *fero*, que significa llevar, y *encia*, que significa la acción o cualidad de un agente. Por eso, la deferencia es un acto de respeto y amabilidad de alguien que se encuentra momentáneamente en una condición de privilegio frente a otro, así, quien está en una mejor posición acude al encuentro del otro para ofrecerle su apoyo, su amabilidad, su hospitalidad. Sin querer imponerse a él, sino solo para asistirlo y aprender de su diferencia.

Por eso, deconstruir el discurso punitivo para nosotros significa conocer al crimen y a su autor para asistir y no para diferenciar, es decir, para solucionar y no para separar. Sólo así, podremos, todos juntos, generar un real giro copernicano, pero esta vez, la solución del conflicto generado por el crimen no se conseguirá “des-otrizando” al otro a través de la prisión, sino aprendiendo de él, de sus faltas, de sus carencias, es decir, conociéndolo a fondo.

Y es que no se puede asistir a quien no se conoce, es decir, no se puede asistir al penado si no se busca aprender de su diferencia sin “des-otrizarlo”. Por ende, si el discurso punitivo siempre ha señalado que con la pena de prisión busca resocializar al penado con la finalidad de prevenir los eventuales crímenes que pudiera cometer, resulta paradójico que, intente prevenir lo que nunca le ha interesado conocer, pues, no se puede prevenir lo que no se conoce. Entonces, resulta más que evidente que, al discurso punitivo nunca le ha interesado prevenir, y que tan sólo lo ha manifestado para ocultarnos su verdadero propósito.

## **DE LA HOSTILIDAD A LA HOSPITALIDAD**

Las cárceles en el Perú son espacios hostiles para los presos, en ellas existe hacinamiento, falta de atención médica y psicológica, de asistencia social, de alimentación, de aseo y/o higiene, de un alojamiento adecuado, es resumen, en ellas las personas son tratadas inhumanamente, vulnerándoseles su dignidad de manera grave y sistemática. Dichos espacios parecen más un campo de concentración para judíos durante la segunda guerra mundial que, un lugar en donde se procure reeducar, rehabilitar o reincorporar al penado a la sociedad.

Los penados son ocultados de la sociedad en dichos lugares, son confinados a dichos espacios para invisibilizarlos por el tiempo que dure su condena. Y pese a que existen muchas normas penitenciarias que regulan la manera como deben ser tratados, éstas son gravemente incumplidas por el Estado. En la cárcel un interno no puede alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental, menos aún cuenta con servicios médicos básicos o la asistencia social necesaria que permita mantener las relaciones entre él y su familia.

A ello se le suma la poca o nula importancia que recibe la historia de vida del condenado durante el proceso penal, pese a que el artículo 45 del Código Penal establece que:

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
- b. Su cultura y sus costumbres. (...)

Sin embargo, hoy los jueces tan sólo se preocupan por el delito que ha cometido, por valorar los medios de prueba que acrediten la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, para así afirmar que se ha producido un hecho delictivo e imponer una pena. No obstante, dicha pena se impone cual operación aritmética, recurriendo para ello a hacer un *check list* de las circunstancias agravantes y atenuantes establecidas en el artículo 46 del Código Penal, y luego, a utilizar el famoso “sistema de tercios” establecido en el artículo 45-A del citado cuerpo normativo.

Ante ello, pareciera que los jueces se han convertido en una especie de notarios o verificadores de categorías delictivas teóricas, o peor aún, en constataadores de circunstancias legales que les sirven para aplicar fórmulas matemáticas con el propósito de determinar un número de años de pena privativa de libertad. No obstante, una vez hallado el número de años, los jueces no analizan si éste resulta necesario, idóneo y proporcional, en atención a la historia de vida del condenado, para lograr su “resocialización”.

Entonces, los jueces se han olvidado que la pena que imponen debe fundamentarse y determinarse de acuerdo a las carencias sociales, la formación, la cultura, las costumbres, etcétera, del autor del delito. El remedio del delito cometido en el pasado por el condenado se encuentra en la pena que debe a cumplir en el futuro. No es para otra cosa más que para esto, que sirve que el juez reconstruya el pasado durante el proceso penal. Por tanto, hay que recobrar el contacto que se ha perdido entre el pasado y el futuro dentro del proceso penal.

Si el juez impone una pena a quien ha cometido un delito, y esta tiene como fin la “resocialización”, el juez necesita conocer a la persona a quien se la impone, pues como un ciego puede guiar a otro ciego sin que se caigan al abismo. El juez no tiene otra forma para resolver el problema del futuro, es decir, la “resocialización” del condenado más que mirando su pasado.

Por ello, es totalmente correcto lo señalado por el maestro italiano Carnelutti (2010):

De cualquier manera, que sea si hay un pasado que se reconstruye para hacer de él la base del futuro, en el proceso penal ese pasado es el del hombre en la jaula. No existe otra razón para establecer la certeza del delito, más que la de infligirle la pena. El delito está en el pasado, la pena está en el futuro. Dice el juez: debo saber lo que has sido para establecer lo que serás. Yo tengo en las manos la balanza; la justicia quiere que tanto como pesa tu delito, pese tu pena. (Pág. 29)

Otro problema que se advierte es que el juez, luego de emitir sentencia condenatoria, se olvida del penado. Al emitir su resolución se desliga de la ejecución de esta, considera que su trabajo ha concluido, y que es asunto de la administración penitenciaria vigilar y controlar el cumplimiento de la pena. Pareciera que, para él, luego de que el procesado ha sido condenado, ha muerto; y que la lectura de su sentencia es el funeral, terminada dicha ceremonia al muerto no se le piensa más. Así, se puede comparar la cárcel con el cementerio, sin embargo, el condenado ha sido sepultado vivo.

Sin embargo, en lugar de asemejar la cárcel con un cementerio, deberíamos compararla con un hospedaje. Pues la condena no es más que la determinación del servicio de asistencia que requiere el nuevo huésped. El juez al emitir sentencia fija el servicio asistencial que debe recibir el condenado, por tanto, debe preocuparse de conocer lo suficiente a la persona que ha cometido un delito, y ha sido etiquetado por él como delincuente, pues, solo así podrá determinar el servicio asistencial más adecuado para el condenado.

Entonces, la cárcel es, verdaderamente, un hospedaje lleno de seres humanos que necesitan ser asistidos con hospitalidad, los cuales requieren sanar su espíritu, ser atendidos con inteligencia, paciencia y hasta con abnegación. Para ello, se debe saber con exactitud su historia de vida: carencias sociales, personalidad, costumbres, cultura, en resumen, lo que le falta aprender para vivir en sociedad. Y es que la delincuencia es producto de la pobreza, no sólo económica en algunos casos, sino sobre todo espiritual.

Es al espíritu del delincuente a donde debemos llegar, y ello se conseguirá sólo con una ética de la hospitalidad, una ética desde el otro y para el otro, como hemos señalado anteriormente, la falta de espíritu no se colma más que con el espíritu. La asistencia de la que el preso tiene necesidad es una asistencia espiritual. Sin embargo, la pena es un castigo. De acuerdo, pero el castigo no resulta incompatible con el amor. La palabra castigo proviene del verbo castigar y este del latín *castigare*.

Este verbo está compuesto de *castus* que significa casto (ajustado a las reglas de convivencia social), y *agere* que significa hacer. O sea, hacer casto a una persona quiere decir instruirlo en las reglas de convivencia social.

Viendo así las cosas, el problema no es de reformas legales penales sino de transformaciones personales. Las modificaciones legales no pueden hacer mucho por el condenado. La ley puede prohibir a los ciudadanos ciertas conductas bajo sanción de pena, pero no les puede infundir respeto y consideración por los demás. Entonces, es evidente que el problema del delito y de la pena deja de ser un problema jurídico para pasar a ser un problema socioeconómico y cultural.

Por tanto, todos debemos estar comprometidos en dicha tarea, pues, la criminalidad es un problema comunitario, su la solución está en la comunidad, y no en el sistema judicial punitivo. Todos somos colaboradores invisibles de la justicia. Por eso bien apunta Carnelutti (2010) al señalar que:

El condenado es el pobre, por excelencia, en su desnudez. No hay una necesidad más angustiosa que la necesidad del amor. Es necesario verlos, dentro del burdo uniforme a grandes rayas, hecho para separarlos de los otros hombres, alzar sobre nosotros una mirada, en la cual se expresa, aun cuando trate de ocultarse, el sentido mortífero de su inferioridad, para comprender el bien que puede proporcionar a ellos una sonrisa, una palabra, una caricia. Un bien del cual en un primer momento no se dan cuenta. Al cual incluso pueden, al principio, tratar de resistir, pero que después, poco a poco, se insinúa en ellos, se apodera de ellos, los conquista, los endulza, exprime de su corazón sentimientos que parecían sepultados y de sus labios palabras que parecían olvidadas. Es necesario haber vivido esta experiencia para comprender que nuestro comportamiento frente a los condenados es el índice más seguro de nuestra civilidad. (Pág. 31).

Al ver a los presos de nuestro país nos viene a la mente la figura del derecho romano denominada *homo sacer*, la cual ha sido muy bien estudiada y explicada por el filósofo italiano Giorgio Agamben. El *homo sacer* no podía ser sacrificado por el Imperio Romano, sin embargo, podía ser asesinado por cualquier ciudadano impunemente, pues, su vida no tenía valor alguno para la comunidad. Es decir, ya no era una persona para el Estado, no importaban sus derechos fundamentales, estaba echado a su suerte, era un enemigo de la comunidad, por eso estaba desprotegido.

Sin embargo, en nuestro país lo dicho no sólo ocurre cuando el preso se encuentra en la cárcel sino también cuando egresa físicamente de ella,

es decir, es discriminado también cuando sale de prisión por la sociedad. Para la sociedad el preso siempre es el preso, es más, le dicen exrecluso, y piensan que como ha robado podría volver a robar, entonces, no le dan trabajo. Así “razona” la gente. Entonces, qué sentido tiene afirmar que quien ha cumplido la pena se ha rehabilitado, si las personas creen que cada uno seguirá siendo lo que es, cuando lo cierto es, como enseñaba Heráclito, que “todo cambia”.

Entonces, es importante que la ciudadanía comprenda que resulta sumamente importante que sea hospitalaria con quien egresa de la cárcel. El liberado se siente como un extranjero al retornar a la sociedad después de haber estado por mucho tiempo privado de su libertad, podríamos asemejar dicha experiencia con la de un inmigrante que deja su comunidad para ir a otra. Estar en sociedad, sin duda, ahora le resulta más difícil que antes, pues, han recobrado su libertad, pero junto a ella existe un miedo que la acompaña. El liberado sabe que, tras haber estado en prisión, será aún más complejo reinsertarse a la sociedad, ya que carga un estigma carcelario que lo acompañará por el resto de su vida.

Por ello, debemos aseverar que la ética de la hospitalidad no sólo concierne a los operadores del sistema punitivo sino a la comunidad por completo, sino estamos dispuestos a abrirnos para asistir y aprender del otro no tiene sentido expresar constitucionalmente que, quien ha cumplido su castigo puede reinsertarse a la sociedad. Sólo transformando a la sociedad el estigma del liberado de la cárcel será borrado para siempre. Se vuelve necesario desarrollar nuevas sensibilidades en nuestra percepción acerca de la pena, provocar que el castigo ya no sea visto como un fetiche normalizado.

Sin embargo, observamos que recientemente se han expedido normas penales que inhabilitan a personas condenadas por algunos delitos a obtener ciertos empleos o realizar determinadas actividades, inclusive de por vida. Entonces, quien es liberado se choca con la realidad y, día tras día, experimenta su exclusión social, llegando a pensar que mejor estaba en la cárcel. Con ello, constatamos que la realidad nos demuestra que la pena no dura unos años sino es de por vida. Surgiendo la pena perpetua del rehabilitado o liberado.

Quizás ahora se observe, con mayor claridad, porque líneas atrás afirmamos que el Derecho Penal se ha estructurado en base al dolor y sufrimiento de las personas, y que, sino deconstruimos su discurso punitivo de manera radical no habrá humanidad dentro de él. Pues, hasta ahora sólo ha quedado demostrado que su tesis, la cual consiste en afirmar que los “delincuentes” son quienes perturban la tranquilidad social, y que, encerrándolos en la cárcel se eliminará dicha perturbación, ha resultado inválida.

Sin embargo, lo que dicha tesis sí ha conseguido es discriminar de por vida a quienes han cometido un delito. Cuando la realidad demuestra que las prisiones no son lugares diferentes al resto del mundo, ya que la cárcel es un mundo, y el mundo, hoy más que nunca, ha demostrado ser una prisión para las personas, sobre todo, cuando vemos tantos humanos presos de sus dependencias emocionales, adicciones laborales, consumismo, etcétera. Por tanto, afirmar que dentro de las cárceles solamente existen malos, y fuera de ellas buenos, es sólo una ilusión, como también lo es que un ser humano sea sólo bueno o sólo malo.

No obstante, con esto no estamos negando la necesidad de la pena, pero no hay que perder de vista que toda necesidad es una insuficiencia. Lo que queremos transmitir no es que el Derecho Penal sea innecesario, sino que el Derecho Penal sea suficiente para reducir la criminalidad existente. Pues, esta es la idea que, lamentablemente, comunica el discurso punitivo contemporáneo a través de sus escritores y oradores, es decir, de las agencias del sistema punitivo.

Ello ha generado un fetichismo punitivo, ya que denominar a esta manifestación populismo o simbolismo punitivo, en nuestros tiempos, resulta insuficiente. Cuando hace algunos años, Winfried Hassemer o Alessandro Baratta denunciaban que el Derecho Penal era meramente simbólico, señalando que las funciones manifiestas de la pena no eran las latentes o reales, agregaban que esta estrategia era un engaño de quienes ejercían el poder punitivo. Sin embargo, hoy podemos afirmar que ya nadie nos engaña, todos sabemos que el Derecho Penal no está sirviendo para nada, y que sus funciones manifiestas no se cumplen en absoluto.

Entonces, ya no somos engañados, sino somos conscientes de que la pena no sirve para lo que se dice que sirve, es decir, que es un objeto que no cumple con su objeto. Por ende, es un ente que no cumple con su función manifiesta, sin embargo, nosotros, pese a ser consciente de ello, le seguimos atribuyendo dichos “poderes mágicos”, vale decir, en nuestra mente le otorgamos a dicho objeto algo para lo que no es propio, pues, ha quedado demostrado que no es apto para cumplirlo.

Así, constituimos a la pena como un fetiche, le asignamos una propiedad que no posee. Ahora bien, lo hacemos porque eso nos da placer, porque tenemos una gran adicción por ella, una gran inversión emocional en ella. El fetiche es un apego, un desorden emocional que le resulta funcional al fetichista porque substituye una carencia, o sea, llena un vacío existente en él. ¿Qué vacío llena la pena?

Sin lugar a dudas, la pena llena la inseguridad que sentimos tras observar, en los medios de comunicación social, que existe un gran índice

de criminalidad en nuestro país. Nos sentimos más tranquilos al saber que existe una pena grave o muy grave si se comete un delito que vemos con frecuencia en la televisión o los periódicos. Entonces, el fetiche se vuelve una fantasía, una realidad alternativa que está conformada por teorías legales, de las cuales se piensa que, por estar establecidas en una norma penal, se van a cumplir. A lo que muchos penalistas emocionados le denominan dogmática penal.

Ante ello, surge la imperiosa necesidad de salir de este laberinto de conceptos jurídicos que no brindan una solución real al problema de la criminalidad, sino construyen placebos legales sin voluntad política práctica. En suma, lo que esta versión de Derecho Penal podría lograr, como máximo, es que los ciudadanos respeten las normas jurídicas, y si no lo hacen, sean sancionados y aislados en la cárcel. Sin embargo, este respeto, y el eventual castigo, no hará desaparecer la división y diferenciación entre los ciudadanos, y eso, para nosotros resulta ser lo más importante de superar.

Si aún somos castigados es porque no hemos sido capaces de encontrar otro sistema legal que impidan ver a la pena como la solución a nuestros conflictos y/o diferencias, es nuestra falta de imaginación la que nos hace merecedores de dicho castigo como sociedad.

## DE LA “IMAGINACIÓN” PENAL A LA IMAGINACIÓN CRIMINOLÓGICA

Etimológicamente la palabra imaginación proviene del sustantivo latino *imaginatio*, el cual está compuesto por la unión de la palabra *imagina*, que significa idea, y el sufijo *tio*, que significa acción de, resultado o proceso, por tanto, este término expresa la acción o resultado de representarse una idea o pensamiento.

Según el diccionario de la Real Academia Española la palabra imaginación tiene cuatro acepciones:

1. f. Facultad del alma que representa las imágenes de las cosas reales o ideales.
2. f. Aprensión falsa o juicio de algo que no hay en realidad o no tiene fundamento.
3. f. Imagen formada por la fantasía.
4. f. Facilidad para formar nuevas ideas, nuevos proyectos, etc.

De las acepciones antes citadas podemos observar dos significados contrapuestos de dicha palabra, por un lado, un sentido positivo que la identifica con la capacidad de formular ideas nuevas, y por otro, un

concepto negativo que la asemeja a un prejuicio ilusorio que no tiene soporte real. Ello, nos revela la complejidad de este término tan importante en la actividad mental humana.

Consideramos que la imaginación tiene un rol esencial en la percepción que tenemos de la realidad y en la formulación de nuestros pensamientos, que la inteligencia y la creatividad dependen de ella, y que fomentándola podremos progresar hacia una sociedad crítica e igualitaria.

La filosofía desde sus orígenes consideró que la imaginación tiene un rol trascendental en la creación del conocimiento humano. De igual forma, la ciencia contemporánea está descubriendo que es una función cognitiva fundamental de nuestra mente, pues, gracias a ella podemos pensar más allá de nuestra situación inmediata, generando contenidos para reevaluar el pasado o construir un posible futuro.

Nuestras ideas nacen como imágenes. Es más, etimológicamente la palabra idea proviene de visión, por tanto, idear es imaginar. Sin imaginación no habría lenguaje, pues, gracias a ella las palabras evocan ideas o entes ausentes. Entonces, la imaginación es vida, nos permite pensar, crear, comunicar, interactuar con los demás, conectar con los otros, sin ella sería imposible ser empático, ya que la empatía es la capacidad de imaginar lo que otra persona siente.

Cuando siento empatía, una parte de mí deja de estar en mí y, a través de la imaginación, viaja hacia el otro. En cambio, el egoísta es incapaz de imaginar en el otro la interioridad que lo convierte en persona. Sólo ve lo que concierne a sus designios, y como utilizar al otro. Entonces, una educación que descuida la imaginación es una educación sin humanidad y propósito.

El ser humano es un ser eminentemente imaginativo, y aunque no todo acto imaginativo es creador, la creatividad requiere de la imaginación. La imaginación creadora precisa de conocimientos y percepciones que la estimulen sin abrumentarla, y de una motivación que la guíe sin controlarla rigurosamente. Sin embargo, en la actualidad vivimos en un mundo carente de imaginación, y saturados de datos, cifras y códigos de barras. La televisión, las redes sociales, la prensa escrita, etcétera, han atrofiado nuestra capacidad de imaginar.

Todo ello nos revela que, para transformar nuestra sociedad, necesitamos desarrollar nuestra imaginación, pues, la gran mayoría de instituciones y estructuras caducas que nos rodean están en decadencia precisamente por falta de imaginación. El poder de la imaginación es hoy esencial para renovar la educación, la política y la vida cotidiana.

La congénita irracionalidad del Derecho Penal necesita de un discurso punitivo “muy imaginativo” que la justifique. Este discurso es de vital importancia en la estrategia de dominación social de los grupos que aspiran a ejercer poder, pues, quienes controlan los discursos más influyentes, como lo es el punitivo, tienen mayores posibilidades de controlar la mente de las personas. Asimismo, la mejor manera de ejercer el poder es de forma sutil y rutinaria, ya que su eficacia se concreta cuando quienes lo ejercen consiguen que quienes no lo tienen vean e interpreten el mundo desde su perspectiva sin darse cuenta.

Al resultado de obtener lo antes señalado utilizando la persuasión emocional se le denomina hegemonía. Este proceso parte de establecer que toda interacción comunicativa cotidiana tiene una dimensión política, pues, todo texto tiene la potencialidad de estructurar relaciones de poder y subordinación. Sin lugar a dudas, este mecanismo se presenta en el discurso punitivo con gran intensidad, ya que el sistema penal constituye una de las expresiones más agudas de discriminación social.

Por tanto, para comprender al poder punitivo no basta con acudir a la realidad fáctica, o a los principios del Derecho Penal, sino que debemos tener presente al discurso punitivo. Caso contrario, no vamos a poder entender su estrategia del miedo al delito y la pena que propone. Por ello, es importante diferenciar dentro de él al discurso que se encarga de legitimar la criminalización de conductas de aquel que se opone a la criminalización.

Teniendo en cuenta el contexto social, el discurso de la seguridad ciudadana se encarga de legitimar las conductas que el control social formal debe proteger penalmente, y el discurso de exclusión de criminalización, al servicio de las clases más poderosas, de eliminar ciertos conflictos sociales del poder punitivo. Ello nos revela que los sistemas penales criminalizan y castigan las conductas dependiendo de las características socioeconómicas de los ciudadanos, y que la esencia de dicho discurso es su naturaleza discriminatoria.

De esta manera, el discurso punitivo afecta transversalmente a la política criminal, pues, no solo define qué conflictos deben protegerse penalmente y legitima los fines de la pena, sino que también incide en todas las instituciones y fases de criminalización, es decir, en los debates parlamentarios, la actuación de la policía, la aplicación del derecho penal por parte de los operadores del sistema judicial, la elaboración de la dogmática penal y la ejecución de la pena.

Asimismo, este Derecho Penal neoliberal discriminatorio resulta totalitario, pues, ha asumido todas las formas de control social disponibles,

convirtiéndose en el código moral de nuestros días, lo cual ha generado la juridización de todos los ámbitos sociales. Además, se ha centrado en la discusión sobre la criminalización o no de conductas, en este debate hemos caído todos, pese a saber que el Derecho Penal no resuelve conflictos sociales. Igualmente, se utilizan las tasas de criminalidad existente para sustentar la penalización de conductas, cuando sabemos que el aumento o disminución de los niveles de criminalidad no guardan relación directa con una mayor intervención penal, ya que el crimen es pluricausal y multifactorial.

Sin embargo, la característica esencial del discurso punitivo es su especial capacidad para ser ajeno a la realidad, ya que la realidad no se ve reflejada en él, sino que el discurso tiene vida propia, por tanto, éste no interpreta hechos existentes sino crea realidades inexistentes, es decir, es imaginativo en sentido negativo, pues, es el resultado de una valoración falsa o juicio de algo que no hay en realidad, que no tiene fundamento.

De esta manera, el discurso punitivo simplifica la explicación y comprensión de un determinado conflicto social. Un medio que lo facilita son las denominadas representaciones sociales. La construcción de estas percepciones compartidas se origina de la hipótesis de que los ciudadanos resultan incapaces de comprender todos los detalles de un determinado problema social y, más aún, si es de la complejidad de la criminalidad y de los medios de control social. Para ello organizan mentalmente estos significados mediante representaciones sociales.

Existen diversas estructuras semánticas que sirven para crear representaciones sociales, como las metáforas, eufemismos, redundancias, etcétera. Una de éstas son las fracturas de imagen, funcionan creando vínculos entre determinadas afirmaciones y las áreas de experiencia de los receptores del discurso, superando las posibles contradicciones y generando, a la vez, creencias y aceptaciones compartidas. Por ejemplo, cuando un medio de comunicación afirma que “una oleada de delincuencia pone en peligro el comercio de la ciudad”, constituye una fractura de imagen, porque los símbolos “comercio” (que significa progreso) y “oleadas” (que señalan una amenaza proveniente del exterior) vinculan dos imágenes que sirven para crear una representación social o simbolismo colectivo, que, posteriormente, contribuirá a una determinada actitud frente a la delincuencia.

Por otro lado, las representaciones sociales también tienen una parte neurológica, la cual está conformada por los instintos, sentimientos y pensamientos. Los seres humanos tenemos tres cerebros:

1. *El reptiliano* (instintos). Situado en el tallo encefálico, regula nuestras funciones vitales para la supervivencia. Da respuestas automáticas y programadas. Es resistente a los cambios y a la improvisación. Se centra sobre todo en el presente.
2. *El límbico* (sentimiento). Controla las respuestas emocionales. Entre las que destacan el miedo a lo desconocido, el apego, el amor, la envidia, etcétera. Con este cerebro surge la manada y las relaciones sociales. Gracias a él surge el aprendizaje asociativo, ya que guarda los recuerdos emocionales que más impactaron en nuestras vidas. Se centra sobre todo en el pasado, de acuerdo a como desarrollemos nuestros apegos gestionaremos nuestras emociones. Permite experimentar nuestras vidas a través de las imágenes y emociones desarrolladas en nuestro entorno social.
3. *El neocórtex* (pensamiento y razonamiento). Permite tener conciencia y desarrollar capacidades cognitivas como la concentración, el lenguaje simbólico, la invención, la habilidad de escoger, el pensamiento abstracto, la imaginación, etcétera. Gracias a él surge la capacidad de descubrir nuevos horizontes, aparece el altruismo, la comprensión de las relaciones sociales existentes, se puede anticipar reacciones, resolver de conflictos y la planificar a largo plazo. Se centra sobre todo en el futuro, pues nos permite imaginar, proyectar, gestionar nuestras emociones dependiendo del contexto y las reacciones futuras de nuestro entorno, saber que nuestro tiempo es limitado, etcétera.

Nuestro cerebro demuestra que ponemos en marcha el instintito y la emoción antes que la razón. Lo cual, revela porque la criminalidad y su respuesta social se afrontan más con las reacciones instintivas y las emociones que con el razonamiento. Así, la sociedad se ha visto obligada a imponer normas externas destinadas a contener la desbordante marea de los excesos emocionales que brotan del interior del individuo.

Debido a nuestro cerebro reptiliano y límbico nuestros mecanismos de estímulo y respuesta, los cuales también son utilizados en la comunicación, buscan fundamentalmente lo conocido y la reducción del miedo. La disminución del miedo es la que genera una respuesta innata de nuestra especie: la búsqueda de seguridad. Así, la previsibilidad elimina la incertidumbre. Por ende, lo que no es familiar es hostil por desconocido; por esta razón, toda política criminológica alternativa es rechazada.

El discurso político criminal se ve atrapado, de esta manera, por la tendencia humana de permanecer en lo conocido. El Derecho Penal contemporáneo, fundamentado en la pena, supone una respuesta previsible al miedo que, además, se entiende con un mínimo gasto de

energía cognitiva. El principio de economía cognitiva señala que solemos elegir la solución que menor costo de energía exija, por tanto, buscamos siempre estar en el mundo de lo previsible y rutinario.

Así, la sustitución de la realidad por un discurso punitivo, apoyando por los medios de comunicación social, genera que nuestras relaciones sociales “funcionen” previsiblemente. Lo que los medios no transmiten, sencillamente, no existe, porque la mayor parte del conocimiento sobre la realidad que poseen las personas proviene de la selección temática realizada por dichos medios que, a la vez, tienden también a aplicar el principio de economía cognitiva, y son dirigidos por quienes ejercen el poder punitivo. De esta manera, la creación de representaciones sociales, estereotipos y prejuicios son manifestaciones del principio de economía cognitiva que en las mayorías de las ocasiones buscan eliminar la incertidumbre y el miedo.

En resumen, el discurso punitivo se ha generado desde el cerebro reptiliano y límbico, es decir, persigue la reducción del miedo y la obtención de seguridad. Así, la búsqueda de lo previsible y el principio de economía cognitiva son mecanismos (mentales) utilizados por los creadores del discurso punitivo para que los receptores del mismo demanden la imposición del castigo para reducir el miedo al delito que tienen.

Por otro lado, consideramos que cualquier conflicto social puede ser analizado criminológicamente. Aprender a pensar criminológicamente requiere cultivar la imaginación. La criminología no puede aprenderse de forma rutinaria, pues, implica liberarse lo más posible de circunstancias personales (como los prejuicios o traumas vividos) para poder entender la vida social desde un contexto mucho más amplio. El trabajo que esto implica debe ser denominado imaginación criminológica, esto nos permite pensar distanciándonos de las acciones mecánicas, y ver los hechos como algo nuevo y fascinante que merecen toda nuestra atención, para ser analizados desde distintos enfoques, pues, todo acto social:

1. Es parte de una actividad humana, en el que importa más el símbolo que la sustancia, y es el centro de muchas interacciones personales que se comparten con otras personas como un rito social.
2. Forma parte de una compleja serie de relaciones sociales y económicas que se extienden por todo el mundo.
3. Supone un proceso de desarrollo político, social y económico.
4. Es producto del mundo contemporáneo, y se encuentra situado en los debates que en la actualidad se ocupan de la globalización, los derechos humanos, el medio ambiente, etcétera. Es decir, se encuentra politizado y etiquetado.

Lo que debe buscar la imaginación criminológica es hacernos conscientes de las diferencias culturales, lo que nos permitirá contemplar el mundo desde diversos paradigmas, ya que si entendemos adecuadamente cómo son, piensan, actúan y viven los otros tendremos una mejor comprensión de cuáles son sus problemas. Las políticas criminológicas que no se encuentran cimentadas en un aprendizaje de quienes afectan no tienen posibilidades de éxito. Debe situar la biografía humana en la historia y la estructura social. Actuar de puente entre la vida interna de los actores y el marco histórico y social en el que se encuentran. Unir la historia de vida de las personas con las estructuras de poder, la ideología y el momento histórico que viven, es decir, hacer político lo personal.

La Criminología debe generar un movimiento desde el medio local al sistema total, y a la inversa, por tanto, debe abandonar el empirismo abstracto, que se centra únicamente en lo local de forma distante y extraña, y a la "gran teoría", a la que sólo le importa el sistema y se abstrae de la historia y la estructura social, distanciándose de la realidad social. La "gran teoría" se convierte en un idealismo neokantiano, en el que la categorización de sus múltiples conceptos se vuelve el objetivo primordial. Por su parte el empirismo abstracto ha burocratizado la investigación criminológica, se ha vuelto un ritual metodológico y estadístico que desprecia a la filosofía social, y en donde se escriben libros sacados de otros libros. Así, la Criminología se parece al Derecho Penal que tanto criticaba, pues se vuelve especulativa, o puramente formal.

Debemos democratizar la Criminología, no debe ser cuestión de una elite de intelectuales. Esto nos permitirá pasar de los problemas personales en un entorno a los problemas públicos de la estructura social. Pues, al observar los problemas personales nos daremos cuenta de que son problemas colectivos. Esta relación de lo personal con lo colectivo permitirá revelar el significado humano de los asuntos públicos. Entonces, debemos desarrollar una imaginación criminológica para que los objetos de estudio de la Criminología sean vistos de manera novedosa y diferente, pero sobre todo para provocar la transformación del comportamiento de los individuos hacia la deferencia y la hospitalidad.

La Criminología debe denunciar que vivimos en un mundo vertiginoso caracterizado por la inestabilidad en el trabajo, la familia y la comunidad, lo cual produce incertidumbre económica, escases de oportunidades, y medidas de justicia arbitrarias y torcidas. Demostrar que actualmente existen barreras diferenciadoras a base de relegar al estado de otredad a todo lo que nos incomode. En consecuencia, se hace imperiosa la necesidad de una respuesta alternativa que deconstruya dichas culturas para darle la bienvenida a la creatividad humana y celebrar la diferencia.

Una Criminología que con su imaginación convierta la indiferencia en deferencia, y la hostilidad en hospitalidad.

## CONCLUSIONES

Lo que necesitamos en rigor es un discurso punitivo desde y para el otro, cambiar el orden, deconstruir, hacer que lo importante sea lo escrito y no lo que se dice o habla, es decir, hacer real lo escrito. Esto se conseguirá en la medida que logremos eliminar el fono centrismo del discurso punitivo contemporáneo, el cual pretende hacer creer a todos que el habla se encuentra primero que la escritura, pues, es previo a ella.

Para dicho propósito resulta clave demostrar que la escritura es previa al habla, hacer notar que quien habla está escribiendo en su mente utilizando la gramática punitiva previamente configurada, y por ello, debe respetar el orden establecido por ella, sus funciones y sentidos, es decir, los fines de la pena. Debe señalar enfáticamente que nada hay fuera del texto, y con dicha frase debe enfrentarse a los poderes que intentan esconderse por fuera del texto para torcerlo y perjudicar el bienestar social.

En suma, lo que se busca es dar muerte a ese discurso punitivo dogmático, encerrado en la caverna de la teoría pura del Derecho, para abrir paso a una nueva criminología, construida desde la imaginación criminológica. El cual busca constituirse como un dialecto nacional coherente al lugar donde se va a hablar, con la finalidad de generar una multiplicidad y diversidad lingüística que incluya a todos. Solo así, esta Criminología diferente, y sobre todo deferente, será legítima, pues la verdad no es única, es decir, no hay hechos sólo interpretaciones. Esta nueva Criminología dará lugar al respeto por las minorías, por los diferentes, por los otros.

De esta manera, se producirá una estética de la diferencia, que el sistema neoliberal controlado por los grandes poderes económicos se niega a permitir, pues pondría en riesgo su afán por constituir seres humanos egoístas que compitan por tener más riqueza, con el único propósito de consumir lo que el mercado les ofrece para la satisfacción de sus placeres. Lo que venimos a proponer con este trabajo de investigación es un pensamiento criminológico crítico y realista desde y para el otro, una forma de hacer criminología diferente, de hacerla aprendiendo del otro, de quien ha cometido un delito, pues solo comprendiéndolo y asistiéndolo podremos transformar nuestra comunidad, tan sólo demostrando empatía y solidaridad con los más vulnerables podremos cambiar nuestro orden y estructura socioeconómica.

Finalmente, debemos decir que en el anonimato nadie puede recibir hospitalidad. Por tanto, debemos hacer visibles los rostros de quienes se encuentran privados de libertad, solo así el huésped estará protegido por la ley y el Derecho. La hospitalidad exige dejar de desviar nuestra mirada para observar el rostro del otro, sólo así podremos conocer sus carencias y reconocerlo como nuestro hermano, debemos utilizar nuestro neo córtex para ser empáticos, altruistas y deferentes, así, en el poco tiempo de vida que tenemos en el mundo, habremos servido y asistido a quien más nos necesita.

### **FUENTES DE INFORMACIÓN**

- Carnelutti, F. (2010). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Themis
- Derrida, J. (1971). *De la gramatología*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Siglo XXI.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.
- Heidegger, M. (2003). *Ser y tiempo*. Madrid, España: Editorial Trota.
- Huamán, M. (2006). *Claves de la deconstrucción*. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## **SÍNTESIS CURRICULAR ACADÉMICA DE LOS AUTORES**

Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Gino Ríos Patio

- Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres.
- Doctor en Educación por la Universidad de San Martín de Porres.
- Doctor Honoris Causa por la Sociedad Mexicana de Criminología Capítulo Nuevo León.
- Doctor Honoris Causa por el Instituto Mexicano de Victimología.
- Doctor Honoris Causa Múltiple por el Claustro Doctoral Global, el Centro Universitario y Cultural Morelos, la Universidad Mexicana de Educación a Distancia, el Centro Universitario Inglés, la Universidad Togatorum y la Academia Internacional de Ciencias, Desarrollo Tecnológico, Artes y Humanidades.
- Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres.
- Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derecho a la Educación por la Universidad de Ginebra, Suiza.
- Diplomado en Filosofía Política por la Universidad de Harvard.
- Investigador calificado y autorizado por el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación tecnológica del Perú, Nivel I.
- Director del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad de San Martín de Porres.
- Presidente del Centro de Estudios de Criminología Universidad de San Martín de Porres.
- Profesor de Criminología en pregrado y posgrado Derecho USMP.
- Presidente de la Asociación Peruana de Criminología Ama Hucha.
- Autor de numerosos libros, artículos y trabajos de investigación en Criminología.
- Conferencista nacional e internacional en Criminología.
- Medalla al Mérito Criminológico “Eugenio Raúl Zaffaroni” otorgada por la Sociedad Mexicana de Criminología, Capítulo Nuevo León.
- Medalla Gran Educador en Derechos Humanos y la Paz otorgada por la Sociedad Civil Sembrando Valores.

- Condecoración del Estado Peruano en la Clase de Caballero por la Causal Esfuerzo Intelectual
- Premio otorgado por el Instituto Vasco de Derecho Procesal y la Asociación Pro Jurado de España.
- Premio Iberoamericano de Derechos Humanos otorgado por el Instituto Mexicano de Victimología.
- Premio Carlos Antonio Del Río Rodríguez-Justicia, Jurisprudencia y Equidad otorgado por el Instituto Mexicano de Victimología.

#### ENLACES DE PRODUCCIÓN CIENTÍFICA:

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0209-2645>

Página web: [www.griospatio.com](http://www.griospatio.com)

Código RENACYT: POO10302

Research Gate: [https://www.researchgate.net/profile/Gino\\_Rios\\_Patio](https://www.researchgate.net/profile/Gino_Rios_Patio)

Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=pVALgqwAAAAJ>

Academia.Edu: <https://independent.academia.edu/GinoR%C3%ADosPatio>

#### Mtro. Renzo Espinoza Bonifaz

- Maestro en derecho con mención en ciencias penales por la Universidad de San Martín de Porres.
- Maestro Honoris Causa en Criminología por el instituto mexicano de Victimología.
- Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.
- Premio a la excelencia académica en derecho “José León Barandiarán Hart” otorgado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú en el año 2004.
- Premio de estudios de fomento de la institución del jurado otorgado por el Instituto Vasco de Derecho Procesal y la Asociación Pro Jurado de España.
- Premio investigación jurídica “Mario Alzamora Valdez”, otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.
- Profesor de la universidad de San Martín de Porres.
- Secretario de la Asociación Peruana de Criminología Ama Hucha.

- Miembro de la Academia Latinoamericana de Derecho Penal y Penitenciario, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, del Instituto Vasco de Derecho Procesal, del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Centro de Estudios en Criminología de la Universidad de San Martín de Porres, de la Comisión Consultiva de Criminología y Política Criminal del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y del Instituto de Investigación de la Universidad de San Martín de Porres.
- Autor de numerosos libros, artículos y trabajos de investigación en criminología.
- Conferencista nacional e internacional en Criminología.

Enlaces de producción científica:

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3641-4868>

RESEARCH GATE: <https://www.researchgate.net/profile/Renzo-Espinoza-Bonifaz-2>

**CRIMINOLOGÍA PARA TODOS**

Se diagramó en el

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú

Correo electrónico: [fondoeditorial@usmp.pe](mailto:fondoeditorial@usmp.pe)

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262

Marzo 2022 Lima - Perú