



BOLETÍN ACADÉMICO N° 48
MAYO 2018

ÍNDICE

PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Por *Eduardo A. Oré Sosa*

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN PERÚ: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Por *Adán Nieto Martín*

EMPRESA Y LEY PENAL: APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA PENAL EN EL PERÚ

Por *Cecilia Madrid Valerio & Walter Palomino Ramírez*

LA DESVINCULACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE: BREVE COMENTARIO A LA CASACIÓN N. ° 344-2017, CAJAMARCA

Por *Fredy Valenzuela Ylizarbe*

LA INAUDITA ALTERA PARS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN DE AMPARO

Por *Arsenio Oré Guardia*

PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO*

*Eduardo Oré Sosa**

I. APUNTE PREVIO

El tema para el que se nos convoca en esta mesa alude a la problemática del delito de enriquecimiento ilícito. Más precisamente, se nos pregunta si pueden responder como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los *extranei* que participan en la adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el sujeto público.

Ciertamente, esta pregunta está vinculada al primer tema de este Pleno Jurisdiccional [La problemática del *extraneus* en la comisión de un delito funcional], por lo que intentaré evitar hasta donde sea posible cualquier tipo de repetición odiosa; no obstante, parece necesario desarrollar siquiera brevemente algunos puntos relacionados con el delito de enriquecimiento ilícito para dar debida respuesta al problema planteado.

Así, algo habrá que decir sobre el concepto de enriquecimiento ilícito; sus principales características; el momento de su consumación; la participación; y quizás las particularidades que se presentan cuando el *extraneus* o interviniente es un familiar o allegado al funcionario público.

Siendo así, les propongo abordar este tema a partir de dos casos hipotéticos:

- a) Un funcionario público entrega a su hija como regalo de bodas un inmueble ubicado en un exclusivo balneario del sur de la capital. El inmueble está valorizado, digamos, en la friolera de 600.000 dólares.
- b) Un funcionario público, separado de su mujer, le entrega la suma de 100.000 dólares para el tratamiento de una grave y costosa enfermedad en el extranjero.

Por supuesto, en ambos casos el funcionario público no tiene modo de explicar su tren de vida y otros signos exteriores de riqueza. ¿Constituirá la casa de playa entregada a la hija un regalo envenenado? Es decir, ¿podrán los flamantes esposos verse implicados como cómplices del delito de enriquecimiento? ¿O quizás responderán por un delito de lavado de activos?

¿Y no es verdad que la mujer está ayudando a gastar un patrimonio obtenido con abuso de las obligaciones funcionales del marido? ¿Responderá también como cómplice de enriquecimiento? ¿Responderá por lavado de activos?

* Ponencia presentada en el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Lima, 24 de noviembre de 2017); organizado por el Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

*Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor por la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura. Profesor de Derecho Penal Económico de la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro del Estudio Oré Guardia.

II. CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito, en términos sencillos, sanciona el incremento patrimonial no justificado de un funcionario público; se trata de un delito que alberga serias dudas en cuanto a su legitimidad.

En buena cuenta se trata de un delito que pretende sortear las dificultades probatorias que plantean los delitos de corrupción; a ello obedece en parte su carácter residual o subsidiario como reconoce el Acuerdo Plenario n° 3-2016, pues de quedar acreditados los delitos que dan pie al incremento patrimonial no justificado (por ejemplo cohecho, colusión o peculado) serán estos los que se verifiquen.

No en balde, la profesora española Mercedes Fernández López señala que: “Su utilidad desde el punto de vista sustantivo radica, pues, en la posibilidad de castigar a quien se lucre con la ejecución de un delito de corrupción en los casos en los que no es posible acreditar el hecho concreto que dio origen al incremento patrimonial pero puede concluirse, a partir de la prueba practicada en juicio, que proviene de una actividad ilícita”¹.

Con esto no pretendo deslegitimar la presencia de este delito en nuestro código punitivo, pero sí poner sobre el tapete los cuestionamientos que se le dirigen; los principales, que podrían suponer un caso de inversión de la carga de la prueba, así como una vulneración a la presunción de inocencia. Razones que la mayor parte de Estados europeos entienden suficientes como para no admitirlas en sus legislaciones, a pesar de constituir una recomendación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*.

Como acabo de señalar, no pretendo con esto deslegitimar este delito, por lo demás necesario en la lamentable realidad de nuestro país, pero esto exige levantar esas observaciones y cuestionamientos para que la interpretación del tipo penal de enriquecimiento así como su imputación a título de autores o partícipes se haga en estricto respeto de las reglas de la dogmática y los principios que inspiran el Derecho penal.

Por esta razón, hace bien el Acuerdo Plenario n° 3-2016 en enfatizar varias veces que el delito de enriquecimiento no se satisface con un simple mejoramiento patrimonial indebido; este delito no se configura con el solo incremento económico no justificado, pues lo que da contenido al injusto son los *actos irregulares* a los que alude el legislador con la expresión “*abusando del cargo*” y que son los actos que a la postre generan el enriquecimiento. De este modo, este prevalimiento funcional anudado al incumplimiento del deber de rendición de cuentas o de evidenciar la pulcritud de su patrimonio, son los elementos que denotan un suficiente grado de merecimiento de pena y que a la vez fundamentan el injusto.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

a. Delito especial propio

Parece incuestionable que estamos ante un delito especial propio, tal como lo asevera el mismo Acuerdo Plenario n.º 3-2016; así, el círculo de posibles autores de este delito se

¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito. En: AA. VV. *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*. Demetrio Crespo y González Cuellar Serrano (coords.), 2015, p. 437.

limita a los funcionarios o servidores públicos, sin que exista la posibilidad de reconducir el hecho a una figura común para el *extraneus* o quien no reúna esa calidad.

b. Delito de infracción de deber

Sin embargo, más importante desde el punto de vista material supone caracterizar el enriquecimiento ilícito como un delito de infracción de deber, pues el obligado especial, como figura central del hecho, será autor con independencia de la forma externa de su comportamiento; así, el funcionario o servidor público será autor del enriquecimiento no porque domine el hecho o porque lo haya organizado de una forma defectuosa, sino en la medida que haya infringido su deber especial o institucional.

Si se mira bien, la delimitación de la autoría en consideración al carácter de delito especial propio es más bien formal: quien no es funcionario o servidor público carece de aptitud para ser autor del delito; mientras que en los delitos de infracción de deber la autoría se determina o fundamenta en un criterio material, a saber, la infracción del deber por el obligado especial.

c. Consumación

Sabemos que la consumación viene definida como la realización de los elementos del tipo penal. En el delito de enriquecimiento este viene dado por el incremento significativo del patrimonio del funcionario. Conuerdo con los Profesores Ramiro Salinas y Tomás Gálvez cuando niegan que estemos ante un delito permanente. En verdad, estamos ante un delito de estado, pues el delito se perfecciona y concluye con la provocación del enriquecimiento aun cuando el agente “*sigue aprovechándose del estado creado por su hecho*”, como diría Roxin.

Para ser más gráfico, habría que comparar este delito con la bigamia que es un delito de estado, pues se perfecciona y concluye con la celebración del segundo matrimonio; así, no es que el matrimonio ilegal se siga ejecutando y solo cese con la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Se trata, pues, de un delito de estado y a todos los efectos de consumación instantánea, por lo que el inicio del plazo de prescripción se computa desde la misma celebración del segundo matrimonio.

Sucede lo mismo con el delito de enriquecimiento, que como se ha dicho se perfecciona y concluye con la provocación del incremento patrimonial significativo.

Por esta razón, muestro respetuosamente mi discrepancia con el criterio doctrinal expuesto en el apartado 15 del Acuerdo Plenario n° 3-2016 cuando establece que el delito de enriquecimiento queda configurado por el legislador como un delito de consumación permanente.

Sí me parece acertado, en cambio, que el Acuerdo Plenario admita la posibilidad de una ejecución continuada en la medida que el delito de enriquecimiento se configura no solamente con el desbalance o crecimiento patrimonial, sino en atención al “conjunto conexo de actos dolosos irregulares” que suponen justamente el abuso del cargo.

d. Participación en delito de enriquecimiento

Como se sabe, la complicidad, también llamada cooperación, es un acto de colaboración en un hecho punible ajeno. En el delito de enriquecimiento supone una intervención de tercero sin infracción de deber especial, institucional o positivo; de este modo, el

intraneus responderá siempre a título de autor, mientras que el *extraneus* lo hará como partícipe, sea instigador o cómplice.

Como pueden advertir, ya no entro al debate sobre la participación del *extraneus* en los delitos especiales y de infracción de deber; el Acuerdo Plenario al respecto manifiesta que no se trata ya de un problema dogmático que merezca ser discutido, apelando incluso a la modificación del artículo 25 del Código Penal en virtud del Decreto Legislativo n.º 1361.

Hoy en día esta aparece como la postura mayoritaria, pues efectivamente resulta difícil considerar que la contribución o ayuda del *extraneus* para la perpetración de un delito de infracción de deber es jurídicamente neutra o carente de relevancia penal. Si bien es verdad que la norma prevista en el artículo 401 del Código Penal se dirige especialmente al funcionario o servidor público, también lo es que en ella subyace otra norma que se dirige a todos los miembros de la sociedad y que nos insta a no cooperar en hechos punibles ajenos.

IV. CONTRIBUCIÓN DE FAMILIARES EN DELITO DE ENRIQUECIMIENTO

Señalado todo lo anterior, toca abordar el problema planteado en el Tema III de este Pleno Jurisdiccional: ¿Pueden responder penalmente como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los *extranei* que participan en la adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el funcionario público?

Según el Acuerdo Plenario, la respuesta será afirmativa cuando los actos de complicidad (entendida como la ayuda para obtener, recepcionar, administrar, transferir o mantener los bienes que van produciendo el enriquecimiento ilícito) se realizan mientras el funcionario conserve su cargo y condición. Si el aporte es posterior al cese del mal funcionario, entiende el Acuerdo que la conducta desplegada ya no será accesoria, sino autónoma y responderá por otro delito como bien podría ser el de lavado de activos.

Esta solución quizás podría resultar coherente con el entendimiento del delito de enriquecimiento como un delito permanente, un delito cuya permanencia cesa con el apartamiento del funcionario de la función pública. Si consideramos en cambio que estamos ante un delito de estado y de consumación instantánea, tendremos que señalar que las conductas imputadas a los *extranei* serán mayormente, aunque no siempre, post-consumativas.

Ahora bien, si como acabo de señalar algunos aportes o actos contributivos se realizan durante la ejecución del delito (por ejemplo, aquellos casos en los que el incremento patrimonial opera no directamente en el peculio del funcionario, sino en el del testafarro partícipe) y otros con posterioridad a la consumación (a saber, en aquellos casos en los que el desplazamiento de bienes opera luego de que el *intraneus* ya incrementó su patrimonio real) parecería que los actos de disimulación y gastos de los familiares o testafarros planteados por el Pleno Jurisdiccional sólo podrían configurar complicidad en el primer caso, mas no cuando el delito ya se consumó.

Y debo decir que, al menos en mi opinión, en ninguno de los dos casos estaremos propiamente ante un supuesto de complicidad. Y para explicarme mejor, quiero volver a los dos casos planteados al inicio de mi exposición.

Como recuerdan, el primer caso aludía al regalo de bodas del funcionario hacia su hija consistente en un inmueble valorizado en 600.000 dólares ubicado en un exclusivo balneario del sur de la capital.

El segundo, la entrega por parte del funcionario a su esposa de una suma de 100.000 dólares para que ella pueda costear el tratamiento de una penosa, grave y costosa enfermedad.

Hipóticamente, pongamos incluso que la aceptación tanto de la casa de playa por la hija, como de los 100.000 dólares por su mujer son las conductas que concretan el enriquecimiento o incremento patrimonial al que el funcionario accede en atención a algunas irregularidades en el ejercicio del cargo (como habría sucedido más claramente si se hubiese valido, por ejemplo, de un testafarro).

Si bien estas conductas no son posteriores a la consumación del delito, considero que entran en concurso aparente o de leyes con el delito de lavado de activos.

Esto podría conllevar una ventaja para la acusación, pues como se sabe, un sector de la doctrina y jurisprudencia apelan todavía al doble dolo del cómplice.

Tratándose, en cambio, de un delito de lavado de activos en la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia del artículo 2 del Decreto Legislativo n° 1106, la imputación del aspecto subjetivo será más sencilla, pues como sabemos este delito se puede imputar a título de dolo eventual.

Ahora bien, quizás se estén preguntando si, como aparentemente he señalado en los casos propuestos, concluyo que tanto la hija como la esposa deben responder por el delito de lavado de activos.

Desde un criterio eminentemente causal cualquiera podría concluir que en ambos casos se ha producido efectivamente un alejamiento del bien de su origen ilícito o que, al menos formalmente, estos configuran actos de ocultamiento; sin embargo, debe señalarse que en algunos casos estaremos no más que ante actos cotidianos que carecen del sentido delictivo exigido por el delito de lavado de activos, esto es, el de legitimar capitales que tienen origen en actividades criminales.

Con esto, no quiero decir que cualquier apelación a una conducta neutral o estereotipada tenga por virtud excluir la imputación de un delito de lavado de activos, pues eso no ocurre siempre, incluso en otros delitos en los que existe consenso sobre los efectos excluyentes de la prohibición de regreso.

Y les pongo un último ejemplo:

Parece claro que el dueño de una ferretería no puede ser hecho responsable, ni siquiera a título culposo, de la muerte ocasionada por el cliente que le compra un martillo y lo emplea en la consumación del homicidio. Mayoritariamente, se admite que se trata de una conducta neutral que excluye la imputación objetiva en atención al criterio de la prohibición de regreso.

No obstante, ¿cuántos de entre ustedes excluiría también la imputación a título de cómplice de homicidio, si el mismo dueño de la ferretería vende el martillo cuando el cliente ingresa a su establecimiento con su víctima tomada por los cabellos, visiblemente golpeada, sangrando e implorando que no la maten?

Así pues, si se está o no ante una conducta socialmente adecuada o neutral es algo que se ha decidir, ¡que ustedes han de decidir!, caso por caso.

Por mi parte, al menos en el caso de la esposa enferma, dudo mucho que deba responder por un delito de lavado de activos, pues su conducta carece evidentemente de ese sentido delictivo propio de las conductas de lavado (ya sin incidir en la ausencia de ese elemento de tendencia consistente en la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito, elemento eliminado del tipo penal del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1106 en virtud del Decreto Legislativo n.º 1249). En el caso de la hija, seguramente, se plantearán mayores dificultades para argumentar una absolución por lavado de activos, sobre todo por el valor del regalo y lo dudoso que puede resultar la consideración de un acto cotidiano o neutral, pero debo dejar señalado que en otros ordenamientos como el español un sector de la doctrina entiende que casos como estos pueden resolverse simplemente con la aplicación de la figura del partícipe a título lucrativo, esto es, aquellos casos en los que el agente (en este caso un familiar que no ha intervenido en el delito y con desconocimiento de este) ve acrecentado su patrimonio sin contraprestación alguna, caso en el cual debe proceder a la restitución del bien.

V. CONCLUSIÓN

- a) De este modo a la pregunta de si pueden responder penalmente como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los *extranei* que participan en la *adquisición, transferencia y adjudicación* de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito cometido por el funcionario público, debo responder negativamente; no pueden ser hechos responsables del delito de enriquecimiento a título de cómplices;
- b) En segundo lugar, considero que los *extranei* solo responderán como cómplices en la medida en que su intervención, anterior o concomitante, coadyuve a la realización de las irregularidades funcionales que también configuran el injusto del delito de enriquecimiento ilícito;
- c) En tercer lugar, en la medida en que no estemos ante conductas cotidianas, y siempre que se verifiquen sus elementos objetivos y subjetivos, las conductas de *adquisición, transferencia y adjudicación* de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito podrán quedar subsumidas en el delito de lavado de activos.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN PERÚ: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

*Adán Nieto Martín**

I. APUNTE PREVIO

En el marco de la responsabilidad *ex delicto* de las personas jurídicas estamos asistiendo a un hecho sin precedentes desde el punto de vista del derecho comparado. Un proceso de influencia mutua en el que cada legislador toma en cuenta las últimas innovaciones de otros ordenamientos. Como de todos es conocido, la ley italiana del 2001, tuvo una gran incidencia en la elaboración chilena y española, y a su vez estas han tenido sin duda influencia en la regulación que se ha aprobado en el Perú. No obstante, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros casos de “influencias” legislativas, donde a menudo se copian sin más normativas de un país a otro, en esta materia estamos asistiendo a un verdadero diálogo entre legisladores. A partir de un ADN común, cada uno de ellos innova e introduce aportaciones, donde con frecuencia se recogen opiniones doctrinales y jurisprudenciales de los ordenamientos que comparten la misma carga genética. Las notas que siguen se realizan con este espíritu dialogante. Se trata de la lectura del texto peruano a partir de la experiencia existente en España o Italia, pero también de otros países de la región como Brasil o Argentina.

II. LA NATURALEZA DE LA SANCIÓN

Perú ha seguido la senda marcada por el D. Leg. 231/2001 italiano y considera que la responsabilidad en que incurren las personas jurídicas es de tipo administrativo. En ello se diferencia del CP español que habla claramente de responsabilidad penal, al igual que se hace en Chile o recientemente en Argentina. Como la experiencia italiana ha puesto de relieve no existen diferencias en la práctica en calificar las sanciones como penales o administrativas.

Ahora bien, para que esta equivalencia funcional entre sanciones de distinta naturaleza se produzcan es necesario que a ambas se investiguen en un mismo proceso, por las mismas autoridades judiciales y el ministerio fiscal. Dejar la investigación de delitos, como la corrupción internacional o el blanqueo de activos, en manos de las autoridades administrativas, con los reducidos medios de investigación que estas tienen sólo conduce a la ineficacia. En Brasil, donde en materia de corrupción se ha optado también por establecer sanciones administrativas, se ha optado por separar ambos procesos. En primer lugar, en el proceso penal se establece la responsabilidad penal individual, para a continuación, una vez establecida ésta, sancionar a la persona jurídica en un procedimiento que tiene lugar ante la autoridad administrativa en cuya administración ha tenido lugar el soborno.

Esta forma de solucionar el problema atenta contra el derecho de defensa de la persona jurídica, porque no está presente en el proceso penal, en el que tiene derecho a defenderse de lo que constituye el primer elemento que conforma su responsabilidad: el delito cometido por su agente. Pero, además de esta cuestión, la necesidad de que la responsabilidad penal de la persona individual y la responsabilidad —penal o administrativa— de la persona jurídica se diriman en el mismo proceso tiene que ver con

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad Castilla la Mancha. Consultor internacional en cumplimiento normativo del Estudio Oré Guardia.

una de las finalidades prácticas más importantes que se persiguen con la introducción de la responsabilidad *ex delicto* de las personas jurídicas: el que ambos sujetos separen sus estrategias de defensa y la persona jurídica considere que el modo mejor para articular su defensa es colaborar con la investigación. Se trata de que ésta, a cambio de incentivos —rebaja de la sanción o sobreseimiento del proceso— colabore con el fin de esclarecer los hechos y la responsabilidad de las personas implicadas, y además repare de manera rápida y completa a la víctima.

La Ley peruana establece de manera correcta que la sanción a la persona jurídica y la física se imponen en el mismo proceso. Además, el art. 12 de la Ley, muy similar al art. 31 quarter, del CP español, prescribe como circunstancias atenuantes la confesión, la colaboración y la reparación. Es decir, pretende dar una serie de incentivos para que las personas jurídicas encausadas consideren que la opción más conveniente, desde el punto de vista de la estrategia de defensa, es la cooperación. No obstante, el art. 12 de la Ley n.º 30424 limita la posibilidad de atenuación en los supuestos en que la empresa sea reincidente, la confesión o la colaboración no sea relevante en atención a los hechos que ya consten en el proceso o los casos de flagrancia. Estas limitaciones merecen una consideración dispar.

De un lado, el concepto de flagrancia apenas si es inimaginable en relación a la corrupción, pero, por otro lado, será lo más frecuente en relación al blanqueo de capitales dado el carácter de delito permanente de esta figura, por lo que interpretado estrictamente reducirá las posibilidades de cooperación. De otro lado, me parece especialmente interesante del art. 12 la necesidad de introducir cierta presión sobre las posibilidades de colaboración/confesión, en el sentido de que cuando se realizan de manera tardía y no aportan nada relevante a la investigación carecen de sentido. Este requisito en el marco de la responsabilidad de la persona jurídica tiene un significado diferente al que tiene en el marco de la responsabilidad individual. Obliga a tener programas de cumplimiento eficaces en lo relativo a la pronta detección e investigación de los hechos que ocurran en la entidad. El efectivo funcionamiento del canal de denuncias y las investigaciones internas son imprescindibles para poderse beneficiar de la atenuante. Los art. 37 y ss. de la propuesta de Reglamento establecen los criterios básicos que han de tener estos elementos reactivos de los programas de cumplimiento. Sería conveniente incluir en el reglamento, o bien en la legislación procesal, una regulación mínima de las investigaciones internas, necesarias para poder colaborar/confesar; al día de hoy estas siguen planteando numerosos interrogantes jurídicos.

III. DELITOS: ¿NUMERUS CLAUSUS O NUMERUS APERTUS?

Un aspecto que sorprende tanto de la legislación peruana, como en general de todas las que se están aprobando en Latinoamérica, es que reducen la responsabilidad de las personas jurídicas a un número muy pequeño de infracciones. En el caso de Perú se comenzó con la corrupción en las transacciones económicas internacionales. Una infracción que, a buen seguro, resulta irrelevante para la mayoría de empresas del país. Sólo aquellas que hacen negocios en el exterior y que además tengan contactos con funcionarios públicos habrían de preocuparse por la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La introducción de todo un sistema pensando solo en un delito de estas características como referencia resultaba, cuanto menos, desproporcionada.

Tras el 1 de enero de 2018, mediante la reforma operada por el D. Legislativo n.º1352 entran a formar parte de la responsabilidad de la persona jurídica el blanqueo de capitales,

la financiación del terrorismo y los delitos de cohecho, tanto el cohecho internacional como las modalidades internas. Esta ampliación, tiene sin duda una importancia trascendental, ya que son más las empresas que pueden verse afectadas por la responsabilidad penal. La reciente Ley argentina 27.401 de noviembre del 2017, sin abandonar la corrupción como marco de referencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ha incluido de manera acertada el delito de falsedad en los balances. Esta inclusión me parece sumamente útil. En Estados Unidos la FCPA demuestra la gran importancia que tienen las denominadas previsiones contables en la lucha contra la corrupción, como ya ocurrió, por otro lado, en la Italia de “manos limpias”, donde el *falso in bilancio* constituyó el tipo penal estrella de los procesos penales. El delito de cohecho es difícil de probar, sobre todo cuando, como ocurre en la mayoría de los países de Latinoamérica, el cohecho sigue anclado a la imagen sinalagmática o *quid pro quo* del cohecho propio. La existencia de manipulaciones en la contabilidad con el fin de esconder los pagos ilícitos es una infracción mucho más sencilla de probar, que puede servir como tipo de recogida. En cualquier caso, debería reflexionarse en serio, en la mayoría de los países de la región, acerca de la necesidad de convertir en el tipo básico de los delitos de cohecho la mera entrega de una ventaja ilícita al funcionario público en atención a su cargo, sin tener que demostrar la exigencia de una contraprestación concreta por parte del funcionario público. En estos momentos en Chile se está discutiendo una reforma que camina en este sentido.

Pese a la ampliación en el número de delitos, continúa siendo un tanto sorprendente crear un sistema de responsabilidad *ad hoc* para un número tan reducido de infracciones. Establecer toda la infraestructura que conlleva implantar un programa de cumplimiento puede verse como demasiado oneroso y desproporcionado. Por esta razón, sería conveniente que en Perú se subrayara especialmente que, más allá de su relación con el derecho penal, los programas de cumplimiento mejoran la gestión empresarial y crean valor de empresa.

IV. PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES

El número de personas jurídicas que pueden ser hechas responsables es muy amplio. Incluye a las empresas del Estado, y también a cualquier tipo de asociación o ente con personalidad jurídica, lo que incluye a partidos políticos y sindicatos. Esta inclusión carecía de sentido cuando el único delito que se perseguía era la corrupción internacional, pero ahora con la inclusión del blanqueo de capitales y la corrupción, desde luego que las posibilidades de que un partido político sea sancionado no son irrelevantes. En España, tras las reformas del CP de 2012 y la Ley de partidos políticos del 2015, los partidos políticos tienen la obligación de contar con un programa de cumplimiento conforme al CP.

La propuesta de Reglamento publicada recientemente aborda, lo que resulta una absoluta novedad en el derecho comparado, la problemática de las pequeñas y medianas empresas, que constituye la base del tejido empresarial. El art. 3 del Reglamento distingue entre cuatro tipos de empresas (grandes, medianas, pequeñas y micro) y lo hace con el fin de establecer distintos requisitos en la conformación de los programas de cumplimiento normativo. En los arts. 43 y ss. establece una serie de indicaciones relativas a los programas de cumplimiento en pequeñas empresas, donde lo esencial es haber realizado un análisis de riesgos y una priorización de los mismos conforme a lo que se establece en el art. 17.2. Esta identificación del programa de cumplimiento, en su expresión mínima, con el análisis de riesgos resulta adecuada. Una pequeña empresa que a la vista de su nivel de riesgos decide tener un modelo de prevención pequeño, a la medida de sus

riesgos, no debiera ser sancionada cuando aparecen hechos delictivos que no resulta razonable prevenir, en atención a los costos que ello conlleva.

V. LAS TRANSFORMACIONES Y SU REPERCUSIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

El art. 2 de la Ley n.º 30424 contiene otra novedad de gran importancia desde el punto de vista del derecho comparado a la hora de regular la transmisión de responsabilidad en los casos de transformaciones de la persona jurídica. Su regulación, además, ha sido substancialmente mejorada por el Decreto n.º 1352, que contiene tres aspectos de gran interés. El primero es que en casos de fusión o escisión la nueva entidad resultante solo resulta responsable de manera proporcional al patrimonio transferido. La segunda novedad es que reduzca las sanciones a imponer a la multa. Esta limitación resulta razonable. La escisión y la fusión traerán consigo que la aparición de un nuevo equipo gestor, del que hay que presuponer que cuente con una cultura de la legalidad suficiente. Por esta razón no hay lugar a imponer sanciones fundamentalmente inocuizadoras, como las inhabilitaciones (art. 5 b) de la Ley) que persiguen conjurar riesgos delictivos y mucho menos otras como la disolución (vid. infra).

La tercera novedad introducida en el art. 2 por el Decreto n.º 1352 es, a mi juicio, la más importante desde el punto de vista del derecho comparado. Y es la admisión de la *due diligence* como causa de exclusión de la responsabilidad de la nueva entidad. Esta previsión no existe en el derecho español, tampoco en Italia, donde pese a que se haya realizado un correcto examen de la entidad con la que va a realizarse la fusión o la adquisición ello no implica la exención de la responsabilidad penal. A mi juicio, los principios del Derecho penal no exigen tener en cuenta la diligencia debida como causa de exclusión de la responsabilidad penal. A la nueva entidad no se le está haciendo ningún reproche, sino simplemente se la hace responsable del pago de una obligación que tenía la empresa antes de ser adquirida y, por tanto, no diferente a cualquier otra deuda. Más aunque no sea una obligación, esta previsión incrementa aún más el incentivo para incluir la perspectiva penal en los análisis de *due diligence* en casos de adquisiciones y fusiones. Lo que conlleva, además, que la empresa que no cuente con programas de cumplimiento verá reducido su valor de mercado, en cuanto que lógicamente su comprador reducirá el precio en función del riesgo penal que entraña su compra.

VI. EL MODELO DE IMPUTACIÓN Y LA FUNCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La regulación peruana sigue en lo substancial el modelo de atribución de responsabilidad existente en Italia o España, aunque como después se indicará que lo siga en lo substancial no quiere decir que sea idéntico. Existen algunas divergencias importantes. En cualquier caso se sigue el núcleo del modelo de imputación, un modelo mixto, que implica que la imposición de la sanción a la persona jurídica consta de dos fases: la primera de ellas exige constatar el delito realizado por la persona física; en la segunda, la valoración del programa de cumplimiento de la empresa. Vayamos, pues, por partes.

6.1. El delito cometido por la persona física

a. Las personas que dan lugar a responsabilidad. Especial mención a los grupos de sociedades.

La ley establece, en primer término, que dan lugar a responsabilidad los delitos cometidos

por "socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias". La enumeración puede ser confusa y dar lugar a numerosas dudas interpretativas, por ejemplo, a la hora de determinar la responsabilidad de directores o socios, o constatar que la mención de apoderados de empresas filiales no es del todo clara. En cualquier caso, estas imprecisiones no tienen gran relevancia práctica. Como después se expondrá, a diferencia de lo que ocurre en España o Italia, donde existen dos modelos de imputación diferentes para altos directivos y subordinados, la ley peruana consagra un único modelo de imputación.

Del art. 3, resulta especialmente interesante la forma en la que aborda la cuestión de los grupos de sociedades. En primer lugar, y a estos efectos resulta importante, la mención a los administradores de hecho, pues permite afrontar algunos de los supuestos más relevantes cometidos en grupos de empresas: aquellos en que la infracción se comete por un agente de la matriz, pero comprometiendo principalmente a la filial (por ejemplo, el agente de la matriz paga un soborno para que una filial se haga con una contratación público). El agente de la matriz o sus superiores puede ser considerado en la mayoría de los casos un administrador de hecho de la filial. De este modo, su actuación provoca conjuntamente la responsabilidad de ambas sociedades, matriz y filial, en cuanto que ambas se habrán beneficiado del contrato.

Como muestra este ejemplo, en el caso de los grupos de sociedades, si el Derecho penal quiere tener efectos preventivos debe buscar la responsabilidad de la matriz por los hechos cometidos por la filial. De otro modo, la creación de estas sociedades no sólo servirá para desplazar un riesgo comercial o patrimonial, sino también penal. Si la matriz es responsable, la multa se calcula conforme a su patrimonio, con independencia de que como persona jurídica independiente también sea sancionada la filial. A estos efectos un acierto del legislador peruano ha sido indicar expresamente que: "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 primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento".

No obstante, hubiera sido conveniente que, además de los casos de ordenes/autorización/consentimiento, también se hubieran incluido los supuestos de tolerancia y sobre todo de ausencia de supervisión. De este modo, se hubiera establecido legalmente que las empresas matrices tienen un deber de garantía de impedir los comportamientos delictivos de sus filiales. En términos de cumplimiento, ello supone a su vez que los programas de cumplimiento deben ser programas de grupo y no atomizados en las diversas personas jurídicas que integran el grupo. El potencial de control de la matriz sobre los directivos y los administradores de las empresas filiales es una circunstancia fáctica que la construcción de programas de cumplimiento debe aprovechar para tener modelos de prevención más eficaces.

El art. 3 de la Ley señala que, además de los administradores y altos directivos, pueden dar lugar a responsabilidad de la persona jurídica la actuación de personas sometidas a su autoridad y control. Al igual que ocurre en el CP español, dados los términos escogidos por el art. 3 ("autoridad y control"), lo decisivo no es la existencia de una relación laboral con el principal, sino un criterio material como estar sujeto a su autoridad y control, que ha de entenderse circunscrita a la actividad que la persona realiza para la entidad. De este modo, por ejemplo, los trabajadores puestos a disposición de una empresa de trabajo temporal pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. Más dudoso es el

caso del abogado externo que representa a la persona jurídica en una determinada negociación. En este caso, lejos de dar soluciones *apriori*, hay que examinar si se dan los criterios materiales de autoridad y control.

Constatado este primer requisito, la persona jurídica puede responder en dos situaciones. La primera, es que su comportamiento sea consecuencia de una orden o autorización del superior, la segunda situación es que el comportamiento del subordinado se deba a una falta de supervisión del superior. En realidad, la primera posibilidad no describe sino una situación de coautoría o complicidad entre el superior y el subordinado. Mientras que la segunda, la ausencia de supervisión, debe considerarse como una reiteración de la exigente consistente en no contar con un programa de cumplimiento eficaz. La forma que tiene los superiores de supervisar el comportamiento de los subordinados es precisamente la implantación de un programa de cumplimiento. El precepto no puede estar pensando en una supervisión personal, la cual solo sería operativa y real en pequeñas empresas, pero no en grandes empresas donde es imposible pensar que los altos directivos supervisen directamente a todos sus subordinados. La falta de supervisión no añade por tanto ningún requisito de imputación ulterior a la existencia de un programa de cumplimiento eficaz.

b. En beneficio directo o indirecto

El comportamiento del subordinado necesita haber sido realizado en el ejercicio de sus atribuciones y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Al igual que ocurre en el CP español, la expresión “en beneficio” plantea la duda de si ha de interpretarse de manera objetiva o subjetiva. En este último caso habría que constatar en el autor individual, además del dolo, un elemento subjetivo del injusto específico al cometer la infracción que es su intención de beneficiar a la persona jurídica. Considero, sin embargo, preferible una interpretación objetiva de acuerdo con la cual lo relevante es si el comportamiento emprendido por el autor resulta idóneo para beneficiar a la entidad con independencia de cuál haya sido el propósito del autor.

La interpretación de que ha de considerarse un beneficio indirecto plantea notables dificultades. Así, por ejemplo, en el marco de la legislación española donde por ejemplo se establece la responsabilidad de la persona jurídica en el caso del tráfico de drogas, la Fiscalía General del Estado opina que cuando un empleado de un establecimiento abierto al público vende droga, éste recibe un beneficio indirecto por la mayor afluencia de clientes. Esta interpretación es a todas luces excesivamente amplia. Teniendo en cuenta los delitos que dan lugar a responsabilidad de la persona jurídica en Perú, el supuesto más habitual donde se planté el beneficio indirecto será el lavado de dinero a través de una entidad, realizado por el empleado, pero sin ánimo de ocasionar un beneficio a la persona jurídica. Sería fácil de argumentar en este caso que la empresa recibe un beneficio directo por el sólo hecho de haber tenido los “fondos blanqueados” a su disposición; imaginen que se trata de una entidad bancaria. Entiendo que, en estos casos, puede existir un beneficio indirecto únicamente si el lavado de dinero se debe a que la empresa ha decidido ahorrar costes no implantando un programa de prevención del lavado de activos. Se trata de un supuesto similar a lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de medio ambiente, donde se entiende que existe beneficio indirecto simplemente por el ahorro de costes en la implantación de medidas de prevención medioambientales. De este modo, si el programa de cumplimiento está correctamente implantando no puede hablarse de beneficio indirecto, en estos casos. Esta conclusión resulta lógica, pues si la existencia de medidas de prevención no da lugar a la responsabilidad del ente cuando existe un beneficio directo para la empresa, *ad maiorem* no puede haber responsabilidad

en el caso de que sólo exista un beneficio indirecto. En cualquier caso, estas reflexiones muestran lo inadecuado de este criterio del beneficio indirecto. Lo relevante para la responsabilidad de la persona jurídica no es tanto el beneficio, sino si el delito procede de una actividad (el blanqueo de capitales) que está obligada a prevenir.

c. La relación entre la responsabilidad de la persona jurídica y la física

La legislación peruana sigue, como es la tónica general en el derecho comparado, la pauta de acumular la responsabilidad de la persona física y la jurídica, y además considerando que determinadas medidas que excluyen la responsabilidad de la persona física no afectan a la de la jurídica (art. 4). La existencia de una responsabilidad independiente se reduce por tanto a las causas que extingue la acción penal: muerte, perdón, indulto, prescripción. A diferencia de lo que ocurre en España, los plazos de prescripción de persona física y jurídica pueden ser diversos, la regulación peruana aclara que han de seguirse los plazos que determinan la prescripción de la acción de la persona física. A mi juicio, la legislación peruana es en este punto demasiado generosa. La existencia, por ejemplo, de un error de prohibición en la persona física o de una situación de inimputabilidad no debiera beneficiar a la persona jurídica. Antes, al contrario, la aparición de estas causas de exclusión de la responsabilidad en el autor individual muestran con frecuencia un defecto de organización; por ejemplo, alguien sin los conocimientos jurídicos necesarios ha sido puesto al frente de una operación muy compleja.

Un aspecto igualmente criticable en la legislación peruana es que no contempla aquellas situaciones en que no ha podido identificarse a la persona natural responsable del delito. Lo que resulta útil sobre todo en supuestos de delitos imprudentes (que por ahora quedan al margen de la responsabilidad), pero también, aunque de manera más excepcional, en dolosos. Piensen, por ejemplo, que se constata la existencia de una operación de blanqueo, pero no se logra determinar con exactitud quién es el responsable individual.

6.2. El delito cometido por la persona jurídica: la carga de la prueba y la actuación de la Superintendencia

La existencia de un delito cometido por la persona física no es suficiente para establecer la responsabilidad de la jurídica, es preciso constatar además que ésta tiene un defecto de organización consistente en no haber adoptado medidas destinadas a su prevención. Se trata de la infracción propia de la persona jurídica, por lo que la Ley peruana consagra claramente un modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad propia.

En España la principal discusión sobre este asunto, al menos hasta el momento, ha tenido carácter procesal: ¿a quién corresponde demostrar la existencia de un programa de cumplimiento eficaz a la acusación o a la defensa? En la jurisprudencia, de manera equivocada, el debate dogmático entorno a la función de los programas de cumplimiento y su anclaje dentro de la teoría jurídica del delito se ha visto condicionado por el problema procesal de la carga de la prueba. El TS ha zanjado esta polémica señalando que la falta de eficacia del programa de cumplimiento debe ser probada por la acusación, pues así se desprende de los principios básicos del Derecho penal y en especial de la presunción de inocencia. Aunque en la ley peruana haya sido conformada como una eximente, lo que podría sugerir una inversión de la carga de la prueba, cabe mantener la misma opción que mantiene la jurisprudencia española.

De hecho, la regulación procesal peruana impone a los fiscales la realización de actuaciones ex officio destinadas a demostrar la eficacia del programa y estos tienen el deber de archivar el procedimiento cuando consideren que éste resulta eficaz. En este

punto, sin duda se encuentra, a mi juicio, el aspecto más polémico de la regulación, el art. 18 de la Ley por el que el Fiscal queda vinculado al informe realizado por la Superintendencia, debiendo archivar el procedimiento si éste organismo considera que el modelo de organización es eficaz. Desde el punto de vista del derecho español, la vinculación del fiscal a un organismo administrativo resulta muy discutible. El art. 18 deja en manos de la superintendencia la apertura del proceso penal y además sin control judicial posible. Esta subordinación carece de lógica, pues deja la apertura del proceso en manos de un órgano administrativo. Seguramente el legislador buscaba una suerte de informe pericial técnica sobre la eficacia del modelo de organización, pero ha dado a la opinión técnica un valor determinante. Además, la Superintendencia del Mercado de Valores puede ser competente para los programas que tengan que ver con el *insider trading* o la manipulación de mercado, ¿pero cuál es su competencia en materia de medidas de prevención de la corrupción o del mercado de valores?

El proyecto de Reglamento dedica varios artículos para regular la actividad de la Superintendencia en esta materia (Art. 46 ss.), pero no despeja los problemas anteriores. Es más, de algún modo los agrava. El informe de la Superintendencia es vinculante cuando considere que el programa de cumplimiento es eficaz, pero no lo es cuando considere que no es idóneo. Aunque lógicamente en estos casos el Fiscal y el tribunal en el momento del juicio oral pueden llegar a la conclusión contraria, lo cierto es que el informe negativo de la superintendencia supone que la persona jurídica comienza a jugar con una gran desventaja en el proceso penal. Dicho de otro modo, en realidad la intervención de la Superintendencia dando luz verde al proceso penal invierte la carga de la prueba y predetermina la responsabilidad de la persona jurídica. El proyecto de Reglamento obliga, además, a la empresa a colaborar con su propia incriminación teniendo que suministrar información, dejar que se interroge a cualquier empleado, permitir las inspecciones etc. (art. 47 del Reglamento).

6.3. Los programas de cumplimiento y su regulación

El art. 17 de la Ley regula la estructura de los programas de cumplimiento estableciendo sus elementos básicos, y lo hace a mi juicio de una manera más clara que el legislador español o el italiano. Recientemente se ha dado a conocer el Proyecto de Reglamento que desarrolla la estructura de los programas de cumplimiento. Esta norma proporcionará sin duda una mayor seguridad jurídica. Si bien la regulación que propone la propuesta de reglamento es demasiado prolija, por ejemplo, en lo tocante al análisis de riesgos, y con contenidos no siempre fáciles de evaluar.

A mi juicio, existen vías alternativas más eficientes de desarrollar el cumplimiento normativo. De un lado, en relación a delitos como el blanqueo de capitales es la propia normativa antiblanqueo la que ya establece los requisitos básicos. De otro, debe buscarse una regulación más flexible y que permita una mayor evolución. Una estrategia muy apropiada es el fomento de acciones colectivas entre empresas de un mismo sector y con una misma problemática, con el fin de estandarizar medidas de cumplimiento comunes. Se ha demostrado que estas acciones colectivas dan buenos frutos cuando en ella interviene la administración pública más relacionada con el marco regulatorio de las empresa que participan en ellas, y además toman parte en la acción las empresas líderes del sector. Demasiada regulación no sirve en un marco donde precisamente lo que debemos aprovechar son las ventajas y la flexibilidad de la autorregulación.

6.4. Programas de cumplimiento y relación con el hecho cometido: la elusión (art.17.4)

Una de las principales diferencias del sistema peruano con el español y el italiano es que no establece ninguna diferencia en aquellos casos en que el delito sea cometido por un administrador o alto dirigente y un subordinado. El modelo original italiano, al igual que el español, es más exigente para exculpar a la persona jurídica cuando el delito lo comete una persona que se encuentra en el top de la organización. De un lado, exige, que en relación a los superiores los modelos de organización, se doten de un elemento más: el denominado órgano de vigilancia; de otro, se exige que para exculpar al superior este tiene que haber eludido fraudulentamente una medida de control. La doctrina y la jurisprudencia han determinado que la elusión fraudulenta consiste en que, para probar la eficacia del programa de cumplimiento, habrá de demostrarse que en el caso concreto el autor ha realizado una actividad adicional a la de la comisión del hecho delictivo con el fin de eludir, sortear, el control que establece el programa de cumplimiento. Para que el programa de cumplimiento se considere eficaz y despliegue todos sus efectos eximentes la actividad adicional, debe suponer un entorpecimiento notable al plan delictivo del autor

Pues bien, como se desprende del art. 17.4, la elusión fraudulenta en el sistema peruano es un requisito para ambos tipos de autores, dirigentes y subordinados. Se hace difícil explicar cuál es la función de este precepto. Del tenor literal del art. 17 parece desprenderse que hay dos formas de conseguir la exención; la primera, la implantación de un modelo de prevención efectivo, la segunda, la implementación del modelo más la elusión fraudulenta del control. Esta interpretación literal del art. 17.4 carece de sentido, pues supondría comprobar un elemento, la elusión fraudulenta, que ya nada añade a la implementación correcta del modelo. Una interpretación alternativa, y que dotaría de sentido al art. 17.4, sería que en aquellos supuestos en que se evidencie que el autor del delito ha tenido que esquivar, “regatear”, un control determinado, el programa de cumplimiento debe considerarse correctamente implantado. La elusión fraudulenta operaría como una presunción de la eficacia del modelo.

En realidad, con ello se abrirían dos formas distintas y alternativas de averiguar la eficacia del modelo. La primera y más sencilla, es demostrar que éste ha funcionado *ex post* en el caso concreto, entorpeciendo la realización del hecho (art. 17.4). La segunda, más complicada, cuando esto no fuera posible, que el programa de cumplimiento había sido debidamente implantado, aunque en el caso concreto no había podido demostrarse su eficacia. Y es que bien puede suceder en la práctica que un programa correctamente diseñado no funcione ante el hecho concreto, porque, por ejemplo, ha existido un fallo de ejecución en el caso concreto. Impedir que la empresa no pueda beneficiarse del esfuerzo preventivo realizado, por el fallo, por ejemplo, de la persona encargada de activar un determinado control, resulta desproporcionado, aunque en este caso pudiera aplicarse una atenuación.

VII. EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

Uno de los puntos más complejos en la confección de programas de cumplimiento es diseñar los controles destinados a aquellas personas que tienen mayor poder dentro de la entidad. No es creíble que un subordinado, como es el responsable de cumplimiento, pueda ser capaz de supervisar la actividad del director general. Por ello, en el sistema italiano y español se establece la necesidad de crear un organismo de vigilancia. Se trata de una configuración del órgano de cumplimiento bicéfala. Por una parte, está el oficial

de cumplimiento y, por otra, el organismo de vigilancia. El oficial u oficiales de cumplimiento son en realidad delegados de cumplimiento, que ejercen esta tarea como consecuencia de la delegación del consejo de administración, a quien le compete originariamente la tarea. Por el contrario, la comisión de vigilancia es un órgano independiente del consejo, cuya tarea principal es supervisar si especialmente los controles que afectan a los que tienen más poder son eficaces y proponer mejoras. En las empresas cotizadas, la comisión de auditoría puede realizar estas funciones, aunque a mi juicio con esta elección el sistema ideado pierde parte de su sentido.

La norma peruana optó, en su primera redacción, porque fuera la comisión de auditoría quien eligiera al oficial de cumplimiento. Ello tiene la ventaja de que economiza y reduce gastos. Si la comisión es independiente y efectivamente actúa como un contrapoder dentro de los órganos de la sociedad puede tener sentido y generar un control eficaz. Además, se remarcaba la autonomía en el ejercicio de sus funciones. El problema es que probablemente solo existe comisión de auditoría en las sociedades cotizadas. Por esta razón, quizás, la reforma posterior operada por el Decreto n.º 1352 introdujo un cambio importante en este punto: al oficial de cumplimiento lo nombra el órgano de administración, y en las pequeñas empresas el órgano de administración puede realizar esta función.

Se trata desde luego de una posibilidad válida para el cumplimiento de subordinados, pero cuando se adopta se debe ser consciente de que no existe un sistema de cumplimiento eficaz para los miembros del consejo de administración y alta dirección. No es creíble que un subordinado supervise a su superior. Al igual que ocurre con el Estado, el sistema de cumplimiento solo es eficaz si descansa en una división de poderes independientes dentro de la entidad. Incomprendiblemente, a mi juicio, el proyecto de Reglamento no incide sobre este aspecto que representa uno de los aspectos más delicados del cumplimiento normativo.

VIII. CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA DE SANCIONES

En el sistema español las sanciones que pueden imponerse a la persona jurídica se dividen en dos bloques. De un lado, la multa tiene un fin preventivo general y se impone siempre. De otro, el resto de sanciones: inhabilitaciones, clausura locales, disolución. Este segundo grupo no tiene una finalidad preventivo general, sino innocuizadora. Su objetivo es impedir la reiteración delictiva de la empresa. Por eso no pueden imponerse si no hay peligro de reincidencia. La normativa peruana no sigue esta directriz de política criminal. Las sanciones inhabilitadoras tienen una clara finalidad preventivo general, similar a la multa, lo que se demuestra en el modo en que se determina su extensión.

Una forma de mitigar las durísimas consecuencias que tiene esta elección, que puede terminar con la vida de muchas empresas, es hacer un uso generoso y no excepcional, como dice el texto, de la posibilidad de suspensión (art. 16.1). Otra sería la invocación directa del principio de proporcionalidad. Las sanciones inhabilitadoras del art 5 b) de la Ley tienen solo tienen sentido cuando la empresa es potencialmente peligrosa y se aprecia un riesgo de reiteración delictiva. No constatado este riesgo, su imposición resulta desproporcionada. A estos efectos, puede ser singularmente importante la implantación de un programa de cumplimiento en la entidad una vez que se ha cometido el delito, durante la fase de la investigación de la infracción. Su implantación no sólo conseguiría que a la empresa se le aplicará la circunstancia atenuante prevista en el art. 12, sino también esquivar las temibles medidas del art. 5 b) o en su caso conseguir la suspensión de la sanción. Esta interpretación daría grandes alicientes a las personas jurídicas que no

han tenido interés alguno en la implantación de un programa de cumplimiento antes de la comisión del hecho delictivo. Su continuidad como empresa, ante la amenaza de sanciones interdictivas, dependería de que se constate una profunda modificación de su cultura empresarial a través del modelo de organización.

EMPRESA Y LEY PENAL: APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA PENAL EN EL PERÚ

*Cecilia Madrid Valerio**
*Walter Palomino Ramírez***

I. APUNTE PREVIO

Las empresas tienen razones de diversa índole, y todas muy importantes, para apartarse de escenarios donde su imagen, reputación y rentabilidad futura puedan verse seriamente afectadas. Su adecuada marcha entonces estará asociada a la detección y gestión de los diversos riesgos que pueden provocar un impacto negativo en la organización e incidir en la consecución de objetivos o, incluso, en la supervivencia misma de la empresa.

Así vista, la gestión de riesgos tiene un rol fundamental en la empresa, razón por la cual no debe reducirse al plano puramente económico ¹, sino que debe abarcar los riesgos derivados del incumplimiento de la normativa legal (civil, administrativa, tributaria, laboral, del mercado de valores etc.), sobre todo los asociados a la inobservancia de normas de naturaleza penal, que se distinguen por la especial gravedad de sus consecuencias: multas, suspensión de actividades, prohibición definitiva de contratar con el Estado, cancelación de licencias, clausura de locales e, incluso, la disolución de la empresa.

En ese contexto, la implementación de mecanismos integrales que identifiquen los riesgos a los que la organización se encuentra expuesta en el ejercicio de sus actividades, aparece como un instrumento adecuado para evitar o mitigar la responsabilidad legal y los costos reputacionales y/o económicos que pueden proceder de la inadecuada organización de la empresa, al mostrar (y probar) que esta tiene una cultura corporativa orientada al respeto de la legalidad y los derechos fundamentales.

La creación de valor para la corporación, a través de estos mecanismos de prevención, no se logrará con una implementación formal, sino que será esencial un cambio de visión en la gestión de la empresa, en el que se priorice el fomento de una cultura de cumplimiento y se ejecuten acciones concretas para prevenir y detectar situaciones legales adversas.

* Abogada del Estudio Oré Guardia. Estudios de Maestría en Derecho Penal (PUCP). Especialista en *Compliance* (AENOR). Especialista en *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas (UP) Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (UCLM). Certificación AMLCA (FIBA – FIU). Integrante del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP). Mail: cmadrid@oreguardia.com.pe

** Abogado del Estudio Oré Guardia. Magíster en Derecho Penal (PUCP). Especialista en *Compliance* (AENOR). Especialista en *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas (UP) Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (UCLM). Certificación AMLCA (FIBA – FIU). Estudios de Doctorado en Derecho (UNMSM). Profesor de Derecho Penal Económico. Integrante del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP). Mail: wpalomino@oreguardia.com.pe.

¹ REAÑO PESCHIERA, José. “La utilidad de los programas de *criminal compliance* para las empresas que operan en Perú”, p. 143. Recuperado de internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15589/16038> (Consulta: 14 de junio de 2018)

Para esto, el compromiso de la Alta Dirección y las concretas circunstancias de la empresa, serán aspectos clave.

En ese sentido, a continuación, realizaremos un mapeo de las diversas normas e iniciativas estatales generadas en nuestro país con el objeto de promover la implementación de programas de prevención en materia penal, tanto a nivel de empresas privadas como públicas. Partiremos entonces por entender qué significa *compliance*, para luego realizar un recuento cronológico de las iniciativas estatales que se han ido dando en materia de prevención y finalizaremos con lo que necesitamos para implementar un modelo de prevención.

II. ¿QUÉ ES COMPLIANCE?

Según la Norma ISO 19600, COMPLIANCE es el resultado de que una organización cumpla con todas sus obligaciones legales y compromisos asumidos de forma voluntaria (diversos estándares de buen gobierno corporativo, de comportamiento ético, entre otros)². El *compliance* es multidisciplinario y está diseñado para prever, mitigar y gestionar los diferentes riesgos de un negocio, según su naturaleza, necesidades y características.

En ese sentido, el cumplimiento normativo penal se encuentra enfocado en la mitigación de los riesgos legales que se derivan del incumplimiento de la normativa penal y que podría conducir a que se impongan sanciones penales o administrativas a las empresas, según se establece en la Ley n° 30424 y en importantes normas extranjeras que se caracterizan por ser de aplicación transfronteriza: *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), *United Kingdom Bribery Act* (UK Bribery Act), *Corruption of Foreign Public Officials Act* (CFPOA).

Siendo esto así, no le falta razón a Nieto Martín cuando sostiene que “*Los programas de cumplimiento constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones*”³.

En otras palabras, a las empresas que cuenten, al momento de la comisión de un delito, con medidas eficaces de prevención y detección de delitos se les eximirá de responsabilidad. En cambio, la adopción de dichas medidas con posterioridad al hecho delictivo, conducirá solamente a la imposición de sanciones atenuadas. Es evidente, conforme se encuentra regulado en la Ley n° 30424 y en el Decreto Legislativo n° 1352, que el legislador peruano privilegia la oportuna implementación de programas de cumplimiento.

Lógicamente, si una empresa no cuenta con programas de cumplimiento se encontrará expuesta a la imposición de durísimas sanciones. Lo que, a decir de Nieto Martín,

² 3.17, 316, 3.15 y 3.14 de la Norma ISO 19600.

³ NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, p. 181. Recuperado de internet: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf (Consulta: 14 de junio de 2018)

conllevará a que vea “*reducido su valor de mercado, en cuanto que lógicamente su comprador reducirá el precio en función del riesgo penal que entraña su compra*”⁴.

III. ¿POR QUÉ UNA EMPRESA NECESITA UN COMPLIANCE EN MATERIA PENAL?

En nuestro país no existe un deber general legalmente impuesto de implementar un sistema de cumplimiento normativo al interior de la empresa. En principio, cada negocio puede elegir entre establecer medidas internas para prevenir probables infracciones legales en el desarrollo de sus actividades o, en su defecto, asumir los eventuales riesgos de la comisión de dichas infracciones.

Sin embargo, en los últimos quince años, en ciertos sectores de la industria peruana, se han impuesto obligaciones de prevención, como ocurre por ejemplo en el sector bancario, la bolsa de valores y los sujetos obligados en temas de prevención de lavado de activos, que desarrollaron modelos de programas de cumplimiento, procesos de debida diligencia, obligaciones de reporte de operaciones sospechosas, entre otros mecanismos de prevención, pero que no llegaron a tener alcance general.

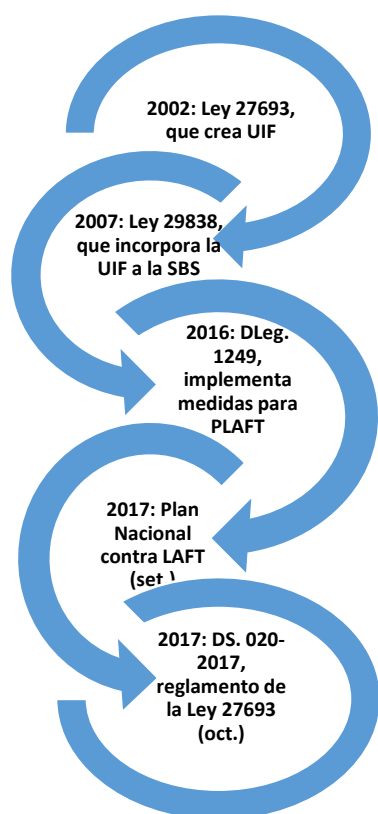
Probablemente, uno de los puntos de partida de estos mecanismos fueron los Principios del Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas que propuso la CONASEV en el año 2002, cuyo cumplimiento obligatorio se impuso en el año 2004, cuando se estableció que los actores del mercado de valores debían incorporar un detalle sobre el cumplimiento de esos principios en la memoria anual. Luego en el año 2013, se publicó el Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas, como una guía de buenas prácticas para las sociedades anónimas peruanas que cotizan en bolsa, cuya observancia obligatoria se impuso recién en junio 2014.

Asimismo, en materia de lavado de activos, en el año 2002 se creó la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF)⁵, mediante la Ley n.º 27693, como organismo clave del Sistema Anti Lavado y Contra el Financiamiento del Terrorismo que terminó de configurarse con el Decreto Supremo n.º 0018-2006.

⁴ NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: Consideraciones desde una perspectiva comparada”, p. 4. Recuperado de internet: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Ad%C3%A1n-Nieto,-LA-RESPONSABILIDAD-PENAL-DE-LAS-PERSONAS-JUR%C3%8DDICAS-EN-PER%C3%9A.pdf> (Consulta: 14 de junio de 2018)

⁵ La UIF-Perú es la Unidad Especializada de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo; así como, coadyuvar a la implementación por parte de los Sujetos Obligados del Sistema Nacional Antilavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo para detectar Operaciones Sospechosas de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Gráfico 1: Sistema de prevención contra LAFT



En nuestro país, la Prevención del Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo (PLAFT) han tenido su propia evolución, en la que se impusieron obligaciones en materia de cumplimiento desde el año 2002.

Empero, es recién en el año 2007, que estas políticas tuvieron mayor incidencia, al punto de formar un sistema de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, cuando la UIF fuese incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, mediante Ley N° 29038 del 12 de junio del 2007.

Aun cuando estas disposiciones afectan particularmente a ciertos sujetos obligados, lo cierto es que esta lista viene siendo ampliada en los últimos años. Y por tal motivo, en estos casos, las exigencias de prevención y las características de un sistema de PLAFT deberá integrarse al sistema de prevención establecido en la Ley n.º 30424.

El lavado de activos no es el único foco de riesgo para una empresa, pues tras la comisión de un hecho delictivo en el ámbito de las actividades de las personas jurídicas, nuestra legislación penal prevé la posibilidad de que al ente corporativo se le pueda imponer un conjunto de medidas si su organización coadyuvó de alguna manera a la comisión del mismo, por no implementar controles razonables para que ello no ocurra.

Estas sanciones eran accesorias a la sanción penal de la persona natural⁶, hasta que el 21 de abril de 2016, se publicó la Ley n.º 30424, que estableció la posibilidad de que un Juez penal pueda sancionar “administrativamente”⁷, y de manera autónoma, a las personas

⁶ Tanto en el Código Penal (art. 15 CP) como en ciertas leyes penales especiales (Dec. Leg. 1106, Dec. Leg. 813, Dec. Leg. 1111, Dec. Leg. 1122 y Ley 30077), se establece que, a las personas jurídicas que sirvieron para *realizar, favorecer o encubrir la comisión de delitos*, siempre que exista el riesgo objetivo de que en el futuro se cometan más hechos de esa misma naturaleza, se les impondrán determinadas medidas que son conocidas como consecuencias accesorias. Dichas medidas pueden consistir en: la clausura temporal o definitiva de los locales de la empresa, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar en el futuro aquellas actividades en las que se cometió, favoreció o encubrió el delito e, incluso, la disolución y liquidación de la empresa. En el año 2017, se incorporó la multa como una consecuencia accesoria más, vía la modificación del artículo 105 del Código Penal, mediante la emisión del Decreto Legislativo n.º 1351.

⁷ Cabe destacar que, más allá de la denominación que la norma utiliza para evitar el efecto estigmatizante que significa una sanción penal en el ámbito empresarial, lo cierto es que un sector de opinión pone en duda la naturaleza administrativa de estas sanciones, en la medida que son impuestas por un Juez penal, dentro de un proceso penal y en base a un argumento que justifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir del defecto de organización de la empresa.

jurídicas cuando las personas naturales vinculadas a ella cometan el delito de cohecho activo transnacional, actuando en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio; no habiendo, la persona jurídica, ejercido los debidos controles para prevenirlo⁸.

No obstante ello, el mismo precepto legal, de manera coherente, establece por primera vez, normativamente, que la persona jurídica podrá ser exonerada de responsabilidad o atenuar su pena cuando haya implementado con anterioridad o posterioridad un modelo de prevención penal, respectivamente. Razón por la cual, se determinan ciertos requisitos que estos sistemas de cumplimiento deben respetar para que puedan tener tales efectos.

La implementación de un sistema preventivo en las empresas cobra mayor importancia con las recientes modificaciones legislativas introducidas con el Decreto Legislativo n.º 1352 del 07 de enero del 2017, que amplía los alcances de la Ley n.º 30424 al incluir los delitos de cohecho (cohecho activo genérico y cohecho activo específico), lavado de activos y financiación del terrorismo. Plasmándose la tendencia legislativa que existe a nivel comparado de ampliar el catálogo de delitos por los cuales una persona jurídica puede ser sancionada de manera autónoma.

Esta norma entró en vigencia el 01 de enero de este año, con lo cual la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por un delito cometido en el ámbito de sus actividades ya es una realidad, es por ello, que el 27 de febrero de 2018, se ha publicado el Proyecto de Reglamento de la Ley n.º 30424, que pone especial énfasis en desarrollar todos los elementos imprescindibles que debe tener un sistema de prevención, a fin de exonerar de responsabilidad o atenuar la pena de la persona jurídica.

Este reglamento sigue muchos de los estándares internacionales fijados en la ISO 19600, ISO 31000 y la ISO 37001, que también han sido aprobados en estos últimos años (2015-2016) y que proporcionan un marco mínimo que se debe exigir a fin de verificar que el sistema de cumplimiento de una empresa es eficaz.

El impulso del Estado para que las empresas implementen mecanismos de prevención no se limita a la Ley n.º 30424, pues en diciembre de 2016, la Comisión de Integridad que formó el Poder Ejecutivo con la finalidad de enfrentar los fenómenos de corrupción que se presentaron en el gobierno, emitió un Informe con 100 recomendaciones, entre las cuales también se aconsejaba que se exija a las personas jurídicas, que contraten con el Estado o se relacionen con este de alguna manera, el establecimiento progresivo de programas de prevención contra prácticas de corrupción, debidamente certificados⁹.

Siguiendo con las Políticas de Integridad, el 26 abril del 2018, en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, elaborado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 044-2018-PCM, en el Eje n.º 2, como una pauta dirigida a los particulares se considera como una de las acciones para garantizar la integridad en las contrataciones estatales: el *“fomentar la*

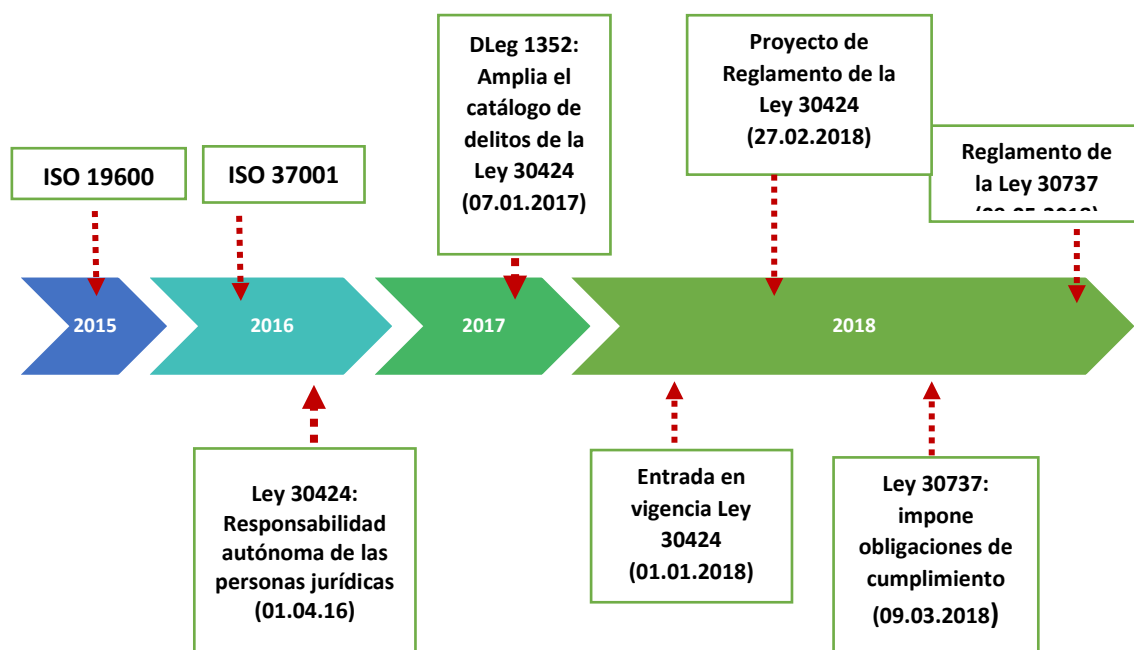
⁸ Esta Ley surge tras varias propuestas legislativas que promovían la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro sistema jurídico, básicamente con la finalidad de que el Perú sea aceptado como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

⁹ Recomendación 92 del Informe Final de la Comisión Presidencial de Integridad, p. 20. Ver: <http://www.transparencia.org.pe/admin/ckfinder/userfiles/files/Informe%20Final%20Comision%20Presidencial%20de%20Integridad.pdf>

implementación de programas de prevención o compliance contra la corrupción y otras prácticas cuestionables en el sector empresarial, independientemente del tamaño de la empresa y el rubro de negocio, asegurando la reglamentación de la Ley 30424 y su modificatoria”¹⁰.

También se debe considerar que, tras las recientes investigaciones por hipotéticos casos de corrupción¹¹, el Estado peruano emitió la Ley n.º 30737 a fin de resguardar el pago de la reparación civil por estos hechos, imponiendo una serie de obligaciones a las empresas involucradas en estas investigaciones, entre las cuales se regula la obligación de implementar sistemas de prevención. Para lo cual, recientemente, se aprobó el Reglamento de la citada Ley que desarrolla los procedimientos para ejecutar estas obligaciones. El Ministerio de Justicia ha enlistado a las empresas que estarían bajo el alcance de la Ley n.º 30737¹².

Grafico 2: Legislación nacional y estándares de gestión



Las entidades estatales no han sido ajenas a la implementación de mecanismos de prevención, y la iniciativa ha venido por parte del propio Estado, cuando en las recomendaciones que dio la Comisión de Integridad del Poder Ejecutivo, en diciembre de 2016, también se propuso la implementación de medidas de prevención en las entidades públicas, a través de los modelos de integridad.

Es por ello que, el 22 de abril de 2018, mediante el Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM, se establecen medidas en materia de integridad pública con la finalidad de orientar la

¹⁰ Ver: <http://can.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/Decreto-Supremo-N%C2%B0-048-2018-que-aprueba-el-Plan-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contra-la-Corrupci%C3%B3n-2018-2021.pdf>

¹¹ Ver: <https://elcomercio.pe/economia/peru/d-u-003-promulgan-ley-asegura-pago-reparacion-civil-noticia-503792>

¹² Esta información se encuentra disponible en el siguiente enlace <https://www.minjus.gob.pe/ley-n-30737-y-su-reglamento/>

correcta actuación de los servidores y entidades públicas, para lo cual se crea la Secretaría de Integridad Pública en la Presidencia de Consejo de Ministros, como responsable de ejercer técnicamente la dirección de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, y de desarrollar los mecanismos e instrumentos para prevenir y gestionar los riesgos de corrupción en los que puedan incurrir los servidores y entidades públicas¹³.

En dicha norma se establece también que la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción integrará dicho órgano y, además, se establece un listado no limitativo de mecanismos de control interno y prevención contra la corrupción¹⁴:



La implementación de estos mecanismos de prevención en las entidades públicas marca la pauta de inicio de los programas de cumplimiento gubernamentales, cuyo seguimiento y evaluación estará a cargo de la Secretaría de Integridad Pública que recibirá los informes anuales que deberán emitir las entidades públicas al respecto¹⁵.

Luego, el 26 abril del 2018, en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, elaborado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y aprobado mediante el Decreto Supremo n° 044-2018-PCM, en el Eje n.º2, como una pauta dirigida a las entidades públicas, se establece el deber de que estas implementen herramientas que incorporen a la integridad pública en la gestión, a través de la educación

¹³ Artículo 8 del Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM

¹⁴ Artículos 4 y 6 del Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM

¹⁵ Artículo 5 del Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM

y promoción de valores, así como el aseguramiento de mecanismos de investigación y sanción de la corrupción, a través de la incorporación de modelos de integridad.

El Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018, en su capítulo IV, desarrolla un modelo de integridad para facilitar la implementación de estas herramientas, que tiene una serie de lineamientos: i) el compromiso de la alta dirección; ii) la gestión de riesgos; iii) políticas de integridad como códigos de ética, iv) políticas de conflicto de intereses, de regalos, entre otros; v) la transparencia, datos abiertos y rendición de cuentas; vi) los controles (interno, externo y auditorías); vii) la comunicación y la capacitación; viii) los canales de denuncias, ix) la supervisión y monitoreo del modelo de integridad; y x) el encargado del mismo.

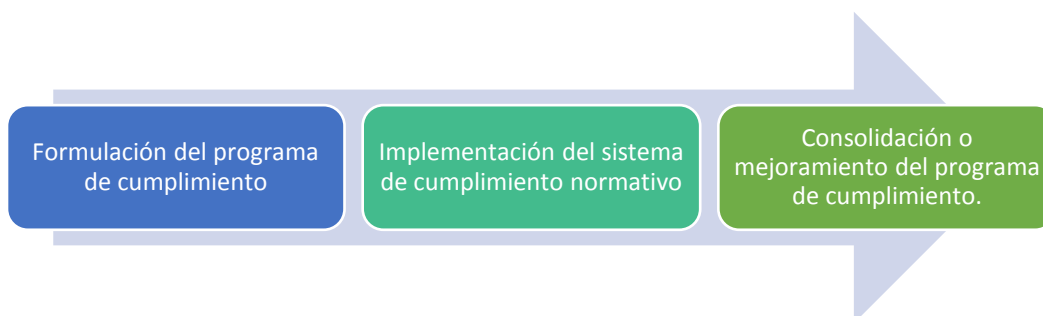


IV. ¿CÓMO SE IMPLEMENTA UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA PENAL?

La lógica de los programas de cumplimiento normativo se explica en que, en adelante, el aseguramiento de las exigencias legales no solo descansa en el Estado, sino también en la propia empresa, quien al incorporar normas internas que cumplen funciones de prevención y detección de las infracciones legales se comporta como un colaborador activo, es decir, como un *buen ciudadano corporativo*, que cuenta con una organización interna orientada a la prevención del delito y, en ese sentido, a evitar su utilización para la realización de actividades delictivas.

Los modelos de prevención no pueden ser elaborados en serie, sino que deben de diseñarse a partir de la mayor o menor exposición a riesgo que tiene cada empresa, lo cual se encuentra estrechamente vinculado a sus dimensiones y al tipo de actividades que realiza. En otras palabras, en una organización compleja habrá una mayor cantidad de sectores sensibles y, por tanto, existirá una exposición más acentuada, a menos que se cuente con un sistema de cumplimiento normativo que tenga por objeto la adecuada prevención y gestión, así como la detección o, incluso, la minimización de los efectos de tales infracciones.

Para ello, aunque ahora lo exponemos de manera sucinta, la conformación del *compliance* en la empresa requerirá de una serie de complejos pasos a seguirse:



- En la primera etapa se elaborará un cuerpo normativo que recoja los procedimientos empresariales internos para la gestión de los riesgos de infracción legal. Para esto, preliminarmente se analizará la organización y actividad cotidiana del negocio, en cada uno de los sectores en que se desenvuelve, y se revisará los informes de las instancias de control, los cambios en la normativa vigente e, incluso, los pronunciamientos de las entidades encargadas de impartir justicia, que se relacionen con dichas actividades; todo ello con la finalidad de *identificar los riesgos* y elaborar un inventario de estos, en función a su frecuencia, clase y extensión de los posibles daños.

A partir de dicho inventario, se definirán las medidas de prevención, detección y comunicación de operaciones riesgosas, en otras palabras, se definirá la manera en que la empresa debe actuar frente a los riesgos identificados para conseguir su adecuada prevención y gestión, así como la detección o, de ser el caso, la minimización de los efectos de tales infracciones. Este conjunto de medidas se plasmará en elaboración de códigos de conducta, establecimiento y diferenciación de competencias, creación de canales internos de transmisión de información, segmentación de información sensible, establecimiento de un sistema de denuncias, entre otros.

- En la segunda etapa de implementación del programa de cumplimiento, se extenderá en forma progresiva y a todos los niveles de la empresa los códigos de conducta diseñados. El objetivo es ir formando una cultura de cumplimiento al interior de la empresa, que sus integrantes no solo conozcan el programa de cumplimiento y la implicancia de este en cada uno de sus labores, sino que lo entiendan y lo sigan.
- Finalmente, en la última etapa, de consolidación y perfeccionamiento se buscará mantener el sistema de cumplimiento, evaluando de forma periódica sus fallas y aciertos, reformulando lo que se tenga por necesario para mantener la vigencia del programa. Para ello se elaborará procedimientos eficientes de reacción ante la inobservancia del programa de cumplimiento, en el que se prevean los órganos encargados de esta labor y un sistema gradual de las sanciones que deberán imponerse, dependiendo del grado de incumplimiento.

V. DESAFÍOS QUE PROPONEN LAS DISTINTAS NORMATIVAS QUE EN MATERIA DE PREVENCIÓN

La evolución expuesta acerca de las normas e iniciativas estatales generadas en nuestro país, nos permiten afirmar que el Estado promueve la implementación de los mecanismos integrales que identifiquen y prevengan los riesgos a los que se ven expuestas las organizaciones, en el ejercicio de sus actividades, como un instrumento adecuado para evitar o mitigar los efectos nocivos que puede ocasionar una inadecuada organización de los entes corporativos.

Sin embargo, la promoción estatal sobre el uso de estas herramientas de prevención también genera serios desafíos para las empresas, que a nuestro criterio podrían ser esencialmente los siguientes:

- Estas nuevas herramientas de gestión crearán valor para las organizaciones siempre que fomenten un cambio de la cultura organizacional, en el que el papel de la Alta Dirección es determinante.
- Si bien actualmente no existe un deber general de implementar un sistema de cumplimiento normativo al interior de una empresa, cada vez existen más sectores que muestran este tipo de exigencias, y demandan a las organizaciones un replanteamiento de sus enfoques de gestión.
- Un factor determinante en esta tendencia es la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas que se encuentra vigente en nuestro país desde enero del 2018.
- El Estado promueve la implementación de modelos de prevención en las empresas privadas, para mitigar el riesgo de comisión de prácticas corruptas que han causado mucho daño a nuestro país, al punto de imponerlas obligatoriamente en ciertos casos.
- La implementación de un modelo de prevención necesitará la participación de todos los miembros de la empresa, lógicamente dirigidos por los altos directivos, quienes a través de la capacitación y del fomento de las buenas prácticas lograrán enraizar una cultura de cumplimiento en la organización.
- El Estado Peruano no solo ha promovido la implementación de herramientas de prevención en el sector privado, sino que ha conminado a sus entidades públicas a implementar los modelos de integración que no son otra cosa que programas de cumplimiento gubernamental, que compartirán muchos elementos de los modelos de prevención privados, pero que también tendrán sus propias particularidades en atención a su organización y funciones.

LA DESVINCULACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE: BREVE COMENTARIO A LA CASACIÓN N. ° 344-2017, CAJAMARCA

Fredy Valenzuela Ylizarbe^()*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El Código Procesal Penal de 2004 prescribe la posibilidad de que la Corte Suprema decida que determinadas resoluciones que emite constituyan doctrina jurisprudencial vinculante (art. 433.3). Esto significa que tales decisiones tendrán que ser observadas necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales cuando resuelvan casos sustancialmente similares. Dicha facultad encuentra su fundamento en el principio de igualdad y en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Dicha facultad que se le otorga a la Corte Suprema coadyuva a que este órgano cumpla adecuadamente con la función uniformadora del recurso de casación, según la cual este recurso busca evitar pronunciamientos contradictorios en casos sustancialmente similares, pues ello produciría inseguridad jurídica. Así lo afirma Guzmán Fluja cuando refiere que “Precisamente, es la potenciación de la función uniformadora de la casación la que permite una adecuada salvaguarda de los principios de igualdad ante la ley y de seguridad y certidumbre jurídicas”¹.

Por tal motivo, es sumamente importante que la Corte Suprema no solo pueda emitir decisiones vinculantes, sino también que pueda realizar el pleno casatorio vinculante, el cual se justifica en virtud de que existen tres salas supremas en materia penal. En efecto, en primer lugar, queda claro que cada sala suprema –Sala Penal Permanente, Primera Sala Penal Transitoria y Segunda Sala Penal Transitoria– puede establecer doctrina jurisprudencial vinculante y, en segundo lugar, en el supuesto de que haya pronunciamientos contradictorios entre estas salas, se convocará a un pleno casatorio vinculante (art. 433, incs. 3 y 4 CPP de 2004).

Una alternativa que eventualmente podría plantearse para evitar que haya pronunciamientos vinculantes contradictorios es que las salas no puedan emitir, por sí solas, doctrina jurisprudencial vinculante, sino que cuando consideren que un caso es de suma importancia se convoque a un pleno, en el cual intervendrán todas las salas en materia penal y decidirán el caso y que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante. Este es un tema, naturalmente, que exige una modificación legislativa, pero que es importante analizar para evitar hayan decisiones vinculantes contradictorios durante el tiempo que se convoque, se resuelva y publique al pleno casatorio.

Actualmente, estas decisiones –la doctrina jurisprudencial vinculante y el pleno casatorio vinculante– deberán ser seguidas no solo por los jueces de otros grados, sino por la propia

^(*) Abogado del Estudio Oré Guardia. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid y doctorando en Derecho por la misma casa de estudios. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Profesor de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

¹ GUZMÁN FLUJA, *El recurso de casación civil*, p. 190.

Corte Suprema al momento de resolver casos sustancialmente similares, pues la vinculatoriedad no solo es vertical, sino también horizontal.

Ahora, en el presente artículo, a propósito de la casación n.º 344-2017, Cajamarca, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿resulta posible la desvinculación de la doctrina jurisprudencial vinculante? De este modo, debe quedar claro que en este artículo solo nos ocuparemos del grado de vinculatoriedad de la doctrina jurisprudencial vinculante y de la posibilidad que tienen los jueces de desvincularse de la misma.

La pregunta formulada tiene importancia por cuanto el Código Procesal Penal de 2004, a diferencia de otros cuerpos normativos, no ha previsto la posibilidad de que los jueces puedan desvincularse de la doctrina jurisprudencial vinculante. Es por ello que resulta de interés comentar brevemente la mencionada casación, pues en ella la Corte Suprema se ocupa de analizar este tema.

II. LA VINCULATORIEDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

En la casación bajo comentario, la Corte Suprema afirma que los jueces están vinculados a determinados pronunciamientos porque así lo prescribe la ley; es decir, si bien los jueces, por el principio de independencia, solo están vinculados a la Constitución y a la Ley, también es cierto que la ley autoriza a la Corte Suprema a emitir decisiones vinculantes. Dicho de otro modo, según la Corte Suprema, los jueces están vinculados a la doctrina jurisprudencial porque existe una ley –art. 433.3 del CPP de 2004– que precisamente establece ello².

Consecuentemente, la propia Corte Suprema sostiene que todas las decisiones que tienen carácter de vinculante son “de observancia necesaria y obligatoria por órganos jurisdiccionales de otras instancias”³, pues así está expresamente previsto en la ley. ¿Esto significa que la vinculatoriedad de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema es absoluta?

Al respecto, es importante tener en consideración lo manifestado por el profesor Taruffo, para quien la eficacia del precedente no puede reducirse a la simple alternativa entre eficacia vinculante y no vinculante. Este autor plantea que hay una escala compuesta por varios grados de eficacia del precedente. Así. “En el extremo superior de esta escala se coloca la hipótesis de una obligación absoluta y sin excepciones de seguir la decisión pronunciada por otro juez. Se trata de un extremo teórico que tal vez no se encuentra en la práctica concreta del precedente en ningún ordenamiento (...). Al extremo inferior se coloca la hipótesis en la cual el segundo juez dispone de plena discrecionalidad respecto al precedente: este podría ser usado, pero solo en cuanto el juez sucesivo se persuade de la oportunidad de hacerlo. Entre estos dos extremos pueden individualizarse algunos grados intermedios de “fuerza” del precedente. En orden descendente, el primero de estos grados intermedios se da cuando del precedente se deriva un verdadero y propio vínculo, sujeto no obstante a excepciones y limitaciones determinadas, con la posibilidad para el segundo juez de observarlo cuando se verifiquen razones admitidas por el ordenamiento. En este caso, el precedente es *binding* y debe ser seguido salvo excepciones previstas

² Sala Penal Permanente, casación n.º 344-2017, Cajamarca (cons. 2.1)

³ Sala Penal Permanente, casación n.º 344-2017, Cajamarca (cons. 2.3)

(*must, except*). El grado sucesivo se tiene cuando se prevé en línea de máxima que el precedente deba ser seguido, pero se admite que el juez sucesivo pueda apartarse, siempre que existan razones relevantes para hacerlo, razones que él pueda determinar libremente pero que deben ser expresadas y justificadas. En este caso el precedente es *defeasibly binding*, en cuanto debe ser seguido a menos que existan buenas razones para no hacerlo (*should, unless...*). El grado siguiente, no fácil de distinguir de la plena discrecionalidad, se da cuando se considera oportuno que el precedente deba seguirse, pero no se producen consecuencias de relevancia si ello no ocurre, y el juez no está obligado a justificar expresamente su postura diferente. En este caso, el precedente es *weakly binding* porque solo existe una expectativa genérica de que sea seguido”⁴.

En esta línea, el profesor Igartua Salaverría afirma que “(...) no todos los criterios interpretativos vinculan igual (es decir: por la misma razón y con la misma intensidad); de manera que a unos se los considera *obligatorios*, a otros *recomendables* y a unos terceros *acceptables* nada más”⁵.

Si esto es así, debemos admitir que la doctrina jurisprudencial no puede ser inexorablemente vinculante, pero tampoco demasiado flexible. Y es que cualquiera de los extremos resultaría contraproducente, conforme lo veremos en el siguiente punto.

III. LA DESVINCULACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE: POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Como hemos mencionado, a diferencia de otros cuerpos normativos en materia penal, en los que se regula la posibilidad de establecer precedentes vinculantes o ejecutorias vinculantes, así como la posibilidad de que los jueces de todas las instancias se puedan desvincular expresamente, el Código Procesal Penal de 2004 no regula dicha posibilidad para que los jueces puedan apartarse de la doctrina jurisprudencial vinculante.

A modo de ejemplo, es conveniente mencionar que el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial regula, de un lado, la posibilidad de que la Corte Suprema emita ejecutorias vinculantes y, de otro, que excepcionalmente los jueces puedan apartarse de las mismas con la obligación de motivar adecuadamente. Igualmente, el art. 301-A del Código de Procedimientos Penales prescribe que las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema constituyen precedentes vinculantes cuando así lo expresen las mismas. En esta disposición se hace referencia al art. 12 –debería decir 22– de la LOPL, por lo que también, se entiende, sí existe normativamente la posibilidad de desvincularse.

Así las cosas, corresponde ocuparnos de la pregunta formulada en el primer apartado de este artículo: ¿Qué no exista autorización legal, significa que ningún juez puede apartarse de la doctrina jurisprudencial vinculante? Veamos que ha manifestado la Corte Suprema.

La Corte Suprema si bien no menciona expresamente que esté permitido el apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante; sin embargo, sí reconoce indirectamente que

⁴ TARUFFO, Michele, “Dimensiones del precedente judicial”, en *Jus Constitucional*, 2008/1, 2008, pp. 40-41.

⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “la fuerza vinculante del precedente judicial” en *Jus Constitucional*, 2008/1, 2008, p. 101.

ello es posible al referirse a la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial regulada en el art. 429.5 del CPP de 2004.

Efectivamente, la Corte Suprema menciona que la casación jurisprudencial procede hasta en tres supuestos: primero, cuando los órganos diferentes a la Corte Suprema se apartan “de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo en el segundo párrafo del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, al decidir, expresamente, no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante que sea de aplicación al caso que resuelven, justificando su decisión de apartamiento, precisando sus razones (**apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial**); segundo, cuando “soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna al mismo en la resolución que expiden (**apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial**); y, tercero, cuando “aparentemente cumplen con aplicar el criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, que resulta ser de aplicación al caso que resuelven; no obstante, no lo hacen rigurosamente, adecuada o acabadamente, lo cual repercute significativamente en la solución del caso que deciden (**apartamiento material de doctrina jurisprudencial**)”. (Resaltado nuestro).

Si esto es así, se entiende que los jueces pueden desvincularse de la doctrina jurisprudencial hasta de tres modos; no obstante, el único modo que legalmente estaría permitido es el “apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial”, pues tiene respaldo, a decir de la Corte Suprema, en el art. 22 de la LOPJ. Los otros dos modos podrían ser considerados, en tanto no justifican ni siquiera mínimamente el apartamiento, como “arbitrarios”.

A efectos de que el apartamiento de la doctrina jurisprudencial no quede sin control, se ha regulado –se entiende que en los tres supuestos de desvinculación– que la parte afectada pueda plantear la casación jurisprudencial (art. 429.5 CPP de 2004), a fin de que la Corte Suprema reafirme su posición o quizás, como este mismo órgano lo ha reconocido, cambie de parecer y modifique la doctrina jurisprudencial vinculante. En efecto, “la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial permite, especialmente, a la casación penal cumplir con su finalidad esencial en la medida que se propicia el control jurídico de las decisiones judiciales que, al incumplir con los criterios jurisprudenciales de ineludible observancia, estarían obstaculizando o impidiendo una impartición de justicia penal predecible y, consecuentemente, afectando la seguridad jurídica (...). No obstante, debe señalarse que, de ningún modo, con la casación se pretende que la doctrina jurisprudencial tenga siempre el mismo contenido, [pues] nada impide que la respectiva doctrina jurisprudencial se modifique y, consecuentemente, continúe desarrollándose (...)”.

En suma, según la posición de la Corte Suprema, sí está permitido, por aplicación supletoria del art. 22 de la LOPJ, el apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante. Tal apartamiento, además, está sometido al control respectivo por la procedencia de la casación jurisprudencial (art. 429.5 CPP de 2004).

IV. NUESTRA OPINIÓN

La desvinculación o apartamiento de la doctrina jurisprudencial no es otra cosa que inaplicar o apartarse de lo establecido como criterio vinculante por la Corte Suprema.

Es preciso aclarar en este punto que doctrina jurisprudencial y precedente son diferentes, ya que la primera es una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias; mientras que el segundo se refiere a una resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate⁶.

Además, y esta es la diferencia más importante, a nuestro juicio, la doctrina jurisprudencial le otorga importancia, más que a los hechos, a la interpretación que ha realizado la Corte Suprema de las cuestiones jurídicas; mientras que el precedente no puede desligarse de los hechos, de ahí que se afirme que “la decisión precedente debe ser ante todo *in point* respecto a la posterior, esto es, no deben encontrarse diferencias relevantes en punto de hecho y de derecho, tales que impidan someter ambos supuestos de hecho al mismo régimen jurídico (...)”⁷.

De este modo, podemos afirmar que la doctrina jurisprudencial está presente en toda decisión de la Corte Suprema, pero no siempre, por nuestra tradición jurídica, serán vinculantes. Para que la sean, es necesario que, por disposición legal expresa, así lo establezca la Corte Suprema.

Ahora, si bien tienen diferencias, lo cierto es que en nuestro país poseen los mismos efectos vinculantes, siempre que exista una norma que así lo establezca expresamente. Efectivamente, ambas instituciones, por sus efectos, porque así lo establecen las disposiciones legales, vinculan los jueces del mismo modo. Ello da cuenta, pues, de que en el Perú no existe un desarrollo uniforme sobre los mecanismos con los que cuenta la Corte Suprema para establecer que sus decisiones sean vinculantes. Y es que bien podría hacerlo a través del art. 22 o 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o bien a través del art. 433.3 del Código Procesal Penal.

De otro lado, un punto importante que conviene analizar brevemente es si en los países que tienen la tradición del precedente, existe la posibilidad de que los jueces puedan apartarse del mismo. Con el propósito de ejemplificar, solo haremos una referencia breve a cómo funciona este tema tanto en Inglaterra como en Estados Unidos.

Al respecto, de entrada conviene mencionar que en estos países, en los que el precedente está bastante arraigado, cabe la posibilidad de que los jueces puedan apartarse del precedente. Así, en Inglaterra se considera posible y recomendable el apartamiento del precedente para no incurrir en una injusticia al resolver un caso concreto y para no restringir excesivamente el desarrollo correcto del derecho⁸. Taruffo afirma que Jannin Engles juntó, en su momento, “no menos de 20 o 25 estrategias que los jueces ingleses

⁶ NIETO GARCÍA, *El valor legal y alcance real de la jurisprudencia*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/8/art/art5.pdf>

⁷ MORETTI, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en GALGANO (Coord.), *Atlas de Derecho privado comparado*, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 2000, p. 36.

⁸ Lord Chancellor Citado por MAGALONI KERPEL, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, p. 10. En esta línea, WHITTAKER, *Revista Chilena de Derecho*, 2008(35/1), p. 52.

utilizaron, para no verse vinculados por los precedentes”⁹. Estas técnicas no eran utilizadas únicamente por los jueces supremos, sino también por los de otras instancias.

En Estados Unidos, por su parte, el precedente no es inexorablemente vinculante, lo que significa que existe la posibilidad de que el juez pueda desvincularse del mismo. Así lo afirma el juez Lurton, para quien “la regla del *stare decisis*, aunque provoca a la consistencia y uniformidad de la decisión, no es inflexible. Si ella debe ser seguida o abandonada es una cuestión enteramente librada a la discreción del tribunal llamado a considerar una cuestión ya decidida alguna vez”¹⁰.

De este modo, queda claro que tanto en Inglaterra como en Estados Unidos existe la posibilidad del apartamiento o desvinculación del precedente, siempre, claro está, que se fundamente adecuadamente y exista la necesidad de hacerlo bien para evitar una decisión injusta –y es que seguir un precedente puede significar resolver un caso injustamente– o bien para evitar que decisiones que en su momento, por el contexto y la época, fueron acertadas se conviertan en pétreas y eviten el desarrollo del Derecho. Y, claramente, entre la seguridad jurídica y la justicia, este segundo valor es el que debe prevalecer.

En efecto, es posible que los jueces “inferiores” recurran a la regla jurídica *Cessante ratione legis, lex ipsa cessat* –cesando el motivo de la ley, cesa la ley misma–, que en el caso del precedente significaría: cesando las razones del precedente, cesa el precedente mismo; y esto puede responder a que las circunstancias o condiciones extra jurídicas que motivaron la adopción del precedente han variado de tal manera que no es posible que el mismo siga teniendo vigencia, por lo que su apartamiento es imperativo.

En suma, para desvincularse del precedente deben existir motivos o razones que lo justifiquen, los que deben ser expresados de manera clara y precisa por parte del juez que decide apartarse, pues de no hacerlo estarían, sin más, incurriendo en una condenable arbitrariedad que afectaría el principio de igualdad y seguridad jurídica¹¹. Por ello, resulta saludable que los jueces puedan desvincularse del precedente no solamente por exigencias de la justicia del caso concreto, sino porque así lo demanda el principio de independencia jurisdiccional.

Se advierte, entonces, que conceptualmente el precedente sí permite su desvinculación, ¿ello significa que también debería permitirse el apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante?, ¿se requiere autorización legal para que ello ocurra? De estas interrogantes nos ocuparemos puntualmente a continuación.

Al respecto, corresponde dejar en claro que normativamente no se permite la desvinculación de la doctrina jurisprudencial, pues de la revisión del art. 433 del Código Procesal Penal de 2004 queda evidenciado que no se ha regulado tal posibilidad. Sin embargo, a nuestro juicio, ello no es impedimento para que los jueces puedan, siempre que haya una justificación adecuada, desvincularse de la doctrina jurisprudencial vinculante. Es decir, pese a la ausencia de autorización legal, consideramos que, por imperio del principio de independencia judicial y para evitar que el juez incurra en

⁹ Citado por TARUFFO, *Taller de derecho procesal*, p. 36.

¹⁰ *Hertz v. Woodman* (218 U.S. 205), citado por SODERO, “Sobre el cambio de los precedentes”, p. 235.

¹¹ En este sentido, TARUFFO, *Taller de derecho procesal*, p. 36.

injusticia, sí es posible que el juez —con una adecuada fundamentación— se desvincule de la doctrina jurisprudencial.

La postura asumida guarda correspondencia con el principio de independencia judicial, según el cual los jueces solo están sometidos a la ley y a la Constitución (art. 146.1 Const.); además, como ocurre con el precedente, la doctrina jurisprudencial vinculante no tiene ni debe tener efectos vinculantes absolutos, puesto que podría generar, de un lado, que el juez por no poder apartarse emita una decisión injusta y, de otro lado, se impediría el desarrollo jurisprudencial de las instituciones. Por todo ello, a nuestro juicio, sí es conveniente que se admita que los jueces realicen un apartamiento motivado de la doctrina jurisprudencial vinculante.

Ahora bien, es evidente que ha sido una opción legislativa que se permita que la Corte Suprema pueda emitir doctrina jurisprudencial vinculante, porque podía haber ocurrido que el legislador optara por no regular tal posibilidad. En otros términos, si el legislador no la hubiera regulado, la Corte Suprema normativamente no tendría la facultad de dictar decisiones vinculantes, lo que claramente le restaría eficacia vinculante a sus decisiones.

Siguiendo esta misma lógica, lo recomendable hubiera sido que el legislador también regule expresamente —para que no queden dudas— la facultad de que los jueces de grados diferentes a la Corte Suprema puedan desvincularse de la doctrina jurisprudencial vinculante, así como las exigencias que deben cumplir para que ello resulte legítimo. Naturalmente, como ya se ha mencionado, la ausencia de autorización normativa no impide la desvinculación, pero sí podría generar controversia.

Así las cosas, resulta recomendable que no se adopten posiciones extrema ni para reconocer la vinculatoriedad de la doctrina jurisprudencial ni para permitir su apartamiento. Se debe procurar que haya armonía entre la seguridad jurídica y la independencia judicial, por lo que es importante que la Corte Suprema tenga la facultad de emitir decisiones vinculantes y que todos los jueces tengan la facultad de apartarse de las mismas con la exigencia de expresar los argumentos de peso que lo fundamente. En suma, nuestra posición consiste en que la regla es que los jueces sigan la doctrina jurisprudencial vinculante y la excepción es que se permita su desvinculación, siempre, reiteramos, que haya motivos o razones fundados que justifiquen ello.

Finalmente, es importante aclarar, siguiendo al profesor Taruffo, que las resoluciones de la Corte Suprema constituyen precedente —aunque no es determinante— en atención a relación institucional de tipo jerárquico que existe entre este órgano y los otros¹²; no obstante, la autoridad científica del precedente, y no la autoridad que se deriva del principio de autoridad o del principio de jerarquía burocrática, es la que determina que una decisión constituya precedente¹³.

Siguiendo lo manifestado por el citado autor, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema será vinculante en función de los argumentos que los sustenten y no solamente por provenir de la máxima autoridad jurisdiccional; es decir, la doctrina jurisprudencial

¹² TARUFFO, Michele, Dimensiones del precedente judicial, en CASTAÑEDA OTSU (dir.), *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima (Grijley), 2010, p. 26. En esta línea, AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, 1991, p. 130.

¹³ TARUFFO, Michele, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho procesal*, 2012, p. 139.

debe ser seguido por todos los órganos jurisdiccionales cuando resuelven un caso sustancialmente similar no porque hayan sido emitidos por la Corte Suprema, sino porque los argumentos expuestos en la decisión vinculante así lo determinan.

En suma, la doctrina jurisprudencial vinculante, por exigencias del principio de independencia, sí debe permitir su desvinculación, pese a que legalmente no se haya establecido tal posibilidad. Sin embargo, ello debe ocurrir de manera excepcional y debe exigir una fundamentación adecuada para no causar una incertidumbre jurídica y trastocar las propias funciones de la casación, fundamentalmente la función uniformadora. Por todo ello, resulta saludable que la Corte Suprema —en la casación bajo comentario— haya reconocido la posibilidad de que los jueces se aparten de la doctrina jurisprudencial; decisión que, además, estará sometida a control mediante la casación jurisprudencial (art. 429.5 CPP de 2004).

LA INAUDITA ALTERA PARS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN DE AMPARO

*Arsenio Oré Guardia**

I. INTRODUCCIÓN

Mediante Resolución Ministerial n.º 0321-2016-JUS¹, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de noviembre del 2016, se creó el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional.

Como consecuencia del encargo recibido, el Grupo de Trabajo revisó y discutió diversos temas. Uno de ellos fue el de las medidas cautelares en el proceso de amparo, concretamente si resulta conveniente o no que las mismas se sigan tramitando –salvo cuando se traten de actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional– sin correr traslado (*inaudita altera pars*) o, por el contrario, es necesario que se le ponga en conocimiento a la parte demandada.

Nuestra posición que sometimos a consideración de los miembros de la comisión fue –y es– que las medidas cautelares no necesariamente en todos los casos deben realizarse sin el conocimiento de la contraparte, pues tal procedimiento podría traer graves consecuencias para la parte demandada, sin que ni siquiera se le haya otorgado la oportunidad para ejercitar su defensa.

Para plantear tal posición, la que ahora vamos a tratar de plasmar en el presente artículo, consideramos que se debe realizar un abordaje o análisis desde el punto de vista normativo, conceptual y práctico, ya que, a nuestro juicio, es el único modo de que se pueda asumir una posición que tenga en consideración todos los aspectos de este tema.

Así las cosas, en las siguientes líneas trataremos de sustentar las razones que nos llevaron a realizar la propuesta mencionada y que determinó, luego del debate respectivo, que la misma sea aprobada por todos los miembros del Grupo de Trabajo.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE AMPARO

Si bien no pretendemos realizar un abordaje completo del tema de las medidas cautelares en el proceso de amparo, pues nuestra idea es centrarnos en el trámite que se debe seguir para su concesión, consideramos necesario, como mínimo, abordar los conceptos básicos de esta institución, los que, por lo demás, nos ayudarán a tomar una posición determinada sin que se desnaturalice o se deje sin efecto a la medida cautelar.

* Abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencias Penales por la mencionada casa de estudios. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad San Ignacio de Loyola.

¹ Fue modificada, respecto de sus integrantes, por la Resolución Ministerial n.º 0329-2016-JUS

a. Concepto

La medida cautelar en el proceso de amparo es aquel instrumento creado para asegurar el cumplimiento de la decisión judicial, de manera que cuando el fallo se emita el derecho fundamental alegado esté a salvo².

b. Finalidad

Las medidas cautelares en los procesos constitucionales se caracterizan por su instrumentalidad, pues buscan asegurar la efectividad del derecho fundamental demandado en el marco de un debido proceso³.

Landa Arroyo sostiene que la medida cautelar en el proceso constitucional tiene como finalidad el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso⁴.

De ahí que las medidas cautelares se constituyen como una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el art. 139.3 de la Constitución. Y es que no existiría el debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resultara de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta⁵.

c. Presupuestos

El legislador ha dispuesto que el otorgamiento de la medida cautelar esté supeditado a la concurrencia de los siguientes presupuestos (art. 15 CPCConst.):

i. La apariencia del derecho (*fumus boni iuris*)

La adopción de una medida cautelar exige como uno de sus presupuestos la apariencia del buen derecho constitucional, es decir, esta medida debe generar en el juez la apariencia razonable de que su decisión será declarar fundada la demanda.

En esta línea, Castillo Córdova afirma que con este presupuesto se busca establecer que existan elementos de juicio suficientes que hagan prever al menos la posibilidad de que el recurrente en el proceso constitucional obtendrá un fallo definitivo a su favor⁶.

² PALACIOS PAREJA, Enrique A., “Medidas cautelares y tutela jurisdiccional efectiva”, en PRIORI POSADA, *Proceso y Constitución*, pp. 505-527 (p. 508).

³ Al respecto, compartimos la idea de QUIROGA LEÓN, en el sentido de establecer que las medidas cautelares en los procesos constitucionales tienden a resguardar la vigencia de los derechos fundamentales. QUIROGA LEÓN, *Mesa redonda. Medidas cautelares en el proceso civil y en materia constitucional* (Derecho y Sociedad), <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17009/17308>

⁴ LANDA ARROYO, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 238.

⁵ En ese sentido, LANDA ARROYO, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 238.

⁶ En este sentido, CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Artículo por artículo*, p. 271.

En suma, solo cuando haya la apariencia de buen derecho –que el demandante tiene la razón– se justificará y resultará legítima que se adopte una medida cautelar en su favor, pues lo contrario significaría que se le produzca un daño, incluso irreparable, a la parte demandada.

ii. Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Este presupuesto se encuentra referido, tal como sostiene Vecina Cifuentes, al daño constitucional que se produciría y agravaría por el transcurso del tiempo si la medida no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso⁷.

Por ello, deben existir indicios suficientes para pensar que, de esperarse a obtener el fallo definitivo en el proceso constitucional, se agravaría considerablemente, o de modo irreparable, el derecho constitucional involucrado⁸.

iii. La adecuación

A través de este presupuesto se exige al juzgador adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, de modo que al dictarla afecte en menor grado los bienes o derechos de la parte demandada o, en todo caso, que resulte proporcional con el fin que se persigue⁹.

Con la adecuación se garantizará, a su vez, la efectividad y los bienes constitucionales contenidos en el debido proceso.

III. PROCEDIMIENTO PARA DICTAR UNA MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO DE AMPARO

a. Evolución legislativa

Inicialmente, existieron algunos proyectos de ley que buscaron regular las medidas cautelares en los procesos constitucionales, los cuales fueron presentados por el grupo parlamentario de la Democracia Cristiana de la Cámara de diputados en 1967. Sin embargo, esta institución recién se llegó a regular mediante la Ley n. ° 23506 (Ley de habeas corpus y amparo), de 8 de diciembre de 1982, la que la denominó “suspensión del acto reclamado”, y que en su art. 31 establecía, de modo general, la procedencia de esta medida.

Esta Ley –23506– fue objeto de diversas modificaciones de sus artículos, de los cuales nos centraremos en el art. 31, referido a la suspensión del acto reclamado. Así, en primer lugar, mediante el art. 1 de la Ley 25011, de 8 de noviembre de 1989, fue modificada en el sentido de que se incorporó al procedimiento para la concesión de la suspensión del

⁷ VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, p. 179.

⁸ En este sentido, CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Artículo por artículo*, p. 271.

⁹ Pleno Jurisdiccional 0023-2005-PI/TC, caso: Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República (FJ. 52).

acto reclamado que se corra traslado de la solicitud a la parte emplazada. Además, reguló que la alzada debía concederse no solo con efecto devolutivo, sino también con efecto suspensivo¹⁰.

En segundo lugar, fue modificada por el Decreto Legislativo n.º 613, de 8 de noviembre de 1990, el cual estableció un procedimiento especial cuando la solicitud de medida cautelar estaba “referida a actos que generan o pueden provocar daños al ambiente, sus ecosistemas, o sus componentes esenciales”, pues en estos casos la resolución que ordenaba la suspensión de los mismos (los actos) solo era apelable con efecto devolutivo.

En tercer lugar, el art. 31 de la Ley n.º 23506 fue nuevamente objeto de modificación por el art. 31 de la Ley 25398, de 6 de febrero de 1992, cuyo texto prescribía que el solicitante debía ser quien asuma el riesgo y costo de la procedencia de la suspensión del acto que, siendo dictada por el juez o la Corte, era recurrible en un solo efecto y, además, mantenía su eficacia, salvo que sea revocada. Es conveniente precisar que la modificación más importante que realizó fue que se eliminó la posibilidad de correr traslado la solicitud a la parte emplazada.

Finalmente, el art. 1 del Decreto Ley n.º 25433, de 17 de abril 1992, modificó el art. 31 de la Ley n.º 23506, en tanto que especificó que la suspensión del acto procedía cuando era evidente la amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional; adicionalmente, reguló nuevamente que la suspensión del acto se trámite corriendo traslado a la parte emplazada, pero esta vez con intervención del Ministerio Público y, asimismo, estableció que la apelación se conceda con efecto devolutivo y suspensivo. En suma, este Decreto tuvo como propósito volver a regular que se corra traslado a la contraparte y que la apelación sea concedida con efecto devolutivo y suspensivo, tal como lo precisaba el art. 1 de la Ley n.º 25011, con la única diferencia que en dicha disposición no intervenía el Ministerio Público, mientras que en esta sí.

Luego de hacer un recuento sucinto de la evolución legislativa de la suspensión del acto reclamado, es preciso hacer referencia, brevemente, a las críticas que mereció su regulación. Al respecto, se debe tener en consideración lo expuesto por Abad Yupanqui¹¹, quien sostiene que la regulación de la suspensión del acto tuvo muchas críticas respecto a su práctica, debido a su empleo excesivo y, en muchos casos, cuestionable, a tal punto que originó la crisis de esta institución y propició una modificación legislativa para tratar de limitarla. Por ejemplo, menciona el citado autor, que esta medida se utilizó indiscriminadamente durante la pretendida estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros dispuesta por el primer gobierno de Alan García en 1987.

Esta coyuntura generó que el entonces parlamentario Felipe Osterling afirmara lo siguiente:

“Desde que se dictó la Ley de Amparo y sobre todo a raíz de la estatificación del sistema bancario y financiero, ha habido un enorme proliferación de

¹⁰ ABAD YUPANQUI/SAN MARTÍN CASTRO, *La Medida cautelar en el amparo: La Ley 25011*, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14187/14800>

¹¹ ABAD YUPANQUI, *El Proceso Constitucional de Amparo: Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*, p. 479.

acciones de amparo, y me parece que hay una tendencia dentro del Poder Judicial de abusar de la suspensión del acto respecto del cual se reclama.

Desde este punto de vista, quiero transmitirle a través de la Presidencia, al señor Valle-Riestra mi entero acuerdo en la posición que debe revisarse las facultades jurisdiccionales para suspender un acto que supuestamente infringe la Constitución mediante la acción de amparo¹².

Ahora bien, con el propósito de codificar los procesos constitucionales se elaboró el anteproyecto del Código Procesal Constitucional, en el cual se estableció un procedimiento que prescindía de la realización de una audiencia para otorgar medidas cautelares (nótese que por primera vez se emplea esta denominación en materia constitucional); tampoco intervenía el Ministerio Público en su tramitación y el recurso de apelación se concedía en todos los casos sin efecto suspensivo.

El mencionado anteproyecto fue debatido en la Comisión de la Constitución y del Reglamento del Congreso, el que originó, por propuesta del entonces parlamentario Natale Amprimo, que se estableciera dos procedimientos: de un lado, se mantuvo el procedimiento establecido por el anteproyecto –no exigía correr traslado– (regla general); y, de otro lado, se estableció un procedimiento especial para las medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales, ya que en estos supuestos sí se debía correr traslado a la parte emplazada, y el recurso de apelación tenía efecto suspensivo.

Luego de este debate que se produjo en la Comisión de la Constitución y del Reglamento del Congreso, el proyecto de Código Procesal Constitucional fue aprobado y promulgado por el Congreso.

b. La medida cautelar en el Código Procesal Constitucional

El Código Procesal Constitucional¹³ establece, en su art. 15, un doble procedimiento para la adopción de las medidas cautelares: el primero establece que las medidas cautelares se deben dictar sin el conocimiento de la contraparte, (*inaudita altera pars*), y, el segundo, prescribe que las mismas se dictarán con el conocimiento de la contraparte –se correrá traslado de la solicitud– cuando se trate de actos administrativos en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

En el 2006, el vigente art. 15 del Código Procesal Constitucional fue modificado por el art. 1 de la Ley n.º 28946, publicada el 24 de diciembre de ese año, la que tiene como cambio más importante la eliminación del efecto suspensivo del recurso de apelación cuando se traten de actos administrativos de los gobiernos regionales y municipales.

Actualmente, el texto vigente del art. 15 del Código Procesal Constitucional que prescribe el procedimiento para dictar una medida cautelar en el proceso de amparo es el siguiente:

¹² Diario de Debates del Senado. Primera legislatura ordinaria de 1988, 04 de octubre de 1988, p. 176.

¹³ Promulgada mediante la Ley n.º 28237, que fue publicada el 31 de mayo de 2004.

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo (...). Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo (...).

(...)

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672."

Pese a las modificaciones que ha sufrido el mencionado artículo, mediante el art. 1 de la Ley N° 28946, se advierte que en el texto vigente del mencionado Código aún se mantiene el doble procedimiento ya mencionado.

c. Justificación del doble procedimiento

Los fundamentos de Natale Amprimo¹⁴ para proponer el doble procedimiento, que expuso en el debate de la Comisión de la Constitución y del Reglamento del Congreso, fueron los siguientes:

Sostuvo que existía un gran número de amparos que se presentaban contra los gobiernos municipales o regionales; por ejemplo, cuando se negaba la licencia a un establecimiento que no cumplía con las exigencias o cuando se limitaba el permiso de circulación de una línea de transporte por no tener permiso de circulación.

En casos como estos, a juicio del exparlamentario, no resultaba posible que un magistrado pueda dictar una medida cautelar que suspenda los efectos de una resolución que fue otorgada por un órgano competente y en base a sus facultades, sin ni siquiera conocer la opinión de ese organismo, tanto más si justamente es ese el mecanismo que sirvió para que en nuestro país se debilite cada día más la autoridad de los gobiernos municipales y regionales.

Por ello, afirmó que el procedimiento que prevé el artículo es fruto de la experiencia que tuvo el Perú, y que además existen múltiples artículos que versan sobre los abusos que por la vía de esta acción de garantía se dieron en nuestro país.

Este doble procedimiento no ha sido pacífico en la doctrina; por el contrario, se han presentado serios cuestionamientos a su constitucionalidad, a tal extremo que, como lo

¹⁴ Véase en: AA.VV., *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio. Exposición de Motivos. Dictámenes e Índice Analítico*, 1.ª ed., Lima (Palestra Editores), p. 279.

veremos en el siguiente apartado, se presentó una demanda de inconstitucionalidad en su contra.

d. Posición del Tribunal Constitucional y la doctrina sobre el doble procedimiento

Conforme se ha mencionado, la regulación del doble procedimiento en el art. 15 del Código Procesal Constitucional originó que la Defensoría del Pueblo interpusiera una demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo tercero y cuarto del art. 15, ya que, a su juicio, los mencionados párrafos vulneraban los arts. 2.2 y 139.3 de la Constitución que regulan, respectivamente, el principio de igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Estos párrafos prescriben lo siguiente: el tercer párrafo prescribe “Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente”.

Por su parte, el cuarto párrafo establece que “De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, (...) tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad”.

Esta demanda de inconstitucionalidad contra los párrafos mencionados fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional¹⁵ por los siguientes fundamentos:

No contraviene la Constitución porque las disposiciones cuestionadas del procedimiento especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos regionales y locales tienen como finalidad la protección de las garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (art. 191 y 194), las que podrían verse afectadas por la adopción arbitraria de las medidas cautelares.

Este régimen especial no contraviene los principios de proporcionalidad y racionalidad, ya que este tratamiento legal, que se orienta a un tratamiento diferenciado, busca la protección de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Además, existe una relación directamente proporcional entre la afectación y la realización de los bienes constitucionales en colisión (igualdad frente a la protección de las competencias de los gobiernos regionales y locales); entonces, la intervención ha superado el examen de la ponderación y no es inconstitucional. En efecto, las disposiciones del Código Procesal Constitucional no vulneran el derecho de igualdad ante la ley de aquellos justiciables que pretendan solicitar una medida cautelar en los casos de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, ya que en comparación de los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos a

¹⁵ Pleno Jurisdiccional 0023-2005-PI/TC, caso: Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República.

los entes mencionados, sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente.

Por los fundamentos expuestos, los magistrados del Tribunal Constitucional sostuvieron que los párrafos tercero y cuarto del art. 15 del Código Procesal Constitucional – diferencia en la competencia, en el procedimiento al correr traslado por el plazo de tres días y el efecto suspensivo del recurso– no vulneran el principio de igualdad y la tutela jurisdiccional efectiva, en consecuencia, ambos párrafos no son inconstitucionales.

Ahora bien, en sentido contrario a lo establecido por el Tribunal Constitucional, la doctrina nacional mayoritaria considera que este procedimiento especial resulta incompatible con el objeto y naturaleza de la medida cautelar al correr traslado a la contraparte antes de que esta se resuelva, de ahí que se afirme que dicha distinción regulada en este artículo es no solo irrazonable, sino que afecta al principio de igualdad. En suma, la doctrina mayoritaria afirma que la medida cautelar debe ser resuelta *inaudita altera pars*, es decir, sin oír a la otra parte¹⁶.

Así, Quiroga León¹⁷ afirma que el doble procedimiento es inconstitucional, debido a que no tiene como sustento una justificación objetiva o razonable para la creación de un trámite distinto para solicitar medidas cautelares contra actos de los gobiernos regionales y locales, por lo que lesiona los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Agrega que resulta contradictorio que en el Código Procesal Constitucional, en el que se dictan normas para defender los derechos fundamentales de las personas contra los abusos del poder, se deba concluir que es mejor quitar la efectividad de la medida cautelar en aras de salvaguardar las atribuciones de las entidades a quienes se les acusa de lesionar o amenazar derechos fundamentales. En suma, no se puede, por ese motivo, según afirma este autor, privar a los particulares de un instrumento con el cual se garantiza que la decisión sea eficaz y, menos aún si el argumento se basa en salvaguardar las atribuciones de estos gobiernos, cuya constitucionalidad es discutida en dicho proceso.

Como puede observarse, en la doctrina nacional se afirma que tal diferenciación en el procedimiento para la concesión de la medida cautelar lesiona el principio de igualdad y, al restarle efectividad a esta medida, también a la tutela judicial efectiva.

e. Nuestra posición

En la misma línea que el Tribunal Constitucional, consideramos que el doble procedimiento establecido en el art. 15 del Código Procesal Constitucional no resulta inconstitucional, pues no vulnera el principio de igualdad ni la tutela judicial efectiva. Y es que tal distinción tiene como finalidad, conforme lo ha manifestado el mencionado organismo constitucional, la protección de las garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (art. 191 y 194); además, este

¹⁶ En ese sentido, véase: AA.VV., *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio. Exposición de Motivos. Dictámenes e índice Analítico*, 1.ª ed., Lima (Palestra Editores), pp. 24, 46, 47 y 234.

¹⁷ QUIROGA LEÓN, *La problemática de las medidas cautelares o la suspensión de acto reclamado en la jurisdicción de la libertad*, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Libro_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL._Tomo_II._Volumen_I.pdf

procedimiento especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales se justifica en tanto que a través de las medidas adoptadas por estos organismos se buscan resguardar bienes jurídicos sumamente importantes, como son, por ejemplo, el medioambiente, la seguridad pública, la salud, entre otros.

En consecuencia, los argumentos expuestos por el entonces parlamentario Natale Amprimo –ya mencionados en el apartado anterior– para crear un procedimiento especial cuando se tratan de actos de los gobiernos locales y regionales resultan, a nuestro juicio, atendibles, razonables y aún se mantienen vigentes, ya que el uso desmedido e incluso arbitrario de las medidas cautelares en las acciones de amparo aún persisten y no solo en contra de los actos de los gobiernos locales y regionales, sino en todos los casos.

Así las cosas, resulta conveniente que nos preguntemos si, en lugar de pretender eliminar este doble procedimiento y establecer que en todos los casos las medidas cautelares se dicten *inaudita altera pars*, se debe generalizar, sin perjuicio de establecer alguna excepción, que antes de resolver una medida cautelar se corra traslado a la contraparte para que pueda ejercitar, si así lo estima conveniente, de manera efectiva su derecho de defensa. En el siguiente apartado nos ocuparemos de este tema.

IV. LA INAUDITA ALTERA PARS EN LA MEDIDA CAUTELAR DEL PROCESO DE AMPARO

La *inaudita altera pars* es una locución latina que significa literalmente sin oír a la otra parte, y que tiene vigencia en los casos en que se resuelve una pretensión sin el conocimiento de la contraparte. Precisamente, se afirma que esta expresión se aplica, conforme lo veremos en el apartado siguiente, en las medidas cautelares.

a. Posiciones de la doctrina

En la doctrina se afirma de manera categórica que la concesión de la medida cautelar en el proceso de amparo debe otorgarse sin el conocimiento de la parte demandada (*inaudita altera pars*)¹⁸. Las razones que exponen son las siguientes:

Primero, la *inaudita altera pars* no constituye una arbitrariedad sino una restricción razonable y temporal del principio de bilateralidad de la audiencia con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva¹⁹. Y es que lo que se procura con dicha restricción es la protección de un derecho o una situación jurídica de hecho e impedir la ocurrencia de actos que luego impliquen la ilusoriedad de lo petitionado²⁰.

Segundo, se afirma que la característica esencial de la medida cautelar en el proceso de amparo es la reserva, la que se constituye como una limitación temporal del

¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, t. I, p. 421. PALACIOS PAREJA, *Proceso y Constitución*, p. 518; ABAD YUPANQUI, *El Proceso Constitucional de Amparo: Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*, pp. 508-509.

¹⁹ ABAD YUPANQUI, *El Proceso Constitucional de Amparo: Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*, pp. 508-509.

²⁰ RESTREPO MEDINA, *Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial*, pp. 45-46. En este sentido, también véase ROJAS BERNAL, *Medidas cautelares y ejecución de sentencias constitucionales*, p. 41.

ejercicio del derecho de defensa del afectado, en virtud al rol emergente de la tutela cautelar de amparo que se circunscribe a proteger el derecho constitucional a través de la inmediata ejecución de la medida cautelar²¹.

Como se puede observar, en la doctrina se coincide en establecer que el trámite de la medida cautelar debe realizarse *inaudita altera pars* y que este hecho no vulnera el principio contradictorio ni el derecho de defensa, sino que solamente constituye una limitación o restricción con la finalidad de resguardar la tutela judicial efectiva.

Si bien es cierto, la protección a la tutela judicial efectiva es sumamente importante, consideramos que la misma debe darse, en la medida de lo posible, sin restringir otros derechos.

Por lo que debe evaluarse si realmente el correr traslado a la contraparte supone la afectación de la tutela judicial efectiva. En el subsiguiente apartado sustentaremos porque consideramos que no necesariamente debe ser así.

b. En la legislación comparada

Previamente a emitir nuestra posición, consideremos conveniente hacer una breve referencia a cómo se realiza el trámite de las medidas cautelares en la legislación comparada. Para tal propósito, hemos tenido como referencia: España, Alemania, Brasil y México.

En España, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prescribe que “La suspensión u otra medida cautelar podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por un plazo común que no excederá de tres días y con el informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala o la Sección lo creyera necesario”.

Montero Aroca y Flor Matíes explican que en el caso de la medida cautelar de la suspensión —esto es, de la que suspende la ejecución del acto o sentencia impugnada mediante el amparo— pueden establecerse dos situaciones: la primera, que sería la regular, en donde la suspensión se impone al finalizar el procedimiento constitucional; y, la segunda, que sería para los casos de suspensión urgente o cautelarísima, dicha suspensión se impone con la admisión a trámite de la demanda, con cargo a que se confirme o no al finalizar el procedimiento constitucional. En ambos casos, debe realizarse la audiencia y, por tanto, oírse a las partes en el proceso, así como al Ministerio Fiscal. La diferencia viene marcada porque en el último supuesto, la audiencia tendría como objeto la confirmación o no de la medida que se impuso previamente (al admitir a trámite de la demanda de amparo)²².

Sobre esto último, el Tribunal Constitucional español, en el fundamento primero del Auto 2013/2009, señala lo siguiente: “la concurrencia de una urgencia excepcional que autorice a este Tribunal a adoptar medidas cautelares sin oír a las partes y a hacerlo sin consignar motivación —al acordarse en la propia providencia de admisión

²¹ CASTILLO CÓRDOVA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, p. 421.

²² MONTERO AROCA/ FLORS MATÍES, *Amparo constitucional y proceso civil*, 2.ª ed., pp. 300-301.

a trámite del recurso de amparo— no implica que no deban remediarse estas carencias mediante una nueva resolución motivada en la que, tras oír a las partes, se expresen las razones que lleven al Tribunal a mantener, modificar o levantar la medida inicialmente acordada”. Se deja en claro, que aun cuando la medida cautelar haya sido impuesta antes de la realización de la audiencia, ello siempre bajo criterios de urgencia, es necesaria su celebración con participación de las partes a fin de que, una vez oídas todas, se confirme o no la decisión impuesta.

En Alemania, el proceso constitucional equiparable al amparo se denomina Verfassungsbeschwerde (reclamo constitucional) y se tramita ante el Tribunal Constitucional. La Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán regula este reclamo constitucional, básicamente en los §§ 90 a 96. Esta misma ley regula la posibilidad de aplicar medidas cautelares en los procesos de amparo (reclamo constitucional) en el § 32. Allí se establece que, siempre que se reúnan los requisitos para emitir una medida cautelar urgente, el tribunal podrá dictar tal medida sin necesidad de realizar una audiencia oral e incluso sin dar oportunidad a las partes de exponer su posición al respecto (§ 32 numeral 2). Esta limitación del derecho a ser oído se justificaría por la urgencia del caso.

Esta decisión del tribunal puede ser objeto de impugnación, pero solo por la parte contraria, no por la parte que plantea el reclamo constitucional (§ 32 numeral 3). Esta medida provisional tiene una duración legal de 6 meses, la misma que puede ser ampliada por el mismo periodo por decisión del tribunal (§ 32 numeral 6).

De lo expuesto se puede concluir que la adopción de este tipo de medidas provisionales, prescindiendo de la audiencia e incluso resolviendo de oficio, solo procedería en determinados casos, cuando se satisfagan los requisitos legales exigidos (como la urgencia) para tomar tal decisión. Conviene precisar, sin embargo, que el tribunal no está obligado a tomar esta medida prescindiendo de la audiencia, pues el precepto legal citado establece expresamente que este "puede", es decir, está facultado, autorizado, no obligado a hacerlo

En México, el juicio de amparo se regula en la “Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, la cual prevé, en su art. 125 y ss., la suspensión del acto reclamado²³. Esta Ley, además, regula en su art. 138 que no solo se debe dictar con previo conocimiento de la parte contraria, sino que además debe realizarse una audiencia incidental (art. 144).

Cabe precisar que la propia ley establece que si el juez advierte que “hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con perjuicios de difícil reparación para el quejoso, el órgano jurisdiccional, con la presentación de la demanda, deberá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva (...)”.

²³ A decir de Tron Petit, la suspensión del acto reclamado es: “a) Un mini proceso en forma de juicio; b) En el que se satisfacen las formalidades esenciales del procedimiento tales como: -emplazamiento y transparencia procesal, - alegar, -probar, y – resolución legal del conflicto (...)”. TRON PETIT, *Manual de los Incidentes en el Juicio de Amparo*, 6.ª ed., pp. 35-36.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 prevé una acción semejante al proceso de amparo, el cual se denomina “mandado de segurança”²⁴. A diferencia del recurso de amparo peruano, el mandado de segurança no puede ser interpuesto contra actos de un particular²⁵. Por otra parte, la “liquidez y certeza” del derecho a ser protegido significan que, para que se puede interponer el mandado de segurança, la situación fáctica ya debe estar definida, es decir, la parte demandante debe ser capaz de demostrar, por mera prueba documental adjunta a la petición inicial, que puede ejercer el derecho en cuestión en el momento de la interposición de dicha demanda. En otras palabras, el no admite producción de pruebas²⁶. Esta acción constitucional tiene naturaleza civil.

Tras la promulgación del nuevo Código de Proceso Civil brasileño (en adelante, CPC), en 2015, el sistema de medidas cautelares tiene diversas categorías.

Respecto a su procedimiento, el CPC brasileño establece, en su art. 9º, como regla general, que “no se proferirá decisión contra una de las partes sin que ella sea previamente oída”. Sin embargo, el párrafo único del artículo mencionado prevé que “lo dispuesto en el *caput* de este artículo no se aplica: I – a la tutela provisoria de urgencia”. Por otra parte, el art. 300, párrafo 2º del CPC establece que “la tutela de urgencia puede ser concedida en carácter liminar o tras justificación previa”.

La interpretación sistemática de tales disposiciones legales y del art. 7º, inciso III, de la Ley 12.016/2009, permite concluir que la concesión de la medida puede ocurrir con o sin la necesidad de correr traslado a la otra parte. Ello significa que corresponde al juez evaluar si se hace necesario o no correr el traslado a la otra parte (o entonces realizar una audiencia) antes de dictar la decisión de concesión o no concesión de la medida cautelar. Serán determinantes para esta evaluación los requisitos mismos de la concesión de las medidas de tutela de urgencia, especialmente el del *periculum in mora*.

c. Nuestra posición

Previamente a manifestar cuál es nuestra posición, consideramos que es importante hacer referencia a algunos casos que en los que se otorgaron medidas cautelares sumamente cuestionables y que tuvieron graves consecuencias no solo para la parte demandada, sino, incluso, para terceros, las que eventualmente pudieron haberse evitado corriendo el traslado a la contraparte, quien por lo menos hubiera podido ejercer su derecho de defensa. Dichos casos son los siguientes:

²⁴ De acuerdo con el art. 5º, inciso LXIX, de la Constitución Federal brasileña, “se concederá mandado de segurança para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuere autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público”.

²⁵ Las únicas excepciones que permiten interposición de mandado de segurança contra actos de un particular están previstas en el art. 1o, párrafo 1o, de la Ley 12.096/2009: “Se equiparan a las autoridades, para los efectos de esta Ley, los representantes u órganos de partidos políticos y los administradores de entidades autárquicas, así como los dirigentes de personas jurídicas o las personas naturales en el ejercicio de atribuciones del poder público, solamente en lo que respecta a esas atribuciones”.

²⁶ MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ª ed., p. 533; OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, 13.ª ed., p. 904.

1. LAN Perú: En el año 2014, un juez, bajo el argumento de que la empresa LAN Perú no cumplía con la disposición de que al menos 30% del capital sea peruano, suspendió los vuelos de la mencionada empresa a través de una medida cautelar, la que no solo afectó a esta, sino también a una gran cantidad de pasajeros²⁷.
2. Cartas fianza: El Juzgado de Campo Verde de la Corte Superior de Justicia de Ucayali concedió una medida cautelar a favor de la “Cooperativa de Ahorro y Crédito para emprendedores”, y ordenaba a la SBS y el OSCE, pese a que ello no era posible por no estar bajo la supervisión de la SBS, que la reconociera como la autorizada para emitir cartas fianza frente a cualquier entidad del Estado. Esto originó que se siguieran emitiendo las cartas fianza al Estado por montos millonarios²⁸.
3. Azucarera Tumán: Una facción de accionistas de la azucarera Tumán presentó una demanda de amparo, solicitando el cese en la afectación de los derechos constitucionales de la que vendrían siendo víctimas los azucareros por las resoluciones que se emitían en el Séptimo Juzgado Civil de Chiclayo. En el trámite de dicha demanda se presentó una medida cautelar para designar una nueva administración judicial en la Empresa Agroindustrial Tumán, esta fue concedida por el juez José Alberto Vallejos Florián del Juzgado Mixto de la Corte Superior de Justicia de Amazonas. Ante esta decisión, la OCMA abrió investigación a dicho juez porque dispuso el embargo de la azucarera en forma de administración por un monto de 9 millones de soles, con el fin de asegurar el pago por derecho de CTS de los trabajadores de la ex cooperativa; sin embargo, a opinión de la OCMA, “ello no podría ser objeto de discusión a través de un proceso constitucional de amparo”²⁹.
4. Deuda del Club Universitario de Deportes con la Sunat: el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima concedió una medida cautelar a favor del mencionado Club, pese a que la misma no fue planteada por este, sino por un socio que carecía de legitimidad para obrar. En efecto, según los criterios vinculantes del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad para obrar, el inicio de los procesos de amparo solo debe realizarlo quien tenga legitimidad. En este caso, el juez desconociendo lo anterior una medida cautelar que tuvo como consecuencia que la Sunat se abstenga de cobrar cualquier deuda tributaria o de otra índole al mencionado club, y/o de afectar el patrimonio o la administración del mismo³⁰.

²⁷ Sobre dicho caso, véase la siguiente noticia: <http://www.emol.com/noticias/internacional/2004/10/25/161960/investigacion-a-juez-que-ordeno-suspender-vuelos-de-lan-peru.html>

²⁸ Sobre dicho caso, véase la siguiente noticia: <http://larepublica.pe/politica/767398-ordenan-a-la-sbs-y-al-osce-permitir-que-cooperativa-emita-fianzas>

²⁹ Sobre dicho caso, véase la siguiente noticia: <https://diariocorreo.pe/edicion/lambayeque/juez-en-la-mira-por-caso-tuman-656172/>

³⁰ Sobre dicho caso, véase la siguiente noticia: <https://archivo.gestion.pe/noticia/370704/sunat-presento-queja-medida-cautelar-favor>

5. Empresas sancionadas por el OSCE: se advierte que el OSCE sanciona a diversas empresas, por ejemplo, por presentación de documentación falsa y/o inexacta a las entidades/Tribunal/OSCE; ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral; por presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual, presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP). Las sanciones impuestas determinaban que las empresas ya no sigan contratando con el Estado; sin embargo, estas generalmente presentan una demanda de amparo y obtienen una medida cautelar que les permite seguir contratando con el Estado, lo que les permite adjudicarse un monto de S/5,892.7 millones, según reveló la Oficina de Estudios e Inteligencia de Negocios del OSCE³¹.
6. Casos de galerías, discotecas y otros negocios: la Municipalidad de Lima, en su labor de fiscalización, dispone la clausura de diversos establecimientos que no cumplen con las medidas de seguridad exigidas, quienes acuden al proceso de amparo y obtienen medidas cautelares, mediante las cuales a las horas se dejan sin efecto las medidas dispuestas por la Municipalidad, por lo que siguen funcionando y causan siniestros como el ocurrido, el 12 de junio 2017, en la galería siniestrada denominada “La Cochera”, la que fue clausurada en el 2012, pero los administradores consiguieron un fallo favorable y, luego de tres días del cierre de las instalaciones, quedó sin efecto la misma y consiguientemente siguió funcionando, tal como lo manifiesta el gerente de Defensa Civil de la Municipalidad mencionada³².

Los casos citados ponen en evidencia que una medida cautelar sin correr traslado a la contraparte puede generar consecuencias gravísimas para esta, por lo que, como mínimo, a nuestro juicio, debería dársele la oportunidad de contradecir los argumentos mediante los cuales el accionante busca obtener una medida cautelar.

En efecto, por las graves consecuencias que produce para los intereses del demandado, conforme lo hemos podido observar en los referidos casos, consideramos que no resulta atendible que siempre y de manera incuestionable la medida cautelar se adopte sin darle la oportunidad a aquel que pueda ejercer su defensa.

Así las cosas, resulta justificado que se evalúe otra alternativa que intente conjugar dos aspectos: de un lado, la satisfacción de la tutela judicial efectiva y, de otro, el principio contradictorio y el derecho de defensa de la parte demandada.

³¹ Sobre dicho caso, véase las siguientes noticias: <https://peru21.pe/peru/medidas-cautelares-permitieron-proveedores-sancionados-adjudicarse-s-5-892-7-millones-senala-osce-389850>. <http://www.economistaamerica.pe/actualidad-eAm-peru/noticias/9011027/03/18/Juzgados-continuan-dictando-medidas-cautelares-a-favor-de-proveedores-sancionados.html>. <https://gestion.pe/economia/109-empresas-sancionadas-siguen-contratando-mediante-medidas-cautelares-5539>

³² Sobre dicho caso, véase la siguiente noticia: <https://exitosanoticias.pe/mml-exceso-medidas-cautelares-acciones-amparo-afecta-tareas-fiscalizacion>

Y es que no debe olvidarse que la contradicción y el derecho de defensa otorgan mayores elementos al juez para emitir un pronunciamiento con más asertividad, por cuanto permite el debate de argumentos de las partes, el cual serán de suma utilidad al momento de que el juez resuelva si concede o no la medida cautelar, fundamentalmente para determinar la apariencia del derecho y el peligro en la demora.

Además, correr traslado o poner en conocimiento de la solicitud de la medida cautelar a la parte demandada no significa necesariamente que se vulnere o deje sin efecto la tutela judicial efectiva. Por el contrario, consideramos que la tutela judicial efectiva es compatible con el hecho de que se corra traslado de la solicitud a la contraparte, por cuanto no se pone en riesgo la efectividad de la medida cautelar porque la demora en correr el traslado no generará una situación de irreversibilidad o irreparabilidad del derecho.

En atención a lo expuesto, la propuesta que fue aprobada por el Grupo de Trabajo contempla expresamente la posibilidad de que la medida cautelar se dicte con el previo traslado de la solicitud a la otra parte, salvo –y esta sería la excepción– que la puesta en conocimiento genere un perjuicio irreparable.

Como puede observarse, esta propuesta crea una regla general, expresada en el hecho de que se tenga que correr traslado a la contraparte; y, a su vez, establece una excepción, que consiste en que no procederá lo anterior cuando pueda generar un perjuicio irreparable para el demandante. Esta excepción busca evitar que la puesta en conocimiento a la contraparte pueda generar un perjuicio irreparable y, en consecuencia, afectar la tutela judicial efectiva.

Adicionalmente, somos partidarios de que la propuesta no solo implique correr traslado, sino que esto implique la necesaria realización de una audiencia, pues esta proporciona, de un lado, un mejor escenario para la vigencia del principio de contradicción y, de otro, una mayor transparencia a la decisión del juez al tener que fundamentar su resolución a partir de lo debatido en la audiencia.

En España, por ejemplo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español contempla en su regulación de la audiencia para la tramitación de la medida cautelar en el proceso de amparo: “La suspensión u otra medida cautelar podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por un plazo común que no excederá de tres días y con el informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala o la Sección lo creyera necesario”.

Ahora bien, somos conscientes de que el traslado a la parte demandada no elimina por completo los casos donde se cometen excesos a través de las medida (es más, sabemos que con una modificación legislativa no se va a cambiar una mala praxis); sin embargo, consideramos que por lo menos se disminuiría en alguna medida los casos donde se produciría esta situación, ya que el juez no podrá ser sorprendido por la parte demandante (quien no siempre obra de buena fe).

En este contexto, es sumamente importante la labor que cumple el juez, quien debe ser sumamente cauteloso al momento de evaluar los presupuestos de la medida cautelar antes de dictarla, y debe ser consciente de que su decisión puede generar graves consecuencias en los derechos del demandado. Efectivamente, el juez no solo debe preocuparse por otorgar tutela urgente al demandante, sino también debe tener cuidado de que ello no genere una grave afectación para los derechos del demandado, ya que aquel no siempre tiene la razón y tampoco siempre actúa con rectitud. En suma, al juez no solo le corresponde tutelar los derechos del demandante, sino también los del demandado, de manera que debe tutelar los derechos de aquel sin producir perjuicios irreparables para los de este.

Por lo expuesto, concluimos que la forma en que se resuelve una pretensión debe ser, de un lado, el idóneo para cumplir con la finalidad de la medida cautelar y, de otro, respetuoso con la protección de los principios y derechos fundamentales de la parte demandada; se debe hallar, en tanto sea posible, una armonía entre los derechos del demandante y los del demandado. Esta es una aspiración legítima a la que no debemos renunciar, sino que debemos exigir que así sea, y consideramos que un buen inicio para ello es que las medidas cautelares se discutan en una audiencia en la que prevalezca el principio de contradicción y el derecho de defensa.

V. CONCLUSIONES

Primera conclusión: el procedimiento del texto vigente debe ser modificado, ya que el doble procedimiento que se establece resulta cuestionable, de un lado, porque no permite el contradictorio para la mayoría de los casos y, de otro, porque el modo en que está prescrito podría afectar el principio de igualdad.

Segunda conclusión: es necesario que las medidas cautelares se dicten previo traslado a la parte demandada, a fin de que esta pueda ejercitar su derecho de defensa de manera efectiva.

Tercera conclusión: no solo se debe correr traslado, sino que es necesario que se regule la realización de una audiencia, ya que permite una contradicción efectiva y, además, brinda transparencia a la resolución del juez.

Cuarta conclusión: con la regulación del contradictorio y la audiencia no se eliminará los excesos en los que incurren los operadores jurídicos en general al momento de que se dicta una medida cautelar, pero por lo menos los disminuirá y evitará que el juez sea sorprendido por una actuación de mala fe del demandante.

Quinta conclusión: la forma en que se resuelve una pretensión debe ser, de un lado, la idónea para cumplir con la finalidad de la medida cautelar y, de otro, respetuosa con la protección de los principios y derechos fundamentales de la parte demandada; se debe hallar, en tanto sea posible, una armonía entre los derechos del demandante y los del demandado. Esta es una aspiración legítima a la que no debemos renunciar, sino que debemos exigir que así sea, y consideramos que un buen inicio para ello es que las medidas cautelares se discutan en una audiencia en la que prevalezca el principio de contradicción y el derecho de defensa.