

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ
HÉCTOR OLASOLO
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS
Directores Académicos

SOFÍA LINARES BOTERO
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO
Coordinadoras

33

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

**Particular atención a la
corrupción asociada al crimen
organizado transnacional**

PARTE I

Personas físicas



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN
DESDE LA PARTE GENERAL
DEL DERECHO PENAL**

**Particular atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional**

PARTE I

Personas físicas

Volumen 33

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e
Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)*

*y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Particular atención a la corrupción
asociada al crimen organizado
transnacional

PARTE I
Personas físicas

Volumen 33

Directores Académicos

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ
HÉCTOR OLASOLO
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS

Coordinadores

SOFÍA LINARES BOTERO
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO
DANIELA CLAVIJO FONSECA



Facultad de
Jurisprudencia



Facultad de Estudios
Internacionales,
Políticos y Urbanos



Deusto
Universidad de Deusto

tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© V.V.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-455-7
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A Valentina Ramírez Barrera y Pedro Montaña Vélez, por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadoras	17
Autores	19
Abreviaturas	23
Prólogo	27
<i>Héctor Hernández Basualto (Chile)</i> <i>Profesor Titular de Derecho penal y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad</i> <i>Diego Portales</i>	
Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, su Grupo de Derecho Penal y la presente obra colectiva	33
<i>Héctor Olasolo (España/Colombia), Norberto Hernández Jiménez (Colombia) & María Soledad Gil Nobajas (España)</i>	

1. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES, ASOCIACIÓN ILÍCITA Y TENTATIVA

Capítulo 1. Actos preparatorios punibles, asociación ilícita y tentativa	61
<i>Luisa Villarraga Zschommler (Colombia), María Paula López Velásquez (Colombia) & Sofía Linares Botero (Colombia)</i>	

2. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES, ATENUANTES Y AGRAVANTES

Capítulo 2. Las circunstancias atenuantes. En particular la cooperación eficaz como circunstancia de atenuación de la pena	137
<i>Enrico Amati (Italia) & Luca Baron (Italia)</i>	
Capítulo 3. Las circunstancias agravantes	211
<i>Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú), Juan Carlos Collantes Camacho (Perú), Jessie Liliana Trevejo Nuñez (Perú) & Luis Alejandro Yshii Meza (Perú)</i>	

3. PENAS

Capítulo 4. Las penas principales y accesorias.....	277
<i>Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú), Juan Carlos Collantes Camacho (Perú), Jessie Liliana Trevejo Nuñez (Perú) & Luis Alejandro Yshii Meza (Perú)</i>	

4. RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Capítulo 5. Subrogados penales.....	373
<i>Juan Sebastian Figueroa Ochoa (Colombia) & Norberto Hernández Jiménez (Colombia)</i>	
Capítulo 6. Cuestiones relevantes de derecho penitenciario: la resocialización de los delincuentes de cuello blanco	407
<i>Fernando León Tamayo Arboleda (Colombia) & Libardo José Ariza (Colombia)</i>	
Capítulo 7. Amnistías e indultos por delitos de corrupción	443
<i>Ligia María Vargas Mendoza (Colombia)</i>	

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 8. Conclusiones.....	503
<i>Norberto Hernández Jiménez (Colombia), Héctor Olasolo (España/Colombia) & María Soledad Gil Nobajas (España)</i>	
Capítulo 9. Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano	553
<i>Norberto Hernández Jiménez (Colombia), Héctor Olasolo (España/Colombia) & María Soledad Gil Nobajas (España)</i>	

Directores Académicos

Norberto Hernández Jiménez (Colombia)

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que forma parte del Programa de Investigación 70593 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de MinCiencias (Colombia).

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación *Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre *Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional*. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

María Soledad Gil Nobajas (España)

Licenciada con Diploma de Especialidad Económica y Doctora en Derecho en la Universidad de Deusto. Profesora Contratada Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Deusto (España). Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho Penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

Coordinadoras

Sofía Linares Botero (Colombia)

Profesional en Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023).

Autores

Amati, Enrico (Italia)

Universidad de Udine (Italia).

Ariza, Libardo José (Colombia)

Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (España). Profesor de la Universidad de los Andes (Colombia). ORCID: 0000-0002-4558-4332.

Barón, Luca (Italia)

Universidad de Udine (Italia).

Collantes Camacho, Juan Carlos (Perú)

Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello de Cajamarca y con estudios de Maestría en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Adjunto de Docencia de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario General de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Actualmente es Relator de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Ha colaborado con la edición de varias publicaciones de Derecho Penal.

Gil Nobajas, María Soledad (España)

Ver sección de directores académicos.

Figuroa Ochoa, Juan Sebastián (Colombia)

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali), con énfasis en Derecho Público. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Diplomado en Justicia Criminológica y Análisis del comportamiento criminal de la Universidad El Bosque (Bogotá).

Hernández Jiménez, Norberto (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Linares Botero, Sofia (Colombia)

Ver sección de coordinadoras.

López Velásquez, María Paula (Colombia)

Candidata Doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Master Avanzado en Derecho Internacional Público con énfasis en Derecho Internacional Penal de la Universidad de Leiden (Países Bajos). Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultora para la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto (Perú)

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Catedrático Principal de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia. Ha sido Presidente del Poder Judicial del Perú. Actualmente es Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Autor de varios libros y artículos de Derecho Penal y Política Criminal.

Tamayo Arboleda, Fernando León (Colombia)

Doctor en Derecho y Profesor de la Universidad de los Andes (Colombia). ORCID: 0000-0003-0960-0849.

Trejejo Núñez, Jessie (Perú)

Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Corrupción y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca y candidata a Doctora por la misma casa de estudio. Ex Jefe de Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial. Secretaria Técnica de la Comisión de Integridad Judicial del Poder Judicial, Secretaria Técnica de sub sistemas especializados y de Comisiones de investigación del Poder Judicial. Coordinadora de equipos de trabajo en la Procuraduría Ad Hoc Anticorrupción y en la Procuraduría de Lavado de Activos. Asesora legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú. Consultora en temas de crimen organizado transnacional, lavado de activos, lucha contra la corrupción y cooperación judicial internacional.

Vargas Mendoza, Ligia María (Colombia)

Abogada de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Maestra en Derecho Penal y Doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca. Profesora de cátedra de la Universidad de los Andes. Counsuel área de Derecho Penal Corporativo, CMS - Rodriguez Azuero.

Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia)

Profesional en Derecho con profundización en Derechos Humanos y mención en filosofía de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Internacional y Magíster en Construcción de Paz de la Universidad de los Andes, Colombia. Procesional Especializado Grado 33 de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

Yshii Meza, Luis Alejandro (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Penal por la Universidad San Martín de Porres. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de León (España). Profesor de Derecho Penal en la Universidad San Martín de Porres y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido

Alto funcionario del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú y también Secretario de Confianza en la Corte Suprema de Justicia de la República. Es autor de varias publicaciones sobre Derecho Penal.

Abreviaturas

AFP	Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o Convención de Mérida
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo
ConsEur	Consejo de Europa
Convención ConsEur	Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa
Convención OCDE	Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
Convenio Penal ConsEur	Convenio 173, de 27 de enero de 1999, sobre la corrupción
COT	Crimen organizado transnacional
CP	Código penal

CPF	Código penal federal
DADH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DIP	Derecho internacional penal
DL	Decreto Legislativo
DOJ	Departamento de Justicia de los Estados Unidos o U.S. Department of Justice
DP	Derecho penal
DPA	Deferred Prosecutions Agreements
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos de América
FAR	<i>Federal Acquisitions Regulations</i>
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos
FEDADOI	Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado de Perú
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
NPA	<i>Non Prosecutions Agreements</i>
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
PCs	<i>Compliance Programs</i>
PEP	Personas expuestas políticamente

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Persona jurídica
PTEE	Programas de Transparencia y Ética Empresarial
PTEEP	Programas de Transparencia y Ética Empresarial Públicos de Colombia
RPPJ	Responsabilidad penal de las personas jurídica
RUB	Registro Único de Beneficiarios Finales
SAGRILAF	Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva
SEC	Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción
STTF	Spanish Translation Task Force
UE	Unión Europea
UNDOC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
USSG	<i>United States Sentencing Guidelines</i>
UTM	Unidad Tributaria Mensual

Abreviaturas en italiano

CICC	Convenzione Interamericana contro la Corruzione
CNUCC	Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione o Convenzione di Mérida
CNUDOT	Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale o Convenzione di Palermo
COT	Criminalità Organizzata Transnazionale
CP	Código penale
DIP	Diritto Internazionale Penale
DL	Decreto Legislativo
DP	Diritto penale

Prólogo

Que el fenómeno de la corrupción y sus efectos ocupen un lugar muy destacado entre las preocupaciones de la opinión pública en la mayoría de los Estados, y que las medidas de todo tipo para erradicarla (o, al menos, para mantenerla a raya), constituyan un objeto prioritario de la agenda política también de modo prácticamente universal, no constituye ninguna novedad. En el ámbito latinoamericano, en particular, a pesar de las diferencias observables al respecto entre los distintos países, se trata, sin duda, de un factor que ha lastrado desde antiguo tanto los esfuerzos por mayores y mejores niveles de desarrollo, como la consolidación de las instituciones democráticas en la región. Esto explica que uno de los primeros instrumentos internacionales específicos en la materia haya sido, precisamente, la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, gestada en el seno de la Organización de Estados Americanos.

Tampoco es novedad, por desgracia, que, en los últimos años, se haya profundizado la simbiosis entre corrupción y criminalidad organizada, relación que, hay que reconocerlo, siempre ha estado latente, pero que ha adquirido unas dimensiones desconocidas hasta ahora, siendo de destacar su marcada tendencia transnacional. Lo que hasta hace algún tiempo podía haberse entendido como una conexión de fenómenos delictivos que se daba esencialmente en el plano doméstico, y comprometiendo casi solo a los niveles más bajos de la estructura estatal, hoy se aprecia como un fenómeno que está o puede estar presente en el corazón del poder político y económico de las naciones.

De ahí la imperiosa necesidad de políticas generales y medidas particulares eficaces con las que hacer frente al fenómeno de la corrupción como componente de la criminalidad organizada transnacional, para lo cual el aporte de la academia, también de la academia jurídica, debiera ser esencial. El volumen que el lector tiene ante sí se inscribe precisamente en esa lógica, en la búsqueda de aquello que el derecho puede aportar en la configuración de tales políticas y medidas. Forma parte del Programa de investigación 70593, programa

financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia, ejecutado por la Universidad del Rosario y por la Pontificia Universidad Javeriana, como entidades ejecutante y coejecutante, respectivamente, con el apoyo institucional y financiero del Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), y bajo la dirección del Prof. Dr. Héctor Olasolo.

Como se explica en la detallada presentación por parte de sus responsables, en este mismo volumen, al menos dos de los tres proyectos de investigación de dicho programa tienen por objeto las posibles respuestas a este tipo de corrupción desde el derecho, uno desde el derecho internacional, el otro desde el derecho público comparado. Pues bien, en este último (Proyecto 71848) se abordan las respuestas que, a partir de un análisis comparado que considera la situación de ordenamientos desarrollados de referencia, como España y los Estados Unidos, entre otros, así como ordenamientos latinoamericanos representativos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, además de Colombia), es dable dar a partir del derecho electoral, el derecho administrativo, el derecho tributario y el derecho penal, tanto sustantivo como procesal. El propósito de todos los volúmenes es, luego de detectar, por así decirlo, “buenas prácticas” en relación con las distintas aristas que son objeto de estudio, proponer cambios legislativos y de otro tipo para el conjunto de los países de la región y, en particular, para Colombia. El presente volumen es el primero centrado en el derecho penal sustantivo.

Ahora bien, es con la perspectiva del estudio donde empiezan las novedades más significativas. En primer lugar, debe destacarse algo que constituye la marca de todos los volúmenes del proyecto, como es la perspectiva comparada, sobre todo del modo en que se aborda. En vez de la habitual adición de informes nacionales preparados por uno o más especialistas del respectivo país, aquí se trata de capítulos elaborados por uno o más autores que se hacen cargo de un único tema, a propósito del cual ellos mismos abordan la situación en los distintos ordenamientos, con lo cual se logra que estos últimos se miren, se analicen y comparen desde una misma perspectiva. Este modo de proceder encierra, naturalmente, ciertos riesgos, en cuanto no se puede esperar que los autores conozcan de igual modo la situación en todos los ordenamientos estudiados, no solo en los textos,

sino también en las prácticas. Tratándose de autores muchas veces con experiencia, y con los suficientes contactos académicos en el extranjero, ese riesgo se minimiza, pero es prácticamente imposible que no se deslice alguna afirmación o juicio que requeriría cuando menos un matiz. Con todo, debe aplaudirse la audacia y que se privilegie la consistencia en la mirada del examen comparado.

En lo que concierne a este volumen específico, el primero que acomete el examen del derecho penal sustantivo, la novedad radica en que su objeto no está configurado por las cuestiones obvias que se abordan, necesariamente, en cualquier aproximación jurídico-penal al fenómeno de la corrupción, a saber, cuestiones que atingen básicamente a la parte especial del derecho penal (qué figuras, con qué requisitos y alcances, cómo se delimitan unas de otras, etc.) y a algunas pocas de la parte general (problemas de los delitos especiales, adecuación social, etc.). Por el contrario, este volumen se centra en cuestiones de parte general que suelen no tratarse cuando se abordan las aristas jurídico-penales de la corrupción y que, sin embargo, son fundamentales, cuando menos desde una perspectiva *de lege ferenda*, que es la pertinente para el desarrollo de una legislación más adecuada en la materia.

En efecto, los siete capítulos que preceden el octavo y final, de conclusiones y recomendaciones, abordan temas comunes a cualquier política punitiva, mostrando cómo inciden de un modo especial en la respuesta que se da a la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional. Sin perjuicio de remitirme a la sintética pero detallada presentación del conjunto de los capítulos que se ofrece en la ya mencionada presentación de los responsables del proyecto. El capítulo inicial ofrece una reflexión sobre la conveniencia de considerar “dispositivos amplificadores del tipo penal”, siendo de particular interés (en la medida en que la tentativa suele ser punible en general en los ordenamientos estudiados) la reflexión sobre la posible punición especial de actos preparatorios de ciertos delitos de corrupción, así como aquella sobre la extensión de tipos penales especiales de organización (asociación ilícita o cualquiera que sea su denominación) y la configuración más adecuada para ellos. Cabe destacar que ya en este capítulo inicial se advierte la tensión, que se da en las propias autoras y que recorre todo el libro,

entre los propósitos de mayor eficacia punitiva en materia de corrupción y la preservación de las garantías materiales del derecho penal, tal como ocurre en el debate legislativo nacional de modo prácticamente universal. Con ello, las autoras dan cuenta de su honestidad y ecuanimidad intelectual (lo que se extiende en general al resto de los autores del volumen), al tiempo que hacen patente las aporías que enfrenta el debate.

En materia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, materia que en principio podría entenderse más cercana a la parte especial, lo cierto es que, en la medida en que la mayoría de las legislaciones nacionales no contienen circunstancias específicas para los delitos de corrupción, los capítulos correspondientes se construyen en buena medida a partir de disposiciones generales. Destaca en esta materia el tratamiento (en general favorable) de los mecanismos premiales en la materia, sin perjuicio de las alertas sobre los efectos negativos que podría tener una regulación excesiva e innecesariamente generosa en términos simbólicos y preventivo-generales, así como la interesante propuesta de agravación por la calidad de “persona expuesta políticamente” en aquellos ordenamientos que aún no la consideran o la consideración agravatoria del factor organizativo cuando este no sirve derechamente como título de imputación del hecho.

Los capítulos siguientes abordan tanto las penas principales y accesorias que se consideran más adecuadas en materia de corrupción, también para efectos de satisfacer el estándar internacional, que exige sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” (destacan aquí interesantes propuestas en materia de inhabilitaciones y fijación de la cuantía de las multas), como de los llamados “subrogados penales”. Si bien la consideración separada de ambas materias arroja un panorama que al menos *prima facie* parece discordante (muy simplícidamente: más severidad en cuanto a las penas, incluyendo la privativa de libertad, pero menos restricciones a los subrogados), no lo es necesariamente, pues, si bien ambas inciden en el resultado final bruto del enjuiciamiento, debe entenderse que se trata de instituciones con fines diferentes. Como fuera, la puesta en relación de ambos capítulos debiera dar lugar a un interesante debate.

He dejado aparte, en cambio, las reflexiones sobre régimen de ejecución efectiva de las penas privativas de libertad, materia en la

cual no puede sino compartirse el criterio de que nada justifica apartarse en esta materia de los estándares de derechos humanos que rigen la cuestión penitenciaria (cuestión del todo distinta, sin embargo, de aquella otra sobre la prescripción de los delitos, tratada, curiosamente, en el mismo capítulo sexto, y en torno a la cual cuesta coincidir con los autores: una cosa es el rechazo más que razonable de la imprescriptibilidad propugnada por algunos, otra es desconocer que la naturaleza no ostensible de los delitos y las dificultades de su investigación sugiere la conveniencia de reglas especiales, respecto de cuya legitimidad no se aprecian objeciones de peso).

Por último, se aborda la polémica cuestión de la posibilidad de amnistías o indultos en la materia. Lamentablemente, la presentación se ve algo oscurecida por la referencia permanente (pero impertinente) a la misma cuestión respecto de crímenes de lesa humanidad en contextos dictatoriales, sin perjuicio de lo cual, las objeciones contra su aplicación en casos de corrupción son convincentes, como son atendibles las propuestas de una aplicación condicionada en términos de reparación u otras formas de contribución social.

En fin, como se puede ver, se trata de reflexiones y propuestas sobre cuestiones muy relevantes para la configuración de un adecuado régimen jurídico-penal de la corrupción, aunque no siempre se tenga conciencia de su importancia. Ahí radica el principal mérito del libro, servir como punto de partida para una discusión necesaria. Se debe agradecer la iniciativa y su ejecución.

En Santiago de Chile, a 6 de marzo de 2024

Héctor Hernández Basualto

*Profesor titular de derecho penal y director del programa de doctorado
Universidad Diego Portales*

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre *Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional*, su Grupo de Derecho Penal y la presente obra colectiva

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

- (1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;
- (2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelto Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
- (3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplica-

ción del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan

en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red->

de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal.

- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.
- Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.
- Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.
- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

- Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.
- Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.
- Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.
- Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.
- Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.
- Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.
- Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-espacios-maritimos>.

men-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848 - Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.
- Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861 - Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.
- Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software Net-Logo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- A) Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B) Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).
- C) Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho
- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).
- D) Respuestas desde el Derecho Internacional
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).

- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E) Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A) Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
- La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B) Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C) El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).
- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).

- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

- A) Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas
 - Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.
 - Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.
 - Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.
- B) Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto
 - Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.
 - Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.
- C) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D) Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E) Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F) Recomendaciones en materia de derecho financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G) Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anti-corrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

H) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I) Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J) Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K) Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M) Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la ac-

tuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO PENAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho penal (el Grupo) de la Red, en ejecución del Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho público comparado.

El Grupo es coordinado por los profesores Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817, y Norberto Hernández Jiménez (Colombia), en su condición de coinvestigador principal del Proyecto 71848 al cual se inscribe el Grupo. Así mismo, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de la joven investigadora y consultora Sofía Linares Botero (Colombia) y la consultora Ana María Martínez Agudelo (Colombia), ambas vinculadas a las Universidad del Rosario (Colombia).

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en al menos una de las cuatro obras colectivas desarrolladas desde agosto de 2020:

1. Amaral, Bruno (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
2. Amati, Enrico (Italia): Universidad de Udine (Italia)
3. Ariza, Libardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
4. Ballesteros Sánchez, Julio (España): Universidad de Salamanca (España)
5. Barón, Luca (Italia): Universidad de Udine (Italia)
6. Beguelín, José Raúl (Argentina): Procuraduría de Buenos Aires (Argentina)
7. Blanco, Isidoro (España): Universidad de Alicante (España)

8. Cancio Meliá, Manuel (España): Universidad Autónoma de Madrid (España)
9. Carneiro Molinaro, Wanessa (Brasil): Universidad do Estado do Río de Janeiro (Brasil)
10. Del-Carpio-Delgado, Juana (España): Universidad Pablo de Olavide (España)
11. Collantes Camacho, Juan Carlos (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
12. de la Cuesta, José Luis (España): Universidad del País Vasco (España)
13. Dias, Leandro (Argentina): Universidad de Wurzburg (Alemania)
14. Figueroa Ochoa, Juan Sebastián (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
15. Galloro, Rogerio (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
16. Gil Nobajas, María Soledad (España): Universidad de Deusto (España)
17. Goena, Beatriz (España): Universidad Pompeu Fabra (España)
18. Japiassú, Carlos (Brasil): Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil)
19. Jiménez Jiménez, Daniel Fernando (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
20. León Tamayo, Fernando (Colombia): Universidad del os Andes (Colombia)
21. López Velásquez, María Paula (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
22. Matus, Jean Pierre (Chile): Universidad de Chile (Chile)
23. Naval Linares, Virginia (Perú): Abogada (Perú)

24. Odriozola, Miren (España): Universidad del País Vasco (España)
25. Pantoja Ruiz, Juan Pablo (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
26. Prado, Víctor (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
27. Romero Espinosa, David Ricardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
28. Ramírez Moncayo, Andrés Fernando (Colombia)
29. Rangell, Pablo (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
30. Santos Prada, Andrea (Colombia): Universidad Cooperativa (sede Santa Marta, Colombia)
31. Sansó-Rubert Pascual, Daniel (España): Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED - España)
32. Scoletta, Marco (Italia): Universidad de Milano (Italia)
33. Szenkman, Agustina (Argentina): Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas (Buenos Aires, Argentina)
34. Tavares Ferreira, Ana Lucía (Brasil): Universidad Estácio de Sá (Brasil)
35. Taverriti, Sara (Italia): Universidad de Milano (Italia)
36. Trejeos Núñez, Jessie (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
37. Valdez Silva, Francisco (Perú): Abogado (Perú)
38. Vargas, Ligia (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
39. Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia): Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)
40. Yshii Meza, Luis (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

41. Zúñiga Rodríguez, Laura (España/Perú): Universidad de Salamanca (España)

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de las cuatro obras colectivas que ha llevado a cabo.

Además, el día 11 de octubre de 2022 celebró un seminario virtual abierto para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede seguir en el siguiente enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 3 del Programa 70593.

El Seminario fue coordinado académicamente por Héctor Olosolo y Norberto Hernández Jiménez, y administrativamente por Sofía Linares Botero, abordando las siguientes temáticas:

Panel 1: Respuestas desde el derecho penal general:

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: causas para su aceptación o rechazo.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialidades en materia de actos preparatorios punibles, tentativa y formas de autoría y participación.
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Especialidades en materia de penas principales y accesorias y de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes.
- Sistemas de cumplimiento penal para las personas jurídicas que incurren en actos de corrupción pública o privada causados por el crimen organizado transnacional.
- Las amnistías y los indultos por delitos de corrupción otorgados de manera graciable por el gobierno.

Panel 2: Respuestas desde el derecho penal especial:

- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y en el sector privado.

- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.
- La malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.
- Los delitos electorales (incluyendo financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales).
- Los delitos tributarios, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

Además, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez en diversos seminarios internacionales, incluyendo:

1. El III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.
2. La X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional², celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.
3. El Seminario Internacional celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Pontificia Universidad Javeriana bajo el título “Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: presentación de resultados del Proyecto 71848”, cuya grabación se puede seguir en el

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 19 del Programa.

Finalmente, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido presentadas a la Dirección General “Dirección de Política Criminal y Penitenciaria” del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Javeriana.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

El objetivo de esta obra colectiva es responder a la pregunta relativa a si la parte general del derecho penal puede, y de qué manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción, en especial asociada al COT. Para ello, la pregunta de investigación que subyace a todos los capítulos es la siguiente: ¿en qué medida la institución analizada puede contribuir a dar una respuesta idónea a este fenómeno en América Latina, en general, y en Colombia, en particular?

El punto de partida del volumen es que la eficacia preventiva de la incriminación de los actos de corrupción para evitar, y en su caso castigar, las conductas socialmente intolerables (su eficacia preventiva) queda en buena medida comprometida por el tratamiento que, específicamente, se les da a aquellas cuestiones que pertenecen a la parte general del derecho penal, las cuales inciden directamente en la aplicación de las normas y en el consiguiente castigo de las conductas delictivas, así como en su cumplimiento, contribuyendo a que la respuesta penal resulte adecuada y eficaz en el marco de una estrategia anticorrupción.

Así se desprende del art. 11 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000) y del art. 30 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003), al exigir a los Estados tanto la adopción de políticas y prácticas preventivas, como de medidas represivas por las que se penalice y aplique la ley “con sanciones que tengan en cuenta la gra-

vedad de estos delitos”. En atención a lo anterior, resultaba imprescindible dentro del amplio del proyecto en el que se enmarca esta investigación, dedicar dos volúmenes a la parte general del derecho penal para evaluar su eficacia en la lucha contra la corrupción, particularmente vinculada al COT.

La presente obra colectiva, que constituye el primero de estos volúmenes, se compone de nueve capítulos, en los que han participado un total de catorce investigadores. Excepto los dos capítulos finales de conclusiones y recomendaciones, todos los demás presentan una estructura muy similar. Primero, comienzan analizando los instrumentos legales internacionales y regionales más relevantes. En concreto, en el ámbito internacional, los principales documentos de referencia son la CNUDOT, la CNUCC y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación de Terrorismo (1999), así como la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997)³. Por su parte, a nivel regional destaca, en particular, para América Latina la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)⁴,

³ Para algunas de las instituciones estudiadas en esta obra son también relevantes otros textos legales internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (1948), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y el Protocolo II adicional a las Convenciones de Ginebra (1977).

⁴ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) también son relevantes a la hora de analizar algunas de las instituciones estudiadas.

mientras que en Europa se distinguen entre los instrumentos procedentes del Consejo de Europa⁵ y los emanados de la Unión Europea⁶.

Tras el análisis de los instrumentos supranacionales, los capítulos realizan un estudio comparado en el que se analizan, por un lado, los países de América Latina que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), y, por otro lado, ciertos Estados de fuera de la región que tienen una especial influencia (EE.UU.), mantienen una estrecha relación política, económica, cultural y jurídica con los países latinoamericanos (España) o tienen una amplia experiencia en materia de COT (Italia). Además, debido al origen del Programa 70593, se dedica un apartado propio al análisis del sistema colombiano y a la identificación de sus principales fortalezas y debilidades. Cada capítulo finaliza con las conclusiones y recomendaciones formuladas por los autores para América Latina en general, y Colombia en particular.

En cuanto al contenido concreto de cada capítulo, Linares, Villarraga & López abordan en el capítulo 1 la cuestión de los dispositivos amplificadores del tipo penal. En él, reflexionan sobre la cuestión relativa a si los actos preparatorios, la asociación ilícita y la tentativa son figuras penales que permiten responder de manera más eficaz a escenarios de corrupción (especialmente, cuando está asociada al COT), donde hablar de la lesión del bien jurídico y, en consecuencia, consumación del delito, puede no resultar suficiente.

⁵ Los instrumentos principales de referencia en el seno del Consejo de Europa son las dos Convenciones sobre Corrupción (penal y civil) de 1999, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del año 1950.

⁶ En la Unión Europea, existen diversas iniciativas que existen para combatir la corrupción (incluyendo la vinculada al COT), entre las que destacan las siguientes: (a) la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo (2003), relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; (b) la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo (2017), sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea; y (c) la Decisión Marco 2008/841/JAI, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (2008).

Los dos siguientes capítulos se dedican a las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Así, Amati & Barón analizan en el capítulo 2 las circunstancias atenuantes generales y específicas previstas en los diferentes sistemas normativos de referencia. El análisis se centra en los mecanismos de “colaboración recompensada” a los que se reconoce un efecto reductor o mitigador de la pena para quienes han participado en delitos de corrupción.

En el capítulo 3, Prado, Collantes, Treveño & Yshii llevan a cabo un estudio de los factores genéricos y específicos de agravación, a la luz del requerimiento que desde distintos organismos especializados se hace a los Estados de adoptar medidas punitivas más severas para estos delitos acordes con su gravedad. Especial atención merecen, a este respecto, las circunstancias agravantes vinculadas con la condición de funcionario o servidor público del autor o partícipe, el abuso del cargo público, la ejecución del delito desde una organización criminal y la reincidencia.

La obra continúa en el capítulo 4, a cargo igualmente de Prado, Collantes, Treveño & Yshii, con el análisis de otra cuestión fundamental en el desarrollo de una política eficaz contra la corrupción, como es el régimen de penas principales y accesorias. Cobran especial relevancia su tipología y cuantificación al objeto de cumplir con el estándar internacional que requiere su configuración como sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias”. En concreto, se analiza la eficacia preventiva de las penas privativas de libertad, multa e inhabilitaciones absolutas y especiales en su condición de penas principales y accesorias en esta clase de criminalidad.

Los capítulos 5 y 6 incursionan en el régimen de cumplimiento de la pena. En el primero, relativo a los subrogados penales, Figueroa & Hernández analizan las opciones de liberación temprana bajo fórmulas de libertad condicional y sustitución de la pena con que cuenta la persona condenada penalmente, teniendo presente que en materia de corrupción se habría arraigado una política de tolerancia cero, que para los autores no se encuentra justificada.

Íntimamente vinculado con esta cuestión, Tamayo & Ariza abordan en el capítulo 6 el controvertido tema de la resocialización en el marco de una crítica teórica de cuestionamiento del uso de la cárcel

como mecanismo de resocialización y del tratamiento penal de los delincuentes, así como los retos a los que se debe enfrentar el cumplimiento de los fines de la pena de las personas condenadas por delitos de corrupción.

Vargas incursiona en el capítulo 7 en otra cuestión altamente polémica en general, y particularmente en esta clase de delincuencia, como es la posibilidad de otorgar amnistías o indultos a quienes han sido condenados por delitos asociados a la corrupción. La relevancia política de este asunto viene dada por el hecho de que, en la mayoría de los Estados, la decisión de conceder alguna de estas gracias o prerrogativas depende exclusivamente de la voluntad política de quien ostenta la potestad para hacerlo, con independencia de consideraciones jurídico-penales.

Finalmente, en el capítulo 8 se recogen las principales conclusiones alcanzadas por los autores a lo largo de la obra, junto con unas reflexiones finales en relación con los desafíos que presenta la parte general del derecho penal para que pueda configurarse como una herramienta más relevante en el futuro de la lucha contra la corrupción. Además, en el capítulo 9 se sistematizan las principales recomendaciones formuladas a estos efectos en los distintos capítulos tanto para América Latina en general, como para Colombia.

En Bogotá (Colombia) y Bilbao (España), a 15 de enero de 2024

**Héctor Olasolo, Norberto Hernández Jiménez &
María Soledad Gil Nobajas**

1. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES, ASOCIACIÓN ILÍCITA Y TENTATIVA

Capítulo 1

***Actos preparatorios punibles,
asociación ilícita y tentativa***

SOFÍA LINARES BOTERO*
LUISA VILLARRAGA ZSCHOMMLER*
MARÍA PAULA LÓPEZ VELÁSQUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal del Siglo XIX relacionaba de manera directa el concepto de delito al de daño, en el sentido que, solo cuando existe

* Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023).

* Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Magíster en Derecho Internacional y en Construcción de Paz Universidad de los Andes (Colombia). Sustanciadora Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas Jurisdicción Especial para La Paz (Colombia). Joven Investigadora y Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023).

* Candidata Doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Master Avanzado en Derecho Internacional Público con énfasis en Derecho Internacional Penal de la Universidad de Leiden (Países Bajos). Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultora para la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

un daño a un bien jurídico tutelado puede hablarse de un escenario punible. Sin embargo, dicha percepción excluye situaciones reprochables que no implican un daño objetivo. Por lo cual, en el segundo tercio del Siglo XX, la teoría finalista mutó la perspectiva y pasó a priorizar la función de reproche hacia la infracción consciente del deber, más allá de la mera producción del daño. De esta manera, el alcance del derecho penal se extendió para incluir una protección más amplia del bien jurídico protegido (Cury, 2020: 23).

En el marco de este nuevo paradigma, surgen los denominados dispositivos amplificadores del tipo que, de acuerdo con Reyes Echandía, aluden a comportamientos que no podrían subsumirse en “ninguno de los tipos penales ordinarios pero cuya punibilidad quedaría conectada con estos, a través de la satisfacción de alguna de las fases comportamentales previas a la conducta descrita en los tipos” (Reyes Echandía, 1987: 118, et seq.; Mañalich, 2022). Así, tales dispositivos cobran sentido respecto de la nueva percepción del derecho penal al atender la finalidad de preservar y hacer respetar sus presupuestos ontológicos implicados en sus prohibiciones y mandatos (Cury, 2020: 31).

Ahora bien, frente a los dispositivos amplificadores del tipo y su aplicación en la práctica, es menester determinar si figuras tales como los actos preparatorios punibles, la tentativa y la asociación ilícita son herramientas que permiten responder de manera más eficaz a escenarios amplios de violencia donde hablar de daño no es suficiente. Específicamente, el crimen organizado transnacional (COT) y el fenómeno de la corrupción.

A esas instancias, el presente capítulo plantea de manera conceptual los tres dispositivos amplificadores del tipo antes mencionados y analiza si la regulación de estos puede contribuir a incrementar la eficacia de la respuesta a la corrupción asociada al COT tanto en América Latina como en Colombia. Para ello, se estudian en primer lugar, los estándares internacionales universales y regionales existentes. Luego, se realiza un estudio comparado de su regulación en los países no latinoamericanos (España, Estados Unidos (EE.UU.) e Italia) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) analizados en la presente obra colectiva, así como el ordenamiento

jurídico colombiano. Por último, se presentan dos estrategias de acción: una para América Latina y otra para Colombia.

Lo anterior, teniendo como base contextual la consideración que el COT es un fenómeno de amplia extensión, con carácter organizado y de dimensión transnacional, que afecta la seguridad financiera y la aplicación del derecho (Olasolo & Galain, 2022); rompiendo a su vez, el tejido social y el disfrute de derechos fundamentales, constituyendo una verdadera amenaza al crecimiento social sostenible y al desarrollo de las instituciones (Olasolo, Galain, Villarraga & Linares, 2024: en prensa).

2. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

La materialización del hecho punible doloso (*iter criminis*) se desarrolla en cuatro etapas; a saber: (a) ideación; (b) preparación; (c) ejecución; y (d) consumación del delito. La primera es aquella en la que el autor, por medio de un proceso mental, determina el fin ilícito al que va a dirigir su actuar, identificando los medios idóneos para realizarlo. La segunda consiste en el proceso por medio del cual el autor busca crear las condiciones óptimas para la consecución del fin ilícito que se ha propuesto. La tercera supone la realización de los medios elegidos para alcanzar dicho fin (usualmente, en desarrollo de un plan previamente diseñado para tales efectos). Por último, la consumación ocurre cuando se obtiene el fin ilícito planeado gracias a los medios utilizados por el autor (Bacigalupo, 1996: 163-164).

Así, con base en el *iter criminis*, los actos preparatorios son parte de la etapa de preparación y consisten en llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar (crear condiciones óptimas) la posterior realización del delito. Por tanto, los actos preparatorios son normalmente presentados como estadios previos y, por regla general, penalmente irrelevantes al estar tan alejados de la consumación que no suponen, en principio, una amenaza para el bien jurídico protegido (Sánchez, *et al.*, 2012). Sin embargo, en algunas jurisdicciones nacionales se ha entendido que, excepcionalmente, resulta oportuno tipificar estas conductas en la medida en que van dirigidas a facilitar la puesta en marcha del delito (Sánchez, *et al.*, 2012).

En este sentido, tener como característica principal la facilitación de un crimen doloso, constituye a su vez el fundamento del castigo. Es decir, la punibilidad del acto preparatorio adquiere sentido en tanto que sirve para materializar la ejecución del delito, generando por tanto un incremento del riesgo de su comisión. De esta manera, el contenido del injusto viene condicionado por el del delito de referencia, siendo por tanto valorativamente dependiente del hecho principal (Alonso Rimo, 2017: 10). Como resultado, no pueden ser considerados como actos preparatorios punibles todas aquellas conductas que, si bien pueden preceder a la comisión de un delito, no suponen un incremento en el riesgo de afectación del bien jurídico protegido por el mismo (Alonso Rimo, 2017: 10).

Ahora bien, en vista que la punibilidad de los actos preparatorios dependería del aumento del riesgo en la comisión del delito, resultaría ineficaz que, para prevenirlo se deba esperar a la ejecución de la conducta. Motivo por el cual, el legislador tendría que adelantar la barrera de protección del bien jurídico afectado, amenazando con el castigo de ciertas conductas preparatorias; para así, neutralizar la potencial peligrosidad. No obstante, es menester aclarar que esto no implicaría evitar cualquier conducta previa a un delito, sino solo aquellas que implican una peligrosidad grave e inequívoca (Sánchez, *et al.*, 2012).

Dicha aproximación no ha sido aceptada unánimemente por la doctrina. Para un primer sector doctrinal, no existen actos preparatorios punibles porque solo pueden entrar dentro del ámbito de lo punible los actos cometidos durante las etapas de ejecución y consumación del delito, siendo toda conducta anterior penalmente irrelevante. Además, para estos autores, la preparación y la ejecución son “conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico” (Bacigalupo, 1996: 164). En consecuencia, no tiene sentido la distinción entre “actos preparatorios” y “actos de ejecución”, pues todos ellos son actos auténticos “de ejecución porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente”. Así, este sector de la doctrina afirma que todas las conductas punibles han sido tipificadas por razones específicas de política criminal (Bacigalupo, 1996: 164). Por otro lado, los defensores de las

tesis subjetivas sostienen que el sentido del castigo se basa en la peligrosidad del eventual delincuente (Mantovani, 2015: 120-123; Mir Puig, 2006: 342). En tercer lugar, quienes apoyan las tesis objetivas justifican el castigo por la peligrosidad implícita en los actos preparatorios. Así, los actos preparatorios punibles consisten en extender lo prohibido, excediendo el ámbito de la tentativa hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria; es decir, en alterar el alcance que tiene la fórmula general de la tentativa en su función de dispositivo amplificador de la tipicidad (Zaffaroni, 2000: 811).

Sin embargo, esta posición presenta el riesgo de promover la tipificación de todo tipo de conductas preparatorias, incluso si se encuentran completamente desvinculadas del delito principal. Por eso, es necesario exigir que la presunta peligrosidad de la conducta preparatoria pueda ser externamente probada a través de su conexión con el incremento del riesgo de comisión del delito de referencia (Sánchez, *et al.*, 2012; Alonso Rimo, 2017: 10).

Como resultado de lo anterior, diferentes legislaciones y códigos penales delimitan de manera diversa las zonas de lo penalmente relevante y lo penalmente irrelevante.

2.1. Estándares internacionales

2.1.1. Contenido

En sentido estricto, solamente dos instrumentos internacionales se refieren a los actos preparatorios punibles. A saber: (a) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI); y (b) la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos del 2000 (CNUDOT o Convención de Palermo).

Frente al ECPI, este recoge en su art. 25(3)(e) lo establecido por el art. 4(3)(c) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el art. 2(3)(c) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), al establecer que será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien, respecto del crimen de

genocidio, haga una instigación¹ directa y pública a que se cometa. Definición que, reproduce de manera textual lo establecido por el art. 3 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 que establece como acto que será castigado la instigación directa y pública a cometer genocidio² (Timmermman, 2006).

Frente a sus elementos, la Sala de Primera Instancia I del TPIR en el caso Akayesu, estableció que la instigación directa implica provocar específicamente a otro a cometer un acto delictivo, donde una sugerencia vaga o indirecta no es suficiente. Así, la instigación puede ser directa y a su vez implícita; p. ej. aprovechar la psicología de masa para crear sospechas sobre ciertos grupos (Akayesu, TPIR: 557; Ambos, 2022). En cuanto al elemento de publicidad, la Sala mencionada estableció que este puede apreciarse bajo dos factores: (a) el lugar donde la instigación ocurrió; y (b) si la asistencia al lugar fue selectiva o limitada (Akayesu, TPIR: 556). Frente a esto, la Comisión de Derecho Internacional estableció que la incitación pública se caracteriza por un llamado a la acción criminal contra un número de personas en un lugar público o a miembros del público en general por medios como la radio o la televisión (ILC, 1996; Akayesu, TPIR: 556).

Con base en lo anterior, resulta relevante mencionar que la instigación a cometer genocidio no requiere que este último se cometa o se intente cometer como consecuencia de la misma para que pueda configurarse; es decir, quien instigue de manera directa y pública la comisión de genocidio será responsable por la instigación como tal (Ambos, 2022). Lo cual, refleja que la instigación es lo suficiente-

¹ La versión en español del Estatuto de Roma traduce ‘instigación’ de la versión anglosajona ‘*incitement*’. Si bien para efectos del lenguaje, estos pueden ser sinónimos, la jurisprudencia ha establecido diferencias entre la figura de instigación y la incitación. Siendo la primera punible únicamente cuando lleva a la comisión de un crimen, mientras la segunda es la forma de imputación para un crimen (*inchoate*) que solo se aplica en conexión con el genocidio (Timmermman, 2006). En el presente artículo, se sigue la traducción española del Estatuto más se entiende como la figura de la incitación.

² Vid.: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-prevention-and-punishment-crime-genocide>.

mente peligrosa y reprochable como para ser sancionada (Ambos, 2022). Esto reflejaría la teoría del aumento del riesgo en la comisión propia de los actos preparatorios punibles descrita anteriormente; sin embargo, resulta relevante mencionar que, en los sistemas de derecho anglosajón o *common law*, la instigación tiende a verse como una forma particular de participación delictiva y sancionable como tal (Ayakesu, TPIR: 552). De manera similar, bajo la legislación de algunos países de tradición romano-germánica o de *civil law*, entre ellos Argentina, Bolivia, Chile, Perú, España, Uruguay y Venezuela, la provocación (que es similar a la instigación) es una forma específica de participación en un delito; sin embargo, en la mayoría de sistemas de *civil law* la instigación es tratada como una forma de complicidad (Ayakesu, TPIR: 552).

Como escenario adicional, autores como Cassese (2013: 204) consideran que el art. 8(2) (e) (viii) del ECPI (ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas) recoge un acto preparatorio punible porque el superior que emite una orden ilícita es penalmente responsable y puede ser juzgado (con independencia de que sus subordinados la lleven a cabo), con tal de que tenga la intención de que se ejecute la conducta y conozca que la misma se dirige a ocasionar el desplazamiento de la población civil.

Asimismo, considera que el ámbito de aplicación del acto preparatorio punible recogido en el art. 8(2) (e) (viii) del ECPI no se limita solo a los casos en que se ordene el desplazamiento de la población civil en un conflicto armado no internacional (CANI), sino que se extiende a la emisión de cualquier orden que requiera la comisión de, al menos, uno de los crímenes previstos en el ECPI³ (Cassese, 2013: 204).

En cuanto a la Convención de Palermo, su art. 5 se refiere a la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado,

³ Como antecedentes de su interpretación se refieren a los casos de Jacob H. Smith y Wilhelm List, quienes fueron juzgados bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado establecido en Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

donde en su numeral 1 determina que cada Estado parte deberá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

1. Una de las siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva: (a) el acuerdo con una o más personas de cometer un delito con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado⁴; o (b) la conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión participe activamente en actividades ilícitas del grupo delictivo organizado.
2. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

En este sentido, la Convención recoge la figura de la conspiración en el literal (i) del art. 5 en vista de la necesidad del acuerdo. Donde, respecto a los actos preparatorios punibles, es posible considerar que la expresión “el intento o la consumación de la actividad delictiva” pueda entrañar la posibilidad de un escenario previo a la ejecución de la conducta y que no tenga que ver con otras figuras como la tentativa. Respecto a esto, la Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Palermo determina que la responsabilidad por este delito se basa en un acuerdo de cometer un delito grave; donde, “a diferencia de la responsabilidad por el intento prevista en determinadas tradiciones jurídicas, no se exige demostrar que el acusado estuvo a punto de consumir el delito sustantivo” (Guía Legislativa Convención de Palermo, 2012: 33).

⁴ Vid.: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

El alcance de dicha afirmación es dado por la misma Guía Legislativa al establecer que los Estados parte tienen la posibilidad de incluir, adicional a los elementos objetivos establecidos en el mismo instrumento⁵ dos requisitos si así lo exige su derecho interno; a saber: (a) un acto cometido por uno de los participantes para llevar adelante el acuerdo pertinente (algunas jurisdicciones añaden el elemento de ‘acto manifiesto’ al delito para que abarque los casos en que los conspiradores pongan realmente sus planes en acción, de modo que los acuerdos que no sean más que un intento o pensamiento deseado no entren en el espectro de la responsabilidad penal); y (b) la participación de un grupo delictivo organizado (Guía Legislativa Convención de Palermo, 2012: 33). A esas instancias, puede evidenciarse en la posibilidad que brinda la Convención, el diferente manejo que puede darse en el nivel doméstico al inicio del reproche y si este depende o no de la ejecución; no obstante, a efectos de la Convención, esta no proscribire los actos preparatorios punibles, sino que, es posible afirmar que los incluye en su descripción del “intento de la actividad delictiva”.

Por último, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) en su art. 27(3) faculta, pero no obliga, a cada Estado parte a “adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”⁶.

2.1.2. Análisis comparado

Por un lado, el ECPI aborda la cuestión de los actos preparatorios punibles mediante la instigación directa y pública al genocidio, en el art. 25(3)(e), que se inspira en disposiciones similares a las del Estatuto del TPIY y el Estatuto del TPIR. Se establece que aquel que

⁵ Que hubo un acuerdo de cometer un delito, entre dos o más personas y que se cometió un acto abiertamente para llevar adelante ese acuerdo cuando lo exija el derecho interno (Guía Legislativa, 2012:33).

⁶ Vid.: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

instigue directa y públicamente al genocidio será penalmente responsable. El elemento de instigación directa implica provocar a otro para cometer un acto delictivo, y la publicidad del acto puede evaluarse según el lugar y la selectividad de la audiencia. Es importante destacar que, según el ECPI, la instigación no requiere que el genocidio se cometa para ser punible; la acción de instigar en sí misma es reprochable y peligrosa. Por ejemplo, Cassese sostiene que el art. 8(2)(e)(viii) del ECPI, que aborda la orden de desplazamiento de la población civil, puede considerarse un acto preparatorio punible, donde el superior emisor de la orden ilícita es penalmente responsable si tiene la intención de que se ejecute la conducta y conoce su propósito de causar desplazamiento.

Por otro lado, la Convención de Palermo aborda la penalización de la participación en grupos delictivos organizados. Según su art. 5, los Estados parte deben tipificar como delito el acuerdo intencional para cometer crímenes con el propósito de obtener beneficios económicos u otros beneficios materiales. En general, la Convención de Palermo aborda la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado en su art. 5. El numeral 1 de esta disposición establece que los Estados parte deben adoptar medidas legislativas para tipificar como delito el acuerdo con una o más personas para cometer un delito con el propósito de obtener beneficio económico u otro beneficio material. Aunque la Convención no menciona explícitamente los actos preparatorios, prohíbe el acuerdo con otros para cometer delitos que guarden relación con la obtención de beneficios económicos.

En resumen, el ECPI se enfoca en la instigación directa y pública al genocidio como un acto preparatorio punible, mientras que la Convención de Palermo aborda la participación en grupos delictivos organizados y el acuerdo para cometer delitos con el propósito de obtener beneficios económicos ilícitos, sin hacer una mención explícita de actos preparatorios. Ambos instrumentos tienen en común el objetivo de abordar la delincuencia organizada transnacional, pero difieren en los elementos específicos relacionados a los actos preparatorios punibles, y en su manera de abordar el problema.

2.2. Sistemas no latinoamericanos

2.2.1. España

El ordenamiento jurídico español es el único de tradición romano-germánica que, hasta el momento, ha desarrollado los actos preparatorios punibles como una categoría propia y autónoma (Alonso, 2017: 8) donde, según los arts. 17 y 18 del CP español, está compuesta por la conspiración, la proposición y la provocación⁷ para cometer ciertos delitos graves (castigados con una pena privativa de la libertad de al menos cuatro años) expresamente previstos en la ley⁸. Razón por la cual, este sistema ha sido calificado como un modelo de *numerus clausus* (Sánchez, *et al.*, 2012)⁹.

Así, en el sistema penal español los actos preparatorios se encuentran en un momento intermedio entre la fase interna y el inicio de la ejecución del tipo previsto en la parte especial (Mir Puig, 2006: 338). Por tanto, para que sean punibles deben, en general, cumplir con los siguientes elementos: (a) que sea previsible un resultado grave; (b) que el acto preparatorio sea inequívoco; y (c) que por las condiciones del hecho la resolución delictiva sea suficientemente firme (Melograna, 2020: 117). No obstante, el legislador español ha tipificado ciertas conductas preparatorias, como la conspiración para la entrega de dinero a una tercera persona para la adquisición de droga (art.

⁷ Con respecto a la apología, el artículo 18 CP español señala lo siguiente: “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.

⁸ Vid., por ejemplo, en relación con el homicidio el art. 141 del CP español.

⁹ La consideración en el ordenamiento jurídico español de los delitos de corrupción como delitos graves, y el hecho de que, cuando este tipo de delitos se encuentran vinculados al COT, los actos preparatorios son normalmente realizados por organizaciones que operan al margen de la ley (ya se trate de delincuencia organizada *stricto sensu* o de grupos armados organizados que participan en conflictos armados) (Olasolo & Galain, 2022), hace que surja la cuestión sobre la oportunidad de prever también en relación con estos delitos la punición de la conspiración, la proposición y la provocación.

18 del CP español; STS 812/16, 28-10), porque considera que estas conductas generan un incremento del riesgo de afectación de ciertos bienes jurídicos y su tipificación puede resultar beneficiosa para la salvaguarda e integridad de la población. En consecuencia, allí donde la proposición, la conspiración y la provocación se encuentran tipificadas en el CP español tienen que ser entendidas como tipos penales autónomos, y no como actos preparatorios. Pero, donde no tengan esta condición, serán actos penalmente irrelevantes que se dirigen a preparar otros hechos punibles (Bacigalupo, 1996: 164).

En cuanto a la conspiración, el art. 17 del CP español establece que esta existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Así, requiere la confluencia de los siguientes elementos: (a) un concierto de voluntades, que no puede ser abstracto o indefinido, por lo que se entiende que no se configura el delito de conspiración si un grupo de personas procura la comisión de un hecho delictivo pero no llegan a un acuerdo sobre su modalidad de ejecución; por tanto, solo puede proponer la comisión de un delito, quien pueda tener la condición de sujeto activo del mismo; (b) la resolución de cometer el hecho punible debe ser firme y existir en todos los intervinientes, de manera que si varias personas se reúnen a planear un delito, pero aún no han resuelto ejecutarlo, el hecho no es punible (Molina, 2019: 314); y (c) como elemento subjetivo, la conspiración requiere que haya dolo para conspirar o proponer, cuestión que se manifiesta en la comisión del delito y en la voluntad de todos los pertenecientes al grupo. Sobre esta última exigencia, la doctrina ha discutido la posibilidad de que se configure la responsabilidad en modalidad de dolo eventual, rechazando esta posibilidad porque las características de la conspiración son tales que no dan lugar a que las personas inculpas dejen algo al azar del destino (Riquelme, 2018: 74).

Es particularmente relevante, la distinción entre la conspiración como un acto preparatorio punible y la participación en una organización criminal prevista en el art. 570 bis del CP español. La conspiración sólo requiere que dos o más personas acuerden la ejecución de un determinado delito sin que sea necesaria la existencia de una organización o de una estructura jerárquica permanente (basta con el mero acuerdo de voluntades entre individuos del mismo rango).

Mientras, el delito de participación en organización criminal gira en torno a la existencia de una agrupación (de al menos tres personas) con carácter estable, o por tiempo indefinido, que funciona concertadamente de acuerdo al principio de división de funciones y que tiene como finalidad cometer actos delictivos (si bien no es necesario que se cometan estos últimos —ni siquiera que se inicie su ejecución—, al ser el delito de asociación ilícita un delito de mera actividad y de peligro abstracto que se consuma con la puesta en riesgo del bien jurídico protegido por los delitos a cuya comisión se dirige la organización) (Riquelme, 2018).

Frente a la proposición, el art 17 del CP español establece que existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra persona u otras personas a participar en él; como ocurre, por ejemplo, en relación con los siguientes delitos: (a) el homicidio (ya sea con envenenamiento o alevosía, o por precio o recompensa) (art. 141 del CP); (b) las lesiones personales (art. 151 del CP); (c) tráfico de órganos humanos (art. 156 bis del CP); y (d) la receptación y el blanqueo de capitales (art. 304 del CP). Así, la proposición requiere la invitación a otro para que cometa el delito en autoría directa o para que participe (en sentido estricto) como inductor, cooperador necesario o (más discutible) como cómplice en el delito que va a realizar como autor el proponente o un tercero. La jurisprudencia exige que la ejecución propuesta sea posible, que la invitación sea seria y concreta, y que el delito no haya todavía iniciado su ejecución (Melograna, 2020: 119). En lo que respecta al elemento subjetivo, tal como ocurre en el delito de conspiración, es preciso que exista dolo directo.

Por último, la provocación, está contemplada en el art. 18 que establece su existencia cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Lenguaje que evoca la instigación a cometer genocidio del ECPI.

Así, en cuanto a los elementos objetivos de la provocación, varios autores han analizado la distinción entre la provocación y la proposición; por ejemplo, Mir Puig (2011: 350-351) indica que mientras que la proposición involucra a un sujeto o varios sujetos determinados, la provocación debe dirigirse a una masa indeterminada de sujetos a

través de medios de difusión masiva, y supone que el provocador no desee intervenir en la ejecución. Adicional a esto, si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, el CP español establece que se castigará como inducción.

En cuanto a las penas, en los tres casos (conspiración, proposición y provocación) el código aclara que se castigarán exclusivamente en los casos especialmente previstos por la ley¹⁰. Sin embargo, en cuanto a la pena a imponer en los casos de conspiración y de proposición, esta varía dependiendo de la pena prevista para el delito principal que se acuerda cometer. Además, el desistimiento de cualquiera de estas dos figuras exime del castigo penal siempre que tenga lugar antes de iniciarse la fase de ejecución y de que se abra un procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias (Riquelme, 2018: 67). Así mismo, es de precisar que, en los casos en los que se prevé una pena por la comisión de actos preparatorios, esta siempre es inferior en uno o dos grados a la del delito consumado.

Finalmente, el CP español prevé el castigo de la conspiración, provocación y proposición en algunos delitos de corrupción y criminalidad organizada: delitos contra la administración pública (art. 445), apropiación indebida (art. 269), tráfico de personas (art. 177 bis.8), manipulación del mercado e información privilegiada (art. 285 quater), blanqueo de bienes (art. 304), tráfico de drogas (art. 373), asociación ilícita (519), terrorismo (art. 579.3) y delitos contra el derecho de gentes (art. 615). En todos estos casos, los actos preparatorios se castigan con una pena inferior en uno o dos grados a la de la conducta principal.

2.2.2. Estados Unidos

El delito de conspiración es el delito de organización característico del *common law* (Cordini, 2017). Sin embargo, en el marco de los Estados Unidos (EE.UU.), los múltiples códigos federales dificultan la posibilidad de realizar una aproximación holística a la figura (Cor-

¹⁰ Vid.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

dini, 2017: 75-120); por lo cual, el único delito de conspiración de carácter general ha sido consagrado en el *General Criminal Conspiracy Statute* (18 USC: sección 371) donde prevé que la conspiración tiene lugar cuando dos o más personas conspiren para cometer un delito contra los EE.UU., o para defraudar a los EE.UU., o a cualquiera de sus agencias de cualquier manera o para cualquier propósito¹¹.

Ahora bien, frente a la figura de la conspiración, esta puede entenderse, en términos generales, un acuerdo entre al menos dos personas con la intención de cometer un acto ilegal o un acto legal por medios ilegales (Cordini, 2017). Así las cosas, algunos Estados federados exigen la prueba del acto manifiesto cuya naturaleza varía de Estado a Estado; siendo en ocasiones suficiente con cualquier comportamiento externo en cumplimiento del acuerdo criminal, mientras que otras veces se requiere de un paso sustancial en la comisión del delito acordado. En todo caso, la regla sigue siendo que el acuerdo para cometer un delito es punible como conspiración incluso cuando no se haya realizado ningún acto más allá del mero acuerdo (a no ser que alguna ley requiera expresamente alguna conducta adicional) (Cordini, 2017: 17).

El sujeto activo puede ser cualquier persona; no existiendo, por tanto, ninguna exigencia de sujeto activo calificado. En cuanto al sujeto pasivo, al tratarse la proposición de un acto preparatorio punible, no existe como tal.

Por su parte, Uscinski & Parent (2014: 58) señalan que el concepto de conspiración incluye, necesariamente, al menos tres elementos objetivos: (a) un grupo que actúa en secreto; (b) para alterar las instituciones, usurpar el poder, esconder la verdad o conseguir alguna

¹¹ Según esta disposición: “Si una o más personas conspiran, bien sea para cometer alguna ofensa o defraudación a los Estados Unidos, o a cualquier organismo del mismo de cualquier manera o con cualquier propósito, y una o más de dichas personas realizan cualquier acto para llevar a cabo el objeto de la conspiración, cada una de ellas será multada conforme a este título o encarcelada por un máximo de cinco años, o ambas cosas. Sin embargo, si el delito, cuya comisión es el objeto de la conspiración, es sólo un delito menor, la pena por dicha conspiración no excederá la pena máxima prevista para dicho delito menor” (traducción propia).

ventaja; y (c) a expensas del bien común. Allí donde se requiere un acto manifiesto para que la conspiración tenga lugar, se ha debatido si este acto es un elemento objetivo de la conspiración o sólo un elemento probatorio, habiendo optado, tanto la jurisprudencia como la doctrina, por considerarlo como un elemento objetivo (Cordini, 2017: 16).

En todo caso, es importante subrayar que, para probar la conspiración, no es necesario demostrar la existencia de una organización criminal o presentar evidencia sobre la pertenencia de los acusados a una organización de este tipo. Como resultado, solo se requiere demostrar que los acusados conspiraron (interactuaron y se comunicaron) para cometer el crimen. La acusación debe demostrar, por tanto, cómo se han relacionado los acusados a través de sus interacciones con los intermediarios. En la práctica, el Estado introducirá pruebas obtenidas de escuchas telefónicas, informadores, agentes encubiertos y vigilancia directa para conectar a los delincuentes entre sí y explicar el papel que cada uno desempeñó en la conspiración (Desroches, 2013). Con respecto al ámbito subjetivo, la conducta debe ser cometida con dolo, en tanto solo de esta manera es posible que se realice el delito proyectado (el cual debe afectar al Estado o buscar defraudarlo).

Finalmente, con respecto a las penas, la jurisprudencia¹² se ha decantado por aplicar una doble imputación. En palabras de Cordini (2017):

Si bien la conspiración en tanto delito incipiente supone el adelantamiento de las etapas punitivas, posibilitando la sanción de acciones que, incluso, no podrían ser consideradas actos de tentativas; de llevarse a cabo el plan delictivo acordado en la conspiración, es posible sancionar tanto por el delito incipiente como por el delito sustantivo (Cordini, 2017).

Así, “aunque el aspecto incipiente de la conspiración es importante, la razón principal para el uso de esta figura penal tiene que ver

¹² Vid.: Callanan v. United States, 364 U.S. 587 (1961). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/587/>.

con el peligro grupal que se combate al punir este delito” (Cordini, 2017).

2.2.3. Italia

En principio, la legislación italiana no penaliza los actos preparatorios, pues para penalizar un acto, usa el criterio del comienzo de la ejecución en el marco del *iter criminis*. Así, y de manera similar a como es abordado por los Estados latinoamericanos, la legislación italiana distingue entre actos preparatorios y actos ejecutivos para definir la punibilidad de una conducta. Esto se debe a que los actos preparatorios pueden constituir una multiplicidad de delitos, mientras que, al realizar una parte de la acción típica del acto ejecutivo, solo puede referirse a un delito concreto (Mantovani, 2015: 119-122).

Sin embargo, la punibilidad de los actos preparatorios se ha venido desarrollando jurisprudencialmente, de manera que actualmente, tienen relevancia penal. Esto fue demostrado con la sentencia número 6971 de 25 de noviembre de 2022 (17 de febrero de 2023), del Tribunal de Casación en la sección penal segunda. Esta decisión recalcó la orientación jurisprudencial según la cual:

[...] para la configuración de la tentativa con arreglo al art. 56 del Código Penal no sólo son relevantes los actos ejecutivos propiamente dichos, sino también aquellos actos que, aun siendo calificables de preparatorios, permiten suponer que el agente, habiendo preparado definitivamente el plan criminal en todos sus detalles, ha comenzado a ejecutarlo, que la acción tiene una probabilidad significativa de alcanzar el objetivo previsto y que el delito se cometerá, a menos que se produzcan acontecimientos imprevisibles e independientes de la voluntad del delincuente (Tribunal de Casación de Italia, sección penal segunda, 2022)¹³.

Este caso conocido por el Tribunal de Casación, es sobre una persona que había sido condenada por el Tribunal de Apelación de Caltanissetta por el delito de robo de electricidad. En consecuencia, la persona fue imputada en virtud del art. 56 del CP (tentativa).

¹³ Traducción propia.

La aplicación del art. 56 relativo a tentativa, fue el resultado de la manipulación de la caja del contador y de la presencia de cables cortados con el fin de facilitar el posterior robo de energía. Sin embargo, las averiguaciones no revelaron ninguna fuga irregular de electricidad, sino únicamente la instalación del cable. El autor del hecho recurrió la sentencia por infracción del art. 56 del CP, argumentando que había una falta de motivación en la recalificación del hecho; en otras palabras, fundamentó su apelación en que sus actos, no aparecían tipificados en el pasaje correspondiente a la fase de ejecución del delito de robo de electricidad. De hecho, la conducta había tenido lugar en 2008, pero hasta 2011 no se había producido ninguna emisión irregular de electricidad. Se pidió entonces al Tribunal de Casación que se pronunciara sobre la relevancia para aplicar el art. 56 del CP (tentativa) para esta situación, es decir, si la conducta preparatoria constituía “un acto unívoco para cometer un delito tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, o si permanece en el ámbito de la irrelevancia penal” (Tribunal de Casación de Italia, sección penal segunda, 2022)¹⁴.

El Tribunal consideró que la apelación del solicitante carecía de fundamento, pues al realizar una inspección judicial, el inspector notó la presencia de manipulaciones en la caja del contador y la presencia de cables pelados y preparados para permitir una posterior conexión a la red eléctrica. Por otro lado, también comprobó que no existía una toma irregular de electricidad, sino únicamente una predisposición para ello. En este contexto, el Tribunal Supremo consideró dos orientaciones diferentes para determinar el umbral de punibilidad. Según la primera y más consolidada, debe entenderse que los actos inequívocamente tendentes a la comisión de un delito son solo aquellos actos ejecutivos que se correspondan con la conducta descrita y tipificada. En virtud de la segunda y más reciente orientación, los actos ejecutivos serían aquellos actos que, aún clasificados como preparatorios, llevarían a pensar que el agente ya había preparado el plan criminal en todas sus partes y había comenzado a ejecutarlo. Por tanto, los actos deben tener una clara probabilidad de

¹⁴ Traducción propia.

llevar a cabo la intención delictiva, salvo acontecimientos imprevistos e imprevisibles (Samo, 2023).

Ahora bien, con respecto a los efectos de la punibilidad, el Tribunal Supremo consideró que “la idoneidad causal de los actos realizados para la consecución del fin delictivo, así como la univocidad de su finalidad”, deben ser valorados *ex ante* en relación con las circunstancias fácticas y las modalidades de la conducta. En concreto, la idoneidad objetiva de los actos constitutivos de la toma de electricidad se deduce de la conducta consistente en tender cables para alimentar la caja del contador. Esta conducta evidencia la voluntad del agente de apoderarse furtiva e ilegalmente de la electricidad, ya que:

[...] la manipulación del contador y de los cables que conducen la electricidad tiene, por el contrario, según una máxima común de la experiencia, precisamente por objeto el apoderamiento ilegítimo de la electricidad, ya que, de esta forma, se evita el registro del consumo por parte del usuario que la utiliza furtivamente (Tribunal de Casación de Italia, sección penal segunda, 2022)¹⁵.

Aplicando esta perspectiva, se considera que los actos preparatorios pueden constituir una tentativa punible cuando están idónea e inequívocamente dirigidos a la comisión de un delito, es decir, cuando pueden conducir a un resultado cierto, determinable sobre la base de una apreciación *ex ante* y en relación con las circunstancias existentes. Por esta razón, el Tribunal de Casación consideró que la aplicación de la tentativa era procedente para el presente caso y para los mencionados actos preparatorios (Samo, 2023).

Así entonces, se puede concluir que en Italia, los actos preparatorios son: (a) penalmente relevantes; y (b) no punibles. Esto se debe a que, los actos preparatorios pueden constituir una tentativa punible, siempre y cuando estén dirigidos a la comisión de un delito con un resultado cierto.

¹⁵ Traducción propia.

2.2.4. Análisis comparado

Al realizar un análisis comparado de los diferentes ordenamientos jurídicos, resalta que el español es el único en la tradición romano-germánica que establece los actos preparatorios como una categoría autónoma. Los arts. 17 y 18 CP español establecen la conspiración, proposición y provocación como actos preparatorios punibles, y se requiere de un acuerdo claro, una resolución firme y dolo para imputarlos. Las penas para estos actos varían según el delito principal acordado.

Según el sistema legal de los EE.UU., los actos preparatorios punibles se imputan mediante el delito de conspiración, que implica un acuerdo para llevar a cabo un acto ilegal o un acto legal mediante medios ilegales. La prueba del acto manifiesto puede variar según los Estados federales, y no es necesario demostrar la existencia de una organización criminal para imputar, solo se necesita probar que el (o los) acusado(s) conspiró(aron) para cometer el delito. Si se llega a cometer el delito, la pena puede aplicarse tanto por la conspiración como por el delito sustancial proyectado.

Por otro lado, en Italia, los actos preparatorios no son punibles, pero la jurisprudencia ha establecido que tienen relevancia penal. Se usa la tentativa para imputar ciertos actos preparatorios, especialmente aquellos que indican que el agente comenzó a ejecutar el plan criminal con una probabilidad significativa de éxito. De esta forma, la legislación italiana define que los actos preparatorios son penalmente relevantes y pueden ser punibles mediante el art. 56 del CP italiano, si están dirigidos inequívocamente a la comisión de un delito con un resultado cierto.

Este estudio da cuenta que España y EE.UU. han considerado que adelantar la barrera de protección del bien jurídico afectado resulta más eficaz para prevenir la ejecución de ciertas conductas preparatorias. Estas legislaciones han implementado una normativa que busca prevenir, para neutralizar la potencial peligrosidad. De manera contraria, la legislación italiana ha priorizado otros asuntos, y ha decidido sus políticas criminales según las necesidades específicas del país, estableciendo leyes especiales para abordar el crimen organizado y creando fiscalías especializadas, como se desarrollará más adelante.

Así pues, las conclusiones señalan que cada país ha estructurado su legislación de acuerdo a sus circunstancias específicas; cada uno ha adoptado políticas criminales diferentes para abordar sus necesidades. Mientras España opta por una categoría autónoma para los actos preparatorios punibles, EE.UU. flexibiliza los estándares probatorios para imputar el delito de conspiración. De manera distinta, Italia no penaliza los actos preparatorios, y sólo los considera penalmente relevantes para la imputación de la tentativa.

2.3. Estados latinoamericanos: la inexistencia de la categoría de actos preparatorios punibles en los sistemas latinoamericanos de referencia y en el ordenamiento colombiano

Los sistemas latinoamericanos analizados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), así como el ordenamiento jurídico colombiano, no consideran punibles las conductas preparatorias previas al inicio de la ejecución del delito, al entender que: (a) quedan fuera del ámbito de la tentativa (que requiere en todo caso el inicio de la fase de ejecución); y (b) no son suficientes para demostrar su vinculación con el propósito de llevar a cabo el delito principal, ni suponen un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido. En consecuencia, en ninguno de estos países existe una categoría de “actos preparatorios punibles” semejante a la desarrollada en España o EE.UU., en tanto se ha entendido que los actos preparatorios están tan alejados de vulnerar el bien jurídico tutelado, que no hay justificación alguna para penalizarlos, tipificando solo a partir de la tentativa (Arboleda & Ruiz, 2019: 259-260).

Como resultado, el problema se traslada a la determinación del momento en que comienza la ejecución del delito principal; es decir, identificar cuándo finalizan los actos preparatorios y cuando inician los actos ejecutivos sancionables como tentativa en caso de que no llegue a consumarse el delito por circunstancias ajenas a la voluntad del autor (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008).

3. ASOCIACIÓN ILÍCITA

3.1. *Estándares internacionales*

3.1.1. Contenido

En cuanto a instrumentos de derecho internacional penal, como lo señala Olasolo (2013), a diferencia de lo visto en relación con los actos preparatorios punibles, el ECPI, el ETPIY y el ETPIR no recogen la figura de la asociación ilícita, limitándose por tanto a recoger: (a) ciertos actos preparatorios punibles (tales como, la conspiración para cometer genocidio (ECPI, ETPIY y ETPIR), la orden de desplazar a la población civil (ECPI) y la instigación pública y directa para cometer genocidio (ETPIY y ETPIR); y (b) formas de autoría y participación en la tentativa o comisión de los delitos recogidos en los respectivos estatutos que reflejan la participación de una pluralidad de personas actuando conforme a un plan común (coautoría por dominio funcional, coautoría mediata, complicidad y encubrimiento), incluyendo en relación con el actuar un grupo de personas conforme a un plan común (ECPI), coautoría a través de una empresa criminal conjunta (con sus tres variantes) y complicidad (TPIY y TPIR).

Ahora bien, la Convención de Palermo define el grupo delictivo organizado como:

[...] un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material" (Convención de Palermo, art. 2(a), 2000).

Así, en su art. 5(1) (a) inciso (ii), la Convención se refiere al delito de asociación delictuosa que resulta ser más adecuado para los Estados que no reconocen la conspiración o no permiten la penalización de un simple acuerdo para cometer un delito. Frente a este inciso, la punibilidad existe por colaborar intencionalmente con grupos delictivos y no por un plan común premeditado (Guía Legislativa Convención de Palermo, 2012: 34), donde se exige que el acusado participe "activamente" en las actividades delictivas del grupo.

Ahora bien, es la definición del concepto “activamente” lo que permite traer a colación la inclusión del dispositivo amplificador del tipo en el mencionado “intento de la actividad delictiva”. Frente a esto, la Guía Legislativa establece que, determinar la participación es una cuestión de hecho y que:

[...] puede haber diferencias entre jurisdicciones en relación a si el desempeño de funciones más pasivas bastaría para determinar la existencia de ese elemento y, en su caso, en qué circunstancias. Aun cuando esas “otras actividades” no constituyan delito en sí mismas, podrían desempeñar una función de apoyo para las actividades y objetivos delictivos del grupo (Guía Legislativa Convención de Palermo, 2012: 35).

Junto al grupo delictivo organizado, la Convención de Palermo también insta a los Estados a penalizar al “grupo estructurado”, definido en el art. 2(d) como “grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura detallada”. Con ello la Convención tiene presente que la criminalidad organizada es un fenómeno complejo y de variables contornos, de manera que la figura de grupo estructurado no tiene por qué responder necesariamente a las características de un grupo oficial de organización, al estilo del grupo delictivo organizado, permitiendo abarcar todos los casos de delitos que entrañen algún elemento de preparación organizada (Guía Legislativa Convención de Palermo, 2012: 13).

Finalmente, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión Marco 2008/841/JAI, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, instrumento en el que recogió el trabajo de Naciones Unidas con la Convención de Palermo y, en el art. 1 definió lo que se entendería como “organización delictiva” y “asociación estructurada”. Así mismo, previó en el art. 2 la obligación de los Estados de tipificar: (a) las conductas que, de manera intencionada y con conocimiento de la actividad y finalidad de la organización delictiva, sean ejecutadas con el fin de contribuir al logro de la misma; y (b) las conductas que consistan en el acuerdo entre una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de de-

litos, incluso cuando las personas no participen directamente en su ejecución.

3.1.2. Análisis comparado

Con base en lo anterior, se pueden extraer varias conclusiones en términos de derecho comparado. Inicialmente, se destaca que los instrumentos de derecho internacional penal, como el ECPI, ETPIY y ETPIR, no incorporan la figura de la asociación ilícita. En cambio, se centran en actos preparatorios punibles, como conspiración para cometer genocidio, orden de desplazar a la población civil, e instigación pública para cometer genocidio, entre otros.

En cambio, la Convención de Palermo y la Decisión Marco sí se encargan de desarrollar la asociación ilícita a cabalidad. En lo que respecta al primer instrumento, este define al grupo delictivo organizado como una entidad estructurada de tres o más personas que actúan concertadamente con el propósito de cometer delitos graves para obtener beneficios económicos o materiales. Introduce el concepto de “asociación delictuosa” y aborda la participación activa con un énfasis en la colaboración intencional con grupos delictivos. Ahora, en el art. 5(1) (a) inciso (ii), la Convención se refiere al delito de asociación ilícita, adaptándose a jurisdicciones que no reconocen la conspiración como delito. Se requiere una participación “activa” en las actividades del grupo para que la punibilidad exista, diferenciándose de un plan común premeditado.

Es preciso señalar que el abordaje de la Convención también da cuenta de una suerte de ampliación del tipo penal a través del concepto “activamente”. La definición de “activamente” permite considerar el “intento de la actividad delictiva”, lo que implica que la participación es una cuestión de hecho. Se destaca que actividades que no constituyen delito en sí mismas pueden ser relevantes si apoyan los objetivos delictivos del grupo.

En lo que respecta al segundo instrumento, la Decisión Marco 2008/841/JAI de la Unión Europea adoptó las definiciones de “organización delictiva” y “asociación estructurada” de la Convención de Palermo. Además, establece la obligación de los Estados de tipificar

conductas relacionadas con la contribución intencionada al logro de los objetivos de una organización delictiva y el acuerdo para llevar a cabo actividades delictivas, incluso si las personas no participan directamente en su ejecución.

En resumen, mientras que los instrumentos de Derecho Internacional Penal abordan principalmente actos preparatorios punibles, la Convención de Palermo y la Decisión Marco de la Unión Europea se centran en la delincuencia organizada, introduciendo la noción de asociación delictuosa con énfasis en la participación activa y la colaboración intencional con grupos delictivos.

3.2. Sistemas no latinoamericanos

3.2.1. España

El art. 570 bis del CP español, incorporado por medio de la LO 5/2010 de 22 de junio recoge el tipo penal autónomo de pertenencia a una organización criminal; donde cualquier persona puede ser sujeto activo del delito.

Con respecto al tipo objetivo, el acápite (1) de esta disposición entiende por organización criminal “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Así, en cuanto a la acción típica, esta presenta una doble alternativa: (a) promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización de esta naturaleza; o (b) participar activamente o formar parte de una organización de estas características, o cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

En lo relativo a las penas que se atribuyen al delito de pertenencia a una organización criminal, el art. 570 bis (2) del CP distingue entre quienes incurrir en la primera modalidad típica y los que lo hacen en la segunda. Así, los primeros “serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si [la estructura criminal] tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos”. Por su parte, los segun-

dos, recibirán “penas de prisión de dos a cinco años si [la estructura criminal] tuviere como fin la comisión de delitos graves, y [...] de uno a tres años en los demás casos”.

Adicionalmente, el art. 570 bis (3) del CP recoge las siguientes circunstancias agravantes, cuya concurrencia hace que las penas mencionadas se impongan en su mitad superior: (a) cuando la organización: (i) esté formada por un elevado número de personas; (ii) disponga de armas o instrumentos peligrosos; o (iii) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables; y (b) cuando a través de la organización se cometan delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Ahora bien, además del delito de pertenencia a una organización criminal, también se castiga la pertenencia a un grupo criminal en el art. 570 (introducido igualmente por la LO 5/2010, siguiendo la Decisión Marco 2008/841/JAI), cuando por las características del caso no es dable hablar de organización criminal propiamente dicha. En el mismo sentido, pervive (como figura secular) el delito de asociación ilícita, contemplado en el art. 515 del CP y, aunque la ley no define expresamente qué es asociación ilícita, se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente y coincide, en esencia, con el concepto de organización criminal.

Finalmente, para completar el mosaico normativo, también se prevén agravantes específicas por organización criminal en determinados delitos, dentro de los que se encuentran: (a) blanqueo de bienes; (b) corrupción en los negocios; (c) financiación ilegal de partidos políticos; (d) delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; (e) alteración de precios en concursos y subastas públicas; y (f) tráfico de personas y narcotráfico, entre otros.

3.2.2. Estados Unidos

EE.UU. tiene una legislación compleja en lo que respecta a la asociación ilícita. Esto, en tanto, a primera vista podría entenderse que

no existe el tipo penal como tal. Sin embargo, la legislación federal norteamericana tipifica la pertenencia a grupos delictivos callejeros, cuando estos grupos se dirigen a la comisión de alguno de los siguientes delitos; a saber: (a) un delito federal relacionado con una sustancia controlada (como se define en la sección 102 de la Ley de Sustancias Controladas (21 U.S.C.: sección 802) para el cual la pena máxima no es inferior a 5 años; (b) un delito federal grave de violencia que tiene como elemento el uso o intento de uso de la fuerza física contra otra persona; (c) un delito federal relacionado con la trata de personas, el abuso sexual, la explotación sexual o el transporte para la prostitución o cualquier actividad sexual ilegal; y (d) conspiración para cometer un delito descrito en cualquiera de los acápites anteriores¹⁶.

Así mismo, la legislación federal norteamericana prevé la figura del *racketeering* que, ha sido interpretado como un símil de la asociación ilícita en la legislación latinoamericana y europea. No obstante, el *racketeering* es un concepto mucho más amplio que penaliza actividades que van más allá de la asociación de personas para delinquir; donde, todas las actividades contenidas dentro de este tipo penal deben ser cometidas por un grupo de personas que han de tener, necesariamente, cierto nivel de organización.

A tales efectos, los delitos específicos que pueden dar lugar al *racketeering* pueden agruparse en cuatro categorías principales, que no deben considerarse mutuamente excluyentes: (a) violencia (es decir, asesinato, secuestro, incendio provocado o extorsión); (b) suministro de bienes y servicios ilegales (como, por ejemplo, la prostitución, la falsificación o las drogas); (c) corrupción (es decir, soborno, extorsión, malversación); y (d) fraudes comerciales o de otro tipo (U.S. Department of Justice, 2011).

Aunado a lo anterior, es menester mencionar que, en el marco de los EE.UU.:

[...] el 15 de octubre de 1970, la Ley de Control del Crimen Organizado de 1970 se convirtió en ley; es decir, el Título IX de la Ley es el Estatuto de Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Mafiosos

¹⁶ Traducción propia.

(18 U.S.C. §§ 1961-1968), comúnmente conocido como el estatuto "RICO" (U.S. Department of Justice, 2011).

Así, el propósito del estatuto RICO es "la eliminación de la infiltración del crimen organizado y el crimen organizado como tal en organizaciones legítimas que operan en el comercio interestatal." (Rep. S. No. 617, 91º Congreso, 1ª Sesión. 76, 1969; U.S. Department of Justice, 2011).

Sin embargo, "el estatuto es lo suficientemente amplio como para abarcar actividades ilegales relacionadas con cualquier empresa que afecte el comercio interestatal o exterior" (U.S. Department of Justice, 2011). Por tanto, permite el enjuiciamiento y la imposición de sanciones civiles por actividades realizadas como parte de una empresa delictiva en curso. Dicha actividad puede incluir el juego ilegal, el soborno, el secuestro, el asesinato, el lavado de activos, la falsificación, la malversación, el tráfico de drogas, la esclavitud y una serie de otras prácticas comerciales reprochables. Para condenar a un acusado en virtud de la ley RICO, el gobierno debe demostrar que el acusado participó en dos o más casos de actividades de crimen organizado y que invirtió directamente, mantuvo un interés o participó en una empresa criminal que afecta al comercio interestatal o exterior (U.S. Department of Justice, 2011).

3.2.3. Italia

En Italia, el art. 416 del CP define la asociación ilícita como un grupo de tres o más personas que se asocian con el fin de cometer delitos. Se establece que quienes promuevan, constituyan u organicen la asociación serán penalizados con la pena privativa de la libertad entre tres a siete años. Asimismo, el art. 416 bis del CP se establece un tipo penal especial para asociaciones ilícitas mafiosas indicando que "quienes hagan parte de una asociación de tipo mafioso formada por tres o más personas, serán penalizados con la pena privativa de la libertad entre diez a quince años".

Se puede ver entonces un elemento distintivo de la legislación italiana respecto al tema en cuestión, pues se ha establecido un tipo penal específico dirigido a asociaciones ilícitas de tipo mafioso. Se

ha argumentado que este tipo penal es resultado directo de la influencia e impacto negativo que han tenido ciertos grupos delictivos —como *la Cosa Nostra*, *la Ndragheta* y *la Sacra Corona* en la situación interna del país. De esta manera, la política criminal italiana se ha encaminado a generar mecanismos y tipos penales específicos para enfrentar las necesidades del país; podemos ver esto en el decreto legislativo de junio de 1992, convertido en la ley 356 de 1992, en donde se ordenó la creación de nuevas fiscalías de competencia exclusiva que pudieran hacer las investigaciones pertinentes en materia de crimen organizado.

3.2.4. Análisis comparado

España tiene un tipo penal autónomo de pertenencia a una organización criminal, con la participación activa de cualquier persona. Se establece la acción típica con dos alternativas: promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización, o participar activamente o formar parte de ella, o cooperar económicamente con la misma. Por otro lado, distingue entre quienes dirigen la organización y quienes participan activamente, imponiendo penas más severas en caso de que la estructura criminal tenga como fin la comisión de delitos graves y se contemplan circunstancias agravantes, como el número de personas en la organización, el uso de armas, medios tecnológicos avanzados, y la comisión de delitos graves.

Por otro lado, la legislación estadounidense es sumamente compleja en lo que respecta a la asociación ilícita, con enfoque en la pertenencia a grupos delictivos callejeros. Se utiliza la figura del *racketeering*, un concepto amplio que penaliza diversas actividades relacionadas con la delincuencia organizada, incluyendo violencia, suministro ilegal de bienes y servicios, corrupción y fraudes. Se destaca el estatuto RICO, que aborda la infiltración del crimen organizado en organizaciones legítimas con sanciones civiles y penales. Se enfoca en actividades que afectan el comercio interestatal o exterior.

Finalmente, Italia define la asociación ilícita como un grupo de tres o más personas que se asocian con el fin de cometer delitos. Se establece un tipo penal especial para asociaciones mafiosas, con penas más severas. Esto refleja la respuesta legal específica a la pre-

sencia de grupos delictivos como la *Cosa Nostra*, la *Ndragheta* y la *Sacra Corona*. Lo anterior da cuenta de que la legislación italiana muestra una adaptación específica a las necesidades del país, con la creación de fiscalías especializadas y la promulgación de leyes específicas para abordar el crimen organizado.

En suma, las conclusiones indican que cada país tiene enfoques distintos para abordar la asociación ilícita y la delincuencia organizada, adaptando sus legislaciones de acuerdo con las características y necesidades específicas de su entorno. Mientras España opta por un tipo penal autónomo y circunstancias agravantes, EE.UU. tiene una legislación compleja y enfocada en grupos callejeros, e Italia establece un tipo penal específico para asociaciones mafiosas. Estos enfoques reflejan la diversidad de respuestas legales a la compleja realidad de la delincuencia organizada a nivel internacional.

3.3. Sistemas latinoamericanos

3.3.1. Argentina

El art. 210 del CP argentino posee un tipo penal simple en lo que respecta a la asociación criminal que castiga al sujeto que toma parte de una asociación cuya finalidad sea cometer delitos; es decir, reprime la mera pertenencia a dicha asociación independientemente de si el autor ha intervenido o no en la comisión de algún delito fin. En este tipo penal lo relevante es, por tanto, el hecho de asociarse.

A su vez, la ley argentina distingue tres tipos de autores: los miembros, los jefes y los organizadores. A estos dos últimos se les aplica una escala penal agravada. No se exigen demasiados requisitos para establecer la existencia de una asociación ilícita; conforme a la descripción típica son tres sus elementos básicos: (a) la acción de asociarse o conformar una asociación de este tipo (tomar parte); (b) un número mínimo de autores consistente en tres o más personas; y (c) el fin delictivo, consistente en cometer delitos en un número indeterminado.

Ziffer (2005) sostiene que la mera incorporación formal a la asociación no es suficiente, pues la calidad de “miembro” se adquiere

al “tomar parte” y la participación como miembro presupone que el autor actúa de alguna forma en calidad de tal. Afirmar que es “miembro” de la asociación ilícita supone: (a) la realización de actividades con pretensión de permanencia, y que tales actividades tiendan a favorecer a la organización o sean típicas de la actividad social en alguna u otra forma relevante; o (b) cuando, a través de un actuar repetido dirigido a la realización de las acciones antijurídicas planeadas por la asociación, es posible que el autor haya asumido como propios los fines del grupo.

La asociación ilícita exige cierto grado de permanencia derivada de su propio objeto, ya que la pluralidad delictiva que constituye su razón de ser “demanda una actividad delictiva continuada incompatible con una cooperación instantánea”. Por otro lado, estamos ante un delito de naturaleza dolosa, según el cual el autor debe conocer que participa de una asociación con las características antes indicadas y debe tener la voluntad de permanecer a ella, con todas las reglas que la asociación tiene como estructura interna (Ziffer, 2005).

Es importante mencionar que el derecho argentino adopta dentro de su ordenamiento jurídico la Convención de Palermo (todo tratado y norma consuetudinaria internacional que impone obligaciones al Estado argentino forma parte de su legislación), por lo que dichas normas podrán ser invocadas por los jueces y los particulares, como también lo establece la Constitución Argentina en su parte dogmática (Constitución de la República de Argentina, 1853, arts. 27 y 75).

3.3.2. Brasil

En Brasil, los grupos criminales más conocidos son el *Primeiro Comando da Capital*, el *Comando Vermelho*, los *Amigos dos Amigos*, el *Terceiro Comando* y el *Primeiro Grupo Catararinense*. Estas organizaciones se fortalecen por medio del contacto con el COT y, además, tienen estructuras mafiosas, pues suelen tener el control del tráfico de drogas en ciertas áreas e incluso desde el interior de los centros penitenciarios. Afianzando esta idea, se dice que los presos tienen la obligación de unirse a alguna organización con el fin de obtener protección (Godoy, s.f.).

Por otro lado, existen las llamadas “milicias” los cuales son grupos organizados que están integrados por policías o ex policías que tienen como supuesto objetivo alejar a los responsables por el tráfico de drogas. No obstante, se han evidenciado casos en donde este grupo practica extorsiones en contra de la población y actúa con extrema violencia.

También, se han identificado fuertes grupos organizados orientados a los actos de corrupción que están, precisamente, integrados por funcionarios públicos que actúan junto a las administraciones públicas y tienen como objetivo malversar los recursos y enriquecerse de manera ilícita.

En este contexto, la Ley 12.850 (2013) ha definido un marco legal para la investigación y sanción penal de las organizaciones criminales en Brasil. Se entiende que una:

[...] organización criminal es la asociación de 4 (cuatro) o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque sea informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventaja de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a 4 (cuatro) años, o que sean de carácter transnacional.

Esta ley, además, dispone las medidas específicas y el procedimiento penal que se debe usar con los grupos delictivos organizados que operan en Brasil, y regula los medios de obtención de prueba.

Así mismo, el art. 288 del CP se refiere expresamente a la “[a] sociación de más de tres personas en cuadrilla o banda, para o con el fin de cometer crímenes”. El mismo artículo establece una pena de reclusión de 1 a 3 años, aplicando el doble de la pena para la banda armada. El texto brasileño exige la concurrencia de más de tres personas, y se refiere a asociaciones que tengan por objeto cometer delitos. De esta forma, en Brasil sólo se tipifica a las asociaciones que tengan por fin cometer delitos, restringiendo el marco sancionatorio, lo que se desprende del texto del artículo (Garay Rojas, et al., 2007: 236).

Finalmente, en cuanto a las penas, la asociación ilícita se sanciona con la reclusión de 1 a 3 años para todos los miembros por igual.

Además, se castiga con el doble de la pena cuando la banda posee armas (Garay Rojas, et al., 2007: 237).

3.3.3. Chile

El ordenamiento jurídico chileno tipifica la pertenencia a un grupo delictivo organizado como “asociación ilícita”. Esta figura se encuentra regulada en el párrafo 10 del título VI del libro II del CP, titulado “[d]e las asociaciones ilícitas”. Del mismo modo, el CP chileno regula este delito entre los arts. 292 al 295, incluyendo a “toda asociación”, y no estableciendo un número de integrantes mínimos para la existencia de la asociación ilícita.

De acuerdo con Muñoz Conde, si bien es necesario establecer qué es asociación, el CP no prevé una definición del concepto. Por ello, debe recurrirse al significado gramatical o lingüístico del término y así entenderlo como toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines (Muñoz Conde, 2011).

Conforme a la doctrina, este delito protege el bien jurídico de “orden público”, lo cual, según Antolisei, es la armonía y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la Soberanía del Estado y del Derecho y el sentimiento de paz y tranquilidad que aquellos experimentan en consecuencia. El sujeto pasivo son los ciudadanos, la comunidad en general (Garay Rojas, et al., 2007: 236; Antolisei, 1969). Así, el CP chileno habla de asociaciones que tengan por objeto atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, siendo por lo tanto muy amplia la norma chilena, ya que la asociación puede no cometer delitos tipificados en el CP, pero “realizar actividades que a juicio del juez sean contrarias a las buenas costumbres, y serán esas personas condenadas por el tipo del 292”, extendiendo la aplicación del tipo penal (Garay Rojas, et al., 2007: 236-237).

Por otro lado, se suele vincular este tipo al de “conspiración para delinquir”, que según el CP es una forma de participación punible en un delito consumado, o al menos intentado, que consiste en la concertación de dos o más personas para su ejecución. La asociación ilícita se diferencia de la conspiración en que es un tipo penal autó-

nomo (Garay Rojas, et al., 2007: 237; Antolisei, 1969). Además, esta última no supone la existencia de una organización o de una estructura jerárquica con carácter permanente, sino que sólo implica un acuerdo serio de voluntades para la comisión de uno o varios delitos entre individuos de un mismo rango. Por ello, la conspiración no contempla jerarquías, recibiendo la misma pena, en función al delito cometido.

En materia de *iter criminis*, no se requiere que los delitos que buscan cometer los integrantes de una asociación ilícita lleguen a la fase de consumación, ni siquiera se exige el inicio de la ejecución de esas conductas, pues el delito de asociación ilícita es un delito de mera actividad y de peligro abstracto y el principio de ejecución se produce con la puesta en peligro del bien jurídico.

En cuanto a la estructura típica de la asociación ilícita, contiene los siguientes elementos: (a) asociación, con perdurabilidad y jerarquía; (b) el objeto ilícito puede ser inicial pero también puede haber degenerado en ilícito; (c) atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o propiedades; y (d) supone un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Por último, este delito tiene seis clasificaciones: (a) atendiendo a su gravedad, si la asociación fue constituida para la comisión de crímenes graves, los jefes o quienes constituyeron la asociación tendrán una pena mayor; si, por el contrario, fue constituida para la comisión de delitos simples, la pena será menor; (b) atendiendo a su consumación, es un delito de mera actividad por lo que se consuma con la sola conducta; (c) atendiendo a su duración, se trata de un delito permanente cuando la actividad requiere tiempo para su consumación (como, por ejemplo, en el secuestro, la sustracción de menores o la usurpación), mientras que se trata de delitos instantáneos cuando su entera realización es inmediata (en este es el caso del homicidio, el hurto o el robo, entre otros); (d) según los sujetos del delito, se trata de un delito colectivo porque tienen que intervenir varios sujetos; (e) según los caracteres de la conducta, se trata de un delito de acción pues requiere un comportamiento activo; y (f) conforme a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, se trata de un delito de peligro concreto pues basta con la sola conformación de la asociación para afectar el bien jurídico protegido (Antolisei, 1969).

3.3.4. México

En México, el COT no se refiere a una actividad específica; tal como señala John Bailey (2010); este fenómeno puede entenderse como una asociación de tipo empresarial con ocupaciones delictivas que no se reducen al tema del narcotráfico, sino que involucran actividades cuya persecución es exclusiva del gobierno federal, pero también delitos de impacto internacional y local (Williams, 2010). Dicha situación obliga a suscribir acuerdos tanto entre los diferentes países como en el plano local.

El art. 16 de la Constitución Política de México establece que la asociación ilícita es “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la Ley”.

El principal instrumento jurídico de combate contra el crimen organizado es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996). Esta ley contiene disposiciones generales, reglas para la investigación del crimen organizado, reglas para la valoración de la prueba, el proceso, la prisión preventiva, la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. El tipo penal de delincuencia organizada está previsto en su art. 2 y, de este, se desprende que un presupuesto para aplicar la norma es (a) la comisión de los delitos que enuncia la norma; y (b) que quien los cometa sea miembro de la delincuencia organizada.

Según esta disposición, los elementos del tipo penal de asociación ilícita son: (a) la concurrencia de tres o más personas; (b) que dichas personas se organicen de hecho; (c) que dicha organización tenga como propósito realizar en forma permanente o reiterada conductas; y (d) que las conductas que se pretende realizar por sí mismas o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno de los delitos ya mencionados.

Un aspecto para destacar es que, estas organizaciones criminales se mueven en forma compleja como las grandes sociedades o multinacionales, con la correspondiente división del trabajo de modo que se asegure la eficacia, el máximo beneficio y el mínimo riesgo (Williams, 2010).

En consecuencia, para verificar la existencia de un grupo organizado en México, se debe notar una organización compleja al interior de la entidad. La organización es un aspecto característico que involucra la concurrencia de rangos jerárquicos entre sus miembros, donde uno o más tienen poder de mando y decisión sobre otros. Además, existe y subsiste con independencia de sus elementos, es decir, no se trata de una agrupación que dependa de quienes son sus integrantes, sino que, inclusive, trasciende la vida misma de éstos (Williams, 2010).

3.3.5. Perú

En el marco del derecho penal peruano, la asociación ilícita ha sido modificada en muchas ocasiones hasta lo que hoy se conoce como organización criminal, regulada en el art. 317 del CP.

Esta disposición prevé que se requiere como mínimo tres miembros entre los cuales se reparten las funciones. La pena será agravada para los sujetos que tengan la calidad de líder, jefe, financista o dirigente.

En cuanto a la estructura, no existe uniformidad, variará según el origen, grado de desarrollo alcanzado, tipo de actividad delictiva o número de integrantes. No se exige un periodo de tiempo para determinar a un grupo de personas como organización criminal y basta con el propósito de cometer delitos, pues se está frente a un delito de peligro abstracto (Tisnado Solís, 2020).

Con respecto a las conductas sancionadas, estas son según el art. 317 del CP: (a) constituir, dar nacimiento; (b) organizar: diseñar y proporcionar una estructura; (c) promover: consolidación y expansión de la ya creada organización; y (d) integrar: acto de adhesión personal y material a la organización.

Cabe precisar que hay una diferencia de este tipo penal con el de “banda criminal”, la cual radica en el número de los miembros que la conforman y la prescindencia de alguna de sus características.

Dentro de la jurisprudencia más relevante en torno al tipo de organización criminal, se encuentra el Acuerdo Plenario N° 8-2007/

CJ-116 del 16 de noviembre de 2007, en donde se consagra que el delito de integración en una organización criminal sólo puede operar como tipo penal subsidiario de un robo con agravantes; se reconoce así la plena autonomía típica de ese hecho punible frente a la agravante de robo. Por lo tanto, tal como lo señala Tisnado Solís (2020):

El sujeto que realiza un hecho típico delictivo a través de una organización criminal se le imputa dos injustos distintos: un injusto por el delito realizado en concreto, conforme a las reglas de autoría y participación y un injusto penal por participación en una organización criminal como delito autónomo.

Así mismo, el Acuerdo Plenario establece que es necesaria la existencia de una organización como requisito material para que se configure el delito, cuya estructura debe formarse a través de acuerdo o pacto.

3.3.6. Colombia

Es importante destacar que Colombia denomina de forma diferente el delito de participación en organización criminal porque el CP utiliza la expresión “concierto para delinquir”. Este concepto ha venido siendo asociado con el fenómeno del denominado “paramilitarismo”, porque su actuar está estrechamente relacionado con actos delictivos como lo es la desaparición forzada, la tortura, el desplazamiento forzado, el homicidio, el terrorismo, el tráfico de droga, el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos o el testaferrato y financiamiento y administración de recursos para el terrorismo.

En cuanto a su regulación, si bien el concepto de “concierto para delinquir” tiene origen en el CP de Napoleón de 1810, ha venido evolucionando hasta el actual CP (Ley 599 de 2000). Sin embargo, como una reacción al aumento de las modalidades de secuestro y extorsión en Colombia, se han dictado medidas tendientes a erradicar estos delitos como se evidencia en la Ley 733 de 2002, pues con su art. 8 se modificó el art. 340 del CP, quedando de la siguiente manera:

Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años. [...] Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, des-

plazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El bien jurídico protegido por el delito de concierto para delinquir es la seguridad pública. De hecho, este delito está ubicado en el título XII del libro segundo del CP que lleva el nombre de “Delitos contra la seguridad pública”. Ahora bien, la seguridad pública se debe entender como un derecho que tienen todas las personas que residen en Colombia a no ser víctimas de actos que pongan en riesgo su tranquilidad colectiva y su vida en sociedad.

En cuanto al sujeto activo, lo primero que debe ser mencionado es la necesidad de que por lo menos dos personas participen en la estructura organizada. Además, se trata de un delito de mera conducta o de consumación anticipada. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-241 del 20 de mayo de 1997 estableció que:

El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del art. 333 de la Carta Política.

Lo anterior significa que, para que se consume el delito de concierto para delinquir no es necesario que exista un acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerá, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, pero sí sobre lo que será su actividad principal: delinquir.

La conducta es objetiva y, de acuerdo con la jurisprudencia “la acción incriminada consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la reali-

zación de actos delictivos indeterminados [...]”. En este sentido, Luis Carlos Pérez (1984) explica que:

La organización no es fruto de reglamentos ni de reparto disciplinado de actividades. Lo que reclama el tipo del concierto es por lo menos un rudimento de organización, sin el cual no se distinguen los objetivos propuestos. El propósito de concertarse, esto es, de ponerse de acuerdo para recorrer, por ejemplo, determinado territorio, haciendo estas o aquellas fechorías en el transcurso de una jornada, o en varias, es ya un despliegue punible.

En suma, el concierto para delinquir se materializa ‘cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos’. Así, dicho delito se ha entendido como un tipo penal autónomo de mera conducta o de peligro abstracto; en vista que, a diferencia de la coautoría, se circunscribe a la comisión de delitos indeterminados.

3.3.7. Análisis comparado

En el presente acápite, el análisis comparado se centra en las siguientes siete características principales de las legislaciones analizadas:

1. Hay una diversidad de enfoques y definiciones: cada país aborda la asociación ilícita u organización criminal de manera única, con definiciones y enfoques particulares.
2. Los tipos penales varían en su estructura y requisitos. Algunos países, como Argentina y Brasil, centran su legislación en la mera asociación con el propósito de cometer delitos.
3. El abordaje responde a dimensiones transnacionales y locales, algunos países, como Brasil y México, abordan específicamente la dimensión transnacional de la delincuencia organizada, destacando la conexión con el COT y la necesidad de cooperación internacional. También se mencionan casos específicos de grupos delictivos con estructuras mafiosas.
4. La jurisprudencia y la evolución normativa son evidentes en varios países. En Perú, por ejemplo, ha habido modificaciones que llevaron de la “asociación ilícita” a la actual “organización

criminal”. Además, la jurisprudencia, como el Acuerdo Plenario en Perú, define aspectos clave del delito.

5. En Chile y Colombia, se destaca que la asociación ilícita o el “concierto para delinquir” tienen como objetivo proteger la seguridad pública. Esto refleja la preocupación por la armonía social y el orden público como bienes jurídicos protegidos.
6. La necesidad de cooperación internacional se menciona en relación con la delincuencia organizada transnacional. Los países reconocen la importancia de acuerdos y tratados para combatir eficazmente este fenómeno que trasciende las fronteras nacionales.
7. La mayoría de los países consideran la existencia de una estructura jerárquica como un elemento importante para definir la gravedad y la penalidad del delito. La organización criminal implica una planificación y división de tareas, y a menudo se castiga más severamente a los líderes y organizadores.

Así, a pesar de las diferencias en las leyes y enfoques de cada país, hay tendencias comunes en la persecución de la delincuencia organizada. Un ejemplo de ello son la protección de la seguridad y orden público; la lucha contra actividades delictivas y la necesidad de colaboración internacional para hacer frente a este fenómeno que va más allá de las fronteras nacionales.

4. TENTATIVA

La tentativa ocurre cuando el autor, con la intención de cometer un determinado delito, inicia su ejecución, pero no se llega a producir su consumación por causas ajenas a la voluntad del autor (Roxin, 1997: 60 y 325; Bacigalupo, 2002: 463; Mir Puig, 2006: 347). La tentativa se distingue de los actos preparatorios punibles, en tanto estos últimos no implican auténtica ejecución y puesta en marcha de la comisión del delito, mientras que la primera sí. La tentativa implica que el autor ha dado un paso adelante más hacia la consumación efectiva del delito.

Ahora bien, existe una discusión sobre el momento en concreto en el que se inicia la fase de ejecución. Así, algunos autores requieren que se lleve a cabo una actividad sustancial, o al menos importante, en la ejecución, mientras que otros autores consideran que basta con que el acto de que se trate se encuentre encaminado a la ejecución. Además, para un tercer grupo de autores como Bacigalupo (2002: 462-463), la preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. Por consiguiente, no hay “actos preparatorios” ni “actos de ejecución” en sí, sino el desplazamiento del tipo penal para que incluya ciertas acciones, y así adelantar el momento desde el que el bien jurídico correspondiente es protegido.

Así, “las definiciones que de tentativa se ofrecen a partir del reconocimiento de un itinerario criminal (*iter criminis*) admiten la presencia de un ‘fracaso’ del autor en su empeño por conseguir un determinado resultado, por manera que, dentro de esta concepción tradicional, la tentativa sólo existe en cuanto el resultado no sobrevenga por circunstancias ajenas a la voluntad del autor” (Reyes Alvarado, 2014). Por tanto, para quienes defienden esta teoría, es indispensable reconocer que uno de los elementos del delito consumado es el fracaso en la consecución del resultado (Reyes Alvarado, 2014)¹⁷. Por tanto, en cuanto a la tentativa, es menester mencionar que su naturaleza jurídica es definida por “dos tendencias enfrentadas; una de las cuales busca demostrar que la tentativa carece de autonomía y es por tanto un delito imperfecto y subordinado, mientras la otra propugna por el reconocimiento de la tentativa como una figura delictiva autónoma y completa” (Reyes Alvarado, 2014). En otras palabras, Reyes Alvarado lo plantea como la contraposición de la existencia de una “tentativa de delito” o “el delito de tentativa” (Reyes Alvarado, 2014).

Ahora bien, es importante mencionar que el bien jurídico protegido por la tentativa, dependerá del delito que el autor esté tratando de cometer; en tanto dispositivo amplificador del tipo penal, la tentativa tutela el bien jurídico protegido por el tipo penal cuya ejecución

¹⁷ Es menester mencionar que el autor mencionado considera esta postura inaceptable.

se inicia, de manera que, si se habla de tentativa de homicidio, el bien jurídico protegido será la vida, mientras que, si se habla de tentativa de hurto, se estará tutelando el patrimonio.

Así las cosas, la imperfección de la tentativa de delito radicaría en el resultado al no ser un delito consumado donde la punibilidad radica en la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado; mientras que, en el delito de tentativa, la tentativa se debe entender como la creación misma del riesgo jurídicamente desaprobado. A modo de ejemplo, el autor plantea el delito de “porte de armas blancas u objetos peligrosos” del CP colombiano; así, si esta norma no existiese, podría hablarse de tentativa de lesiones personales u homicidio a quien se encuentre portando un arma blanca. Sin embargo, al existir la norma en el ordenamiento colombiano, convierte un escenario subordinado en un delito consumado con el mero porte; es decir, la creación del riesgo o el delito de tentativa (Reyes Alvarado, 2014).

4.1. Estándares internacionales

4.1.1. Contenido

El art. 25(3)(f) del ECPI establece que será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consuma debido a circunstancias ajenas a su voluntad. No obstante, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Por tanto, un crimen es tentado cuando se encuentra incompleta la materialización de todos los elementos objetivos del mismo, más, sin embargo, los subjetivos se encuentran completos (Ambos, 2022).

Ahora bien, a efectos de determinar el momento en el cual se inicia la tentativa, la Comisión de Derecho Internacional estableció que los actos preparatorios no representan un inicio de la ejecución (ILC, 1986: Para. 129) (Ambos, 2022). Así, para dar alcance al momento de “inicio de ejecución” el comentario realizado por la Co-

misión de Derecho Internacional en 1996 definió que implica que un individuo hubiese desarrollado un acto que constituya un paso importante en su ejecución (ILC, 1996: Para. 17) (Ambos, 2022).

Con base en lo anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Banda afirmó que, para determinar si la conducta del perpetrador era adecuada para llevar a cabo el crimen en cuestión, se requiere que en el curso normal de los acontecimientos la conducta del perpetrador hubiese resultado en la consumación del crimen (ICC, SCP I, 2011: 96). Así, el intento de comisión de un crimen requiere una etapa más concreta y definitiva que vaya más allá de los meros actos preparatorios (ICC, SCPI, 2011:97). Precisamente, para la Sala resulta claro del lenguaje escogido en el Estatuto al decir ‘un paso importante’, que se evidencia la voluntad de los redactores de que este fuese un elemento fundamental para la materialización del art. 25(3)(f) (ICC, SCPI, 2011: 97). Adicional a lo anterior, es menester mencionar que el ECPI no limita la tentativa a ciertos crímenes, sino que, incluye cualquier crimen dentro de la competencia de la Corte (Ambos, 2022).

Por su parte, la Sala de Primera Instancia VI en el caso Ntaganda, estableció que la tentativa de un crimen se caracteriza por lo inconcluso de sus elementos subjetivos (SJ VI, 2019: 861). En consecuencia, y a modo de ejemplo, la Sala indica que, no se deberían establecer distinciones entre los elementos subjetivos necesarios para el asesinato cuando este es consumado y los elementos subjetivos requeridos para la tentativa del mismo (ICC, SJ VI, 2019: 861).

En contraste, los arts. 4(2)(d) del ETPIY y 2(3)(d) del TPIR solo prevén el castigo de la tentativa en relación con el crimen genocidio, sin que se castigue, por tanto, la misma en relación con los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, que son de la competencia de ambos tribunales penales internacionales.

Finalmente, en las Convenciones de Palermo (art. 6(2)(a)) y Mérida (art. 27(2)) se establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos recogidos en las mismas.

4.1.2. Análisis comparado

El ECPI prevé una aproximación mucho más amplia que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, en el sentido que, no reduce la aplicación de la figura de la tentativa únicamente al crimen de genocidio. Así, el ECPI requiere que exista un paso importante para la ejecución del mismo, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a la voluntad del perpetrador.

En este sentido resulta interesante cómo, a diferencia de la aproximación del ECPI frente a los actos preparatorios punibles y su limitación a la instigación al genocidio, frente a la tentativa es clara la necesidad de sobrepasar lo que podrían considerarse como actos preparatorios punibles y la necesidad del inicio de ejecución por medio de un paso importante para llegar a hablar de tentativa en cualquiera de los crímenes de la competencia de la Corte.

Ahora bien, en cuanto a un escenario transnacional, a diferencia del ECPI, las Convenciones de Palermo y de Mérida no tienen un desarrollo tan detallado de la tentativa en cuanto a su inicio, clases y materialización; sino que, estas generan una obligación a los Estados parte de las Convenciones de adoptar medidas legislativas sobre la figura frente a los delitos recogidos en cada una de las Convenciones.

Dicha situación genera un impacto distinto al ECPI, en el sentido que, el desarrollo de la figura de la tentativa y por ende la eficacia que esta pueda tener en la investigación y persecución del fenómeno de la corrupción y del COT dependerá tanto de la voluntad política del Estado parte de la Convención como de la política criminal propia de ese Estado; que, a diferencia del ECPI, al menos, en lo que respecta a la aplicación de la figura de la tentativa, resulta en una práctica heterogénea en cuanto a los crímenes que busca desarrollar y por tanto, los sistemas no son directamente comparables.

4.2. *Sistemas no latinoamericanos*

4.2.1. España

El CP español establece en su art.16 lo siguiente:

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. [...] 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. [...] 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito¹⁸.

De esta manera, el ordenamiento jurídico español regula la tentativa como una etapa imperfecta del delito, ya que el sujeto activo inició la ejecución del ilícito sin lograr consumarlo y, por tanto, no se concreta la lesión del bien jurídico protegido.

Según el Tribunal Supremo español, la tentativa tiene tres elementos: (a) en la parte objetiva, una ejecución parcial o total no seguida de consumación; (b) en la parte subjetiva, la voluntad de consumación; y (c) la ausencia de desistimiento voluntario (cfr. STS 2227/2001).

En lo que se refiere a la parte objetiva, la tentativa requiere: (a) que el autor haya concretado hechos exteriores que representan el comienzo de la ejecución del tipo delictivo directamente; (b) que los hechos exteriores sean objetivamente acordes a la producción del resultado; y (c) que el proceso causal puesto en marcha por el autor no haya generado la producción del resultado (Cuello Contreras, 2007).

Por su parte, con respecto a la parte subjetiva, se requiere que “el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación” (Mir Puig, 2006: 353).

¹⁸ Vid.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

En cuanto a la pena, el art. 62 del CP establece que se castigará la tentativa con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, teniendo en cuenta el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. De esta manera, como la ejecución puede ser parcial o total, el juez tendrá en cuenta el grado de ejecución alcanzado como criterio guía a la hora de decidir si impone la pena inferior en un grado o en dos grados a la señalada para el delito consumado (Mir Puig, 2006: 347-352). En consecuencia, el CP español usa un sistema de imputación general de la tentativa en todos tipos penales dolosos (que son los únicos en los que es posible su castigo) (Farré Trepát, 1986).

4.2.2. Estados Unidos

Las leyes estatales que regulan la tentativa se basan, en gran medida, en el CP Modelo de los EE.UU., que agrupa la tentativa con la conspiración como delitos “incipientes” de aplicación general (Congressional Research Service, 2015). En el nivel federal, además de existir una disposición general que regula la tentativa en relación con el conjunto de delitos federales (18 USC: sección 1349), existen disposiciones específicas que regulan la tentativa con respecto a delitos específicos, como el homicidio (18 USC: sección 1113) o la evasión de impuestos (26 USC: sección 7201).

Los requisitos de la tentativa varían según la jurisdicción, aunque en general se requiere: la existencia de un paso sustancial hacia la comisión del delito; y la intención específica de cometerlo. El “paso sustancial” puede ser definido como cualquier conducta que es fuertemente corroborativa de la firmeza de la intención del autor de completar la comisión del delito (*United States v. Juan Resendiz-Ponce*, 2007: 4)¹⁹.

En cuanto a las penas, en el marco de la tentativa los castigos suelen ser menos severos de lo que serían si el delito se hubiese cometido (Justia, 2023). Así, el castigo por la tentativa de comisión de un

¹⁹ Vid.: <https://www.oyez.org/cases/2006/05-998>.

delito suele ser proporcional a la gravedad del delito en cuestión (Justia, 2023).

4.2.3. Italia

El CP italiano establece en su art. 56 que será penalizado con pena privativa de la libertad quien realice actos encaminados de manera inequívoca a cometer un delito si la acción no se lleva a cabo o el hecho no ocurre. Si el culpable desiste voluntariamente de la acción, sólo está sujeto a la pena por los hechos realizados, si éstos constituyen en sí mismos un delito diferente. Por otro lado, si voluntariamente impide el hecho, incurre en la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad.

Como resultado, los elementos de la tentativa conforme al CP italiano son: (a) un elemento objetivo que representa la acción inconclusa o imperfecta, o la acción completada, pero sin consumación; y (b) un elemento subjetivo, el cual hace referencia a la intención de cometer el delito (la voluntad).

La jurisprudencia italiana ha señalado que, para realizar el análisis del delito en grado de tentativa, se debe estudiar cuándo una acción supera el umbral de la simple ideación o simple acuerdo (el cual no es punible, en virtud del art. 115 del CP italiano), aun cuando no haya alcanzado la consumación del delito (Tribunal ordinario, 2017). Así, la doctrina ha señalado que la tentativa se presenta cuando existen “actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito”; es decir, que tanto la doctrina, como la jurisprudencia italiana han remitido a la noción de idoneidad para hacer referencia a la tentativa (Carrara, 1859).

A la luz de la legislación italiana, se debe entonces realizar una evaluación *ex post* de la situación que se le presenta al culpable, en función de las condiciones humanamente previsibles de los hechos ocurridos; teniendo en cuenta las circunstancias en las que se llevó a cabo el acto (Martini, 2021).

Ahora bien, la jurisprudencia italiana también hace mención a que los actos preparatorios pueden integrar las particularidades de la tentativa punible en los casos en los que, según las normas de la

experiencia y costumbre, se encuentren inequívocamente dirigidos a la comisión del delito (Tribunal ordinario, 2015; 2017). De esta manera, para que la tentativa se lleve a cabo, son relevantes tanto los actos ejecutivos propiamente dichos, como los actos preparatorios que demuestran que el sujeto activo empieza a implementar el plan delictivo elaborado y que tiene una posibilidad significativa de lograr que el delito se cometa (Tribunal ordinario, 2016).

4.2.4. Análisis comparado

Como puede observarse, los tres ordenamientos jurídicos estudiados requieren un paso sustancial para que la tentativa pueda consumarse. Así, en el marco del ordenamiento jurídico español, la tentativa se encuentra regulada como una etapa imperfecta del delito donde el sujeto activo inicia la ejecución del ilícito sin lograr consumarlo, por lo que, no se concreta la lesión del bien jurídico protegido.

Ahora bien, en el derecho italiano, será penalizado con pena privativa de la libertad quien realice actos encaminados de manera inequívoca a cometer un delito si la acción no se lleva a cabo o el hecho no ocurre. Si bien en ambos casos se habla del inicio de la ejecución y el hecho de que el ilícito no se lleva a cabo; a diferencia del escenario español, la jurisprudencia italiana menciona los actos preparatorios punibles como relevantes en el sentido que, pueden demostrar que el sujeto activo empieza a implementar el plan delictivo elaborado y que tiene una posibilidad significativa de lograr que el delito se cometa.

En cuanto al caso estadounidense, el tratamiento de la tentativa variará de acuerdo al Estado; sin embargo, existe una aproximación general donde se requiere la existencia de un paso sustancial hacia la comisión del delito y la intención específica de cometerlo. Así, como se enunció anteriormente, dicho paso sustancial se define como cualquier conducta que es fuertemente corroborativa de la firmeza de la intención del autor de completar la comisión del delito. Así las cosas, al igual que en el escenario español e italiano, se requiere un acto idóneo e inequívoco dirigido a cometer un delito.

No obstante, frente al modelo estadounidense es necesario evaluar la intención del sujeto activo, lo cual no se desprende de la descripción de la tentativa propia de la legislación española donde se estudia el aspecto objetivo para su determinación. Situación que encuentra un punto medio de análisis en el caso italiano.

4.3. Sistemas latinoamericanos

4.3.1. Argentina

El CP de la Nación Argentina contiene un título completo para tratar la tentativa. Así, el título VI establece:

Artículo 42. El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas en el artículo 44. [...] Artículo 43. El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito. [...] Artículo 44. La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años²⁰.

De esta manera, el CP argentino adopta la fórmula del principio de ejecución para analizar la tentativa; esta fórmula hace referencia a una ampliación de la tipicidad hasta cobijar actos que atienden al principio de ejecución del delito (Pasquel, A. Z., 2021), excluyendo solamente los actos preparatorios previos a la ejecución del acto (Zaffaroni, 2002).

4.3.2. Brasil

El CP brasileño prevé en su art. 14 la figura de la tentativa, cuando, una vez iniciada la ejecución, ésta no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad del agente. Salvo disposición en contrario, la

²⁰ Vid.: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#7>.

tentativa es castigada con la pena correspondiente al delito consumado, reducido de uno a dos tercios (incluido por la Ley 7.209 (1984)).

Por su parte, el art. 15 recoge la figura del retiro voluntario y arrepentimiento efectivo, estableciendo que “[e]l agente que voluntariamente renuncia a continuar con la ejecución o impide la ejecución produce un resultado, sólo es responsable de los actos ya realizados”.

Según el ordenamiento jurídico brasileiro, la tentativa es una conducta encaminada a lesionar un bien jurídico protegido, cuyo resultado no se ve reflejado por circunstancias ajenas al sujeto activo. Así, en el CP se establece que la tentativa se da “cuando, iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente”. Además, se establece que la tentativa se castigará con la pena correspondiente al delito consumado, disminuida en uno o dos tercios, y que quien voluntariamente, desista de proseguir en la ejecución o impida que el resultado se produzca, sólo responderá por los actos ya realizados. Por último, no se castiga la tentativa, cuando por ineficacia absoluta del medio o por absoluta impropiedad del objeto, sea imposible que se consume el delito.

4.3.3. Chile

El art. 7 del CP chileno prevé que:

Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

Así, dicha disposición distingue entre tentativa y delito frustrado, que se aplican con carácter general a todos los delitos dolosos. Este último se da cuando el autor pone de su parte todo lo necesario para que el delito se lleve a cabo, pero esto no sucede por causas independientes de su voluntad. Por su parte, la tentativa tiene lugar cuando se inicia la ejecución del delito por hechos directos, pero, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, faltan uno o más

para su complemento. La doctrina chilena requiere para la tentativa “un criterio objetivo de peligrosidad que ha sufrido el bien jurídico, pues se necesita que los hechos, para configurar la tentativa, sean directos” (Politoff Lifschitz, 2002). Además, el art. 53 del CP castiga también la complicidad y el encubrimiento de la tentativa.

En cuanto a las penas, el art. 52 del CP impone a la tentativa una pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el delito de que se trate. A su vez, el art. 53 prevé que a los cómplices de tentativa y a los encubridores, se les impondrá una pena inferior en tres grados. Por su parte, el art. 55 del CP establece que las disposiciones generales contenidas en los artículos precedentes no se aplican en los casos en que la tentativa sea especialmente penada por la ley.

4.3.4. México

El art. 12 del CP Federal mexicano establece lo siguiente:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. [...] Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito. [...] Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Así, el ordenamiento jurídico mexicano regula la tentativa como aquella situación en la que, iniciada la ejecución del delito, este no se consuma por circunstancias ajenas al sujeto activo. De esta manera, la tentativa es un dispositivo amplificador de las figuras típicas, y busca sancionar la conducta en momentos anteriores a su consumación (pues implica un peligro al bien jurídico protegido).

Según el CP Federal y la Suprema Corte de Justicia de México, la tentativa tiene los siguientes elementos: (a) un elemento objetivo, constituido por la conducta desplegada por el agente para llevar a

cabo la consumación del delito; (b) un elemento subjetivo, consistente en la finalidad o designio de cometer un delito determinado; y (c) un elemento negativo, que radica en la no consumación del delito propuesto, por causa ajena a la voluntad del sujeto.

Al igual que muchos ordenamientos jurídicos, México, contempla la tentativa acabada e inacabada. La primera se da cuando el autor despliega todos los actos necesarios (objetivamente hablando) para cometer el delito, pero este no se consuma por causas ajenas, mientras que la tentativa inacabada requiere que el autor crea que ha realizado todos los actos de ejecución, pero objetivamente no es así (al autor se le olvida algún detalle esencial) (Muñoz Conde, 2011).

4.3.5. Perú

El CP peruano regula la tentativa en el art. 16, al señalar que “[e]n la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”. Además, según el art. 17 del CP, “[n]o es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”. Así mismo, el art. 18 del CP, regula el desistimiento voluntario (arrepentimiento activo) al señalar que “[s]i el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”.

En el sistema penal peruano, se maneja un sistema abierto de incriminación de la tentativa; decir, la doctrina considera que, para evitar una aplicación excesiva de la tentativa, se debe recurrir a la teoría de la imputación objetiva con base a los roles jurídicamente relevantes (Percy García Cavero, s.f.). En este sentido, en la práctica la tentativa es muy importante al determinar la pena, porque esta se puede reducir a “discrecionalidad” del juez; incluso hasta por debajo del mínimo legal (Apaza, 2023).

Así, el CP peruano define la tentativa en su art. 16 como aquella acción en que “el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”; ello es motivo para que, según

esta misma disposición, se le “disminuya prudencialmente la pena”. Posteriormente, en el art. 17, reconoce como tentativa no punible “cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto”. Es decir, cuando los actos realizados no tienen la capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido (Fontan Balestra, 1998; Villavicencio Terreros, 2006).

Respecto al desistimiento, el art. 18 del CP señala que, cuando el agente “desiste voluntariamente de proseguir con los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado”, será penado sólo si los actos ya practicados “constituyen por sí solos otros delitos”. Por otro lado, cuando la situación se refiera a la participación de varios sujetos en la tentativa, el art. 19 del CP señala que “no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación”.

De lo anterior se entiende que el sistema penal peruano maneja una estructura tripartita de la tentativa, donde dicha conducta voluntaria se compone del acto típico y antijurídico que no resulta en la consumación del delito. Es decir, el CP peruano presupone tres requisitos concurrentes para la tentativa: (a) el inicio de la ejecución del delito; (b) la voluntad del agente de cometer el delito; y (c) la no consumación del delito (Castillo Alva, 2004). En tal sentido, se maneja una teoría mixta que integra criterios objetivos (conducta peligrosa) y subjetivos (conducta dirigida a la consumación del delito).

En consecuencia, se entiende la tentativa como “un grado de desarrollo del delito en el cual se pone en peligro el bien jurídico protegido, pero no se llega a consumir la lesión del mismo por circunstancias externas a la voluntad del agente o por su propio desistimiento” (Apurímac, 2007). Por ello, “[...] en la tentativa sólo es punible el comienzo de la ejecución, mas no así [...] los actos preparatorios, a no ser que en este último caso dichos actos preparatorios, por sí mismos constituyan delito” (Corte Suprema de Justicia del Perú, 1999). Estos últimos se definen como “la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones

para alcanzar el fin que se propone [...]” (Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal, 1998).

4.3.6. Colombia

La tentativa es la ejecución incompleta de la conducta tipificada en la ley penal; un acto o delito que se empieza a ejecutar y nunca llega a consumarse (Velásquez, 2017). Sin embargo, la tentativa no equivale a “un tipo delictivo distinto del que prevé un delito o conducta punible consumada, sino que se trata de una figura que implica una extensión de la tipicidad básica, como una forma especial de configuración del tipo o de su dispositivo amplificador” (Velásquez, 2017).

El CP colombiano establece en su art. 27 lo siguiente:

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. [...] Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedir²¹.

Respecto al análisis de dicha disposición, autores como Velásquez argumentan que debe comenzarse por el aspecto subjetivo, “pues solo si se precisa el contenido de la voluntad del agente es posible realizar la subsunción del hecho en un tipo penal determinado” (Velásquez, 2017). En este entendido, es posible afirmar que la tentativa, a efectos del art. 27, solo podría presentarse en conductas dolosas puesto que no prevé las culposas.

Así las cosas, en cuanto al aspecto objetivo de la tentativa, el comienzo de la ejecución es su elemento central; la cual, se debe llevar

²¹ Vid.: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>.

a cabo por medio de actos idóneos y que estos estén inequívocamente dirigidos a su consumación. Por último, la consumación no debe llevarse a cabo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente (Velásquez, 2017).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha interpretado esta disposición de la siguiente manera:

Al lado de la existencia de actos ejecutivos, para que se pueda configurar la tentativa, es necesario el propósito de cometer una conducta punible (dolo), la idoneidad y univocidad de la conducta y la no consumación del delito por circunstancias ajenas a la voluntad del agente [...] si el comportamiento idóneo es aquél que según las reglas de la experiencia es apto para conseguir un cierto efecto y es unívoco cuando sin lugar a dudas está encaminado a un fin específico" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25974).

En consecuencia, como en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, se pueden distinguir los siguientes tres elementos de la tentativa: (a) el autor tiene una idea encaminada a ejecutar o cometer un delito; (b) los medios empleados para la ejecución del delito deben ser capaces o ideales para producir el resultado buscado; y (c) cuando el autor del delito ha empezado a ejecutar el hecho, pero no lo puede consumir por circunstancias imprevisibles, se habla de tentativa.

Así mismo, al igual que hemos visto en otros sistemas de la región, también en Colombia se acoge la distinción entre tentativa acabada e inacabada, donde la primera es aquella en la que el delincuente realiza todos los actos necesarios para ejecutar el delito, pero no logra conseguir el efecto deseado por una causa fortuita no prevista por él mismo, mientras que la segunda se da cuando el sujeto no logra cometer el resultado esperado y típico, porque se ve interrumpido por circunstancias ajenas a su voluntad. Además, la jurisprudencia también admite la tentativa inidónea o delito imposible, que sucede cuando los actos realizados no tienen la capacidad para poner en peligro el bien jurídico que protege la ley penal o cuando los medios empleados para la ejecución del delito, no son los adecuados para lograr el resultado esperado y, por ende, éste se convierte en un delito imposible (Velásquez, 2017).

Ahora bien, una particularidad del sistema colombiano en cuanto a la aplicación de la tentativa a los delitos de corrupción es la reciente interpretación de la Corte Suprema de Justicia al señalar que:

La dinámica propia de la forma de ejecución de este ilícito no requiere una inmediatez entre el acto demandado por el oferente corruptor y el cumplimiento de la canonjía por la que se vende la función pública; inclusive no se precisa que el acto demandado sea en sí mismo de contenido ilícito (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia 9/2021: 28).

Es decir, la CSJ precisó que el delito de cohecho y el de tráfico de influencias, son tipos penales de peligro que, justamente por su naturaleza no admiten la modalidad de tentativa. Lo anterior, no solo puede ser una aproximación equívoca del alcance del amplificador del tipo penal, también hace ineficiente e inoperante la intención de que esta figura prevenga el accionar delictivo de los grupos corruptos.

4.3.7. Análisis comparado

En el marco del ordenamiento jurídico argentino, se adopta la fórmula del principio de ejecución para analizar la tentativa; la cual hace referencia a una ampliación de la tipicidad para cobijar actos que atienden al principio de ejecución del delito. Por su parte, el sistema brasileño la establece de manera directa en su CP y afirma que la tentativa existe cuando, una vez iniciada la ejecución, ésta no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad del agente.

En el caso de Chile, a diferencia de Argentina con su fórmula amplificadora y Brasil con su método directo, existe una diferenciación entre la tentativa y el delito frustrado donde se añade un componente de peligrosidad frente al bien jurídico tutelado. Así las cosas, la tentativa tiene lugar cuando se inicia la ejecución del delito por hechos directos, pero, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, faltan uno o más para su complemento. Adicionalmente, requiere un criterio objetivo de peligrosidad que ha sufrido el bien jurídico, pues se necesita que los hechos, para configurar la tentativa, sean directos.

Por su parte, México adopta una posición intermedia entre la aproximación argentina y chilena en el entendido de que el ordenamiento jurídico mexicano regula la tentativa como aquella situación en la que, para el CP mexicano, iniciada la ejecución del delito, este no se consuma por circunstancias ajenas al sujeto activo. De esta manera, la tentativa es un dispositivo amplificador de las figuras típicas, y busca sancionar la conducta en momentos anteriores a su consumación (pues implica un peligro al bien jurídico protegido).

A diferencia de los ordenamientos anteriormente mencionados, el sistema penal peruano adopta una aproximación a la tentativa enfocada en la pena; así, se maneja un sistema abierto de incriminación de la tentativa. Es decir, la doctrina considera que, para evitar una aplicación excesiva de la tentativa, se debe recurrir a la teoría de la imputación objetiva con base a los roles jurídicamente relevantes. Así, el CP peruano define la tentativa como aquella acción en que el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo; según esta misma disposición, es motivo para que se le disminuya prudencialmente la pena. En este sentido, en la práctica la tentativa es muy importante al determinar la pena, porque esta se puede reducir a discrecionalidad del juez; incluso hasta por debajo del mínimo legal.

Por último, y recogiendo elementos de algunos sistemas latinoamericanos, en el caso colombiano se replica lo que en los demás Estados latinoamericanos y es: (a) el autor tiene una idea encaminada a ejecutar o cometer un delito; (b) los medios empleados para la ejecución del delito deben ser capaces o ideales para producir el resultado buscado; y (c) cuando el autor del delito ha empezado a ejecutar el hecho, pero no lo puede consumir por circunstancias imprevisibles, se habla de tentativa.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Los amplificadores de los tipos penales, como los actos preparatorios, la asociación ilícita y la tentativa tratan de proteger bienes

jurídicos asociados a la seguridad ciudadana. Además, tienen como propósito evitar la conformación y el actuar delictivo a través de su penalización de manera preventiva (Naciones Unidas, Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, 2022: 6-9).

Como se ha observado a lo largo del capítulo, el tratamiento de los dispositivos amplificadores tiene similitudes en los sistemas estudiados en cuanto a su punibilidad; sin embargo, varían en cuanto al inicio de su aplicación.

En cuanto a los actos preparatorios punibles, encontramos que, en el nivel internacional solo se encuentra la figura de la instigación para cometer genocidio, propia de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948) y recogida por los tribunales internacionales penales, mientras que en el ámbito transnacional se recoge en la Convención de Palermo y en el desarrollo del concepto de conspiración. Por su parte, con respecto a los sistemas domésticos, el régimen español es más amplio al prever la responsabilidad penal por conspiración, proposición y provocación, mientras que en la legislación federal de EE. UU solo se recoge la conspiración. Por último, los sistemas latinoamericanos no determinan punibilidad para los actos preparatorios punibles.

Respecto a la asociación ilícita, el ámbito transnacional, por medio de la Convención de Palermo abre la posibilidad de incorporar la punibilidad por colaborar intencionalmente con grupos delictivos y no solamente por la existencia de un plan común premeditado, e insta a los Estados a tomar medidas al respecto. Frente a esto, en el nivel doméstico, España recoge los tipos penales autónomos de pertenencia a una organización criminal y a un grupo criminal, conforme a los cuales, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. EE.UU. por su parte, tiene una legislación compleja en lo que respecta a la asociación ilícita, en tanto que a primera vista no existe el tipo penal como tal. Sin embargo, la legislación federal norteamericana tipifica la pertenencia a grupos delictivos callejeros, conceptualiza el *racketeering* y ha implementado la ley RICO que es lo suficientemente amplia como para abarcar actividades ilegales relacionadas con cualquier empresa que afecte el comercio interestatal o exterior. En cuanto a Italia, su CP define la asociación ilícita como un grupo de tres o más personas que se asocian con el fin de cometer delitos, te-

niendo como elemento distintivo el prever un tipo penal específico dirigido a asociaciones ilícitas de tipo mafioso.

En América Latina, el CP argentino posee un tipo penal simple en lo que respecta a la asociación criminal donde reprime la mera pertenencia a dicha asociación independientemente de si el autor ha intervenido o no en la comisión de algún delito fin. Por tanto, lo relevante es el hecho de asociarse.

Por su parte, en Brasil se entiende que una:

[...] organización criminal es la asociación de cuatro o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque sea informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventaja de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales [...], o que sean de carácter transnacional.

En Chile, este delito protege el bien jurídico del orden público, al igual que en México, donde este fenómeno puede entenderse como una asociación de tipo empresarial con ocupaciones delictivas que no se reducen al tema del narcotráfico, sino que involucran también actividades cuya persecución es exclusiva del gobierno federal, y delitos de impacto transnacional. En cuanto a Perú, el delito de integración en una organización criminal sólo puede operar como tipo penal subsidiario. Por último, en Colombia se denomina concierto para delinquir y se materializa cuando varias personas se concertan con el fin de cometer delitos, siendo entendido como un tipo penal autónomo de mera conducta o de peligro abstracto.

Frente a la tentativa, esta castiga en términos generales, tanto en el nivel internacional como en el ámbito doméstico, los actos que se producen tras el inicio de la fase de ejecución de un delito que no llega a ser consumado por razones ajenas a la voluntad del autor(es). Tanto la Convención de Palermo como la de Mérida, exhortan a los Estados a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos recogidos en las mismas, lo cual ha sido acogido en las legislaciones nacionales analizadas, ya sea que se defina el inicio de la fase de ejecución como la realización de pasos importantes o de actos inequívocos para la consumación de un delito fin.

En consecuencia, frente al COT y el fenómeno de la corrupción, las conductas constitutivas de tentativa dependen en última instancia de la concreta definición típica del delito fin en el ordenamiento jurídico de que se trate.

Si bien a lo largo de las últimas dos décadas, los países latinoamericanos han comprendido la enorme amenaza que representa la corrupción, y han implementado diferentes estrategias y medidas encaminadas a mejorar sus marcos jurídicos con miras a combatir diferentes conductas delictivas, y en particular el lavado de activos y la financiación del terrorismo, lo cierto es que la inclusión de los amplificadores de los tipos penales en los ordenamientos jurídicos de la región (especialmente, la asociación ilícita y la tentativa), no han tenido el efecto práctico deseado en la persecución penal del COT, y de las prácticas de corrupción que promueven como elemento central de su estrategia de acción (Naciones Unidas, Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, 2022: 92-93).

De esta manera, aunque los amplificadores de los tipos penales tienen como vocación inicial evitar y/o disminuir el accionar delictivo mediante la extensión del ámbito de acción del derecho penal a conductas previas a la consumación del delito, lo cierto es que, al menos en lo que respecta a la corrupción asociada al COT esto no parece haber surtido mayor efecto en la gran mayoría de los países de América Latina (incluida Colombia).

Entre las muchas razones que pueden haber coadyuvado a esta situación, se encuentran las dos siguientes. En primer lugar, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos parecen haberse caracterizado por haber sido concebidos desde el centro de los respectivos países, lo que aleja a las normas de las realidades sociales que caracterizan sus regiones.

En relación con Colombia, García Villegas (2020: 157) afirma, en este sentido, que regiones como el Pacífico, la Amazonía, el Orinoco y la Guajira hacen parte del mapa, pero no de la soberanía. Esto ha generado, desde los albores del nacimiento de Colombia como República, una suerte de desarraigo social, circunstancia que supuso la configuración de un Estado débil, pensado desde adentro e incapaz

de responder a su multiculturalidad y a las necesidades de toda la población a lo largo y ancho del territorio.

Pero esta inadaptación de la estructura jurídica a las circunstancias concretas de amplios sectores sociales de las regiones periféricas no ocurre solamente en Colombia, sino que es una problemática que comparten muchas de las sociedades latinoamericanas y que repercute directamente en la problemática que aquí nos ocupa. Por ello, como señala Spector (2022: 196):

A pesar de todo el trabajo arduo, el pensamiento innovador propio de las reformas anticorrupción, estas desaparecen fácilmente si los recursos, las instituciones y, más importante aún, la voluntad política, son retirados de la ecuación. Incluso si los impulsores y motivadores grupales e individuales de la corrupción se abordan directamente apuntando a los cambios de comportamiento críticos que son necesarios para garantizar la reducción de las acciones corruptas, todos los avances pueden desaparecer si no se presta una atención, un compromiso y unos recursos continuos para mantener estas reformas.

A lo anterior hay que añadir, en segundo lugar, que las reformas, aunque loables en su intención, son inocuas desde el papel si no se abordan los problemas estructurales que fomentan y posibilitan el actuar corrupto y la indiferencia de la sociedad que lo padece.

5.2. Recomendaciones

Con carácter general, cabe señalar que es recomendable que los países latinoamericanos en general, y Colombia en particular, revisen y actualicen su legislación nacional para incluir disposiciones que regulen específicamente las figuras analizadas en el presente capítulo (en especial, la asociación ilícita y la tentativa, y en la medida de lo posible los actos preparatorios), con un nivel suficiente de armonización que permita poder recurrir con una mayor efectividad a los mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia penal. De lo contrario, los desarrollos normativos observados en los últimos años en materia de amplificadores del tipo penal pierden una parte muy importante de su potencial como instrumentos de lucha contra la corrupción, especialmente cuando se encuentra asociada al COT.

En consecuencia, y además de las medidas generales de fortalecimiento de los mecanismos de cooperación jurídica internacional, incremento de la capacitación y recursos disponibles para las autoridades competentes en materia de investigación y persecución penal y promoción de un mayor involucramiento de la sociedad y los medios de comunicación en estas actividades, se formulan las siguientes recomendaciones normativas para América Latina y Colombia en relación con cada una de las figuras analizadas.

5.2.1. Recomendaciones para América Latina

Las medidas normativas aquí recomendadas en relación con los amplificadores de los tipos penales, unidas a una mayor aplicación práctica de estas figuras en las investigaciones y enjuiciamientos penales a nivel nacional, puede generar un efecto preventivo en la lucha contra el COT, las prácticas de corrupción y flujos financieros ilícitos asociados al mismo.

Sobre las recomendaciones para luchar efectivamente contra la corrupción transnacional en América Latina, es necesario implementar una serie de medidas integrales que aborden tanto las causas estructurales como las manifestaciones específicas de este fenómeno delictivo. Así, es crucial abordar los problemas estructurales que fomentan y posibilitan la corrupción en América Latina, como la falta de acceso a la justicia, la impunidad, la desigualdad socioeconómica y la debilidad institucional. Esto requiere un compromiso político y recursos continuos para implementar reformas que fortalezcan el Estado de derecho y promuevan la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos.

Específicamente, los amplificadores del tipo penal, como la tentativa, la asociación ilícita y los actos preparatorios punibles, pueden ser herramientas útiles en la persecución y enjuiciamiento de la corrupción transnacional en los sistemas jurídicos de América Latina. En resumen, la inclusión y el fortalecimiento de los amplificadores del tipo penal en los sistemas jurídicos de América Latina pueden proporcionar herramientas efectivas para la persecución y enjuiciamiento de la corrupción transnacional, permitiendo a las autoridades intervenir de manera preventiva y dismantelar redes corruptas

antes de que causen un daño significativo. Sin embargo, para que estas medidas sean efectivas, es fundamental que los países latinoamericanos adopten leyes claras y bien definidas, y que proporcionen los recursos necesarios para su implementación y aplicación efectiva.

5.2.1.1. Actos preparatorios punibles

La punibilidad de los actos preparatorios permite a las autoridades intervenir en etapas tempranas del trasegar delictivo. Esto puede incluir actividades como el lavado de activos, la creación de estructuras corporativas para ocultar activos ilícitos o la preparación de contratos fraudulentos. Dado que, comúnmente, en los sistemas jurídicos latinoamericanos no se tipifica esta conducta, se debería propender por adoptar leyes que tipifiquen los actos preparatorios punibles asociados con la corrupción transnacional, estableciendo claramente los criterios para determinar la punibilidad y garantizando que las autoridades tengan los recursos necesarios para identificar y detener estas actividades antes de que causen un daño irreversible.

5.2.1.2. Asociación ilícita

En lo que atañe a la asociación ilícita, esta permite a las autoridades penalizar la colaboración intencional con grupos delictivos, incluso cuando el sujeto que colabora no participa del plan común premeditado para cometer un delito específico. En el contexto de la corrupción transnacional, esto puede ser especialmente relevante para dismantelar redes de corrupción que operan a través de organizaciones criminales o empresas corruptas. Los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos deberían fortalecer sus leyes contra la asociación ilícita, asegurándose de que aborden específicamente la corrupción transnacional y proporcionen herramientas efectivas para identificar, investigar y procesar a los individuos y organizaciones involucrados en actividades corruptas.

Argentina y Brasil centran su legislación en la asociación con fines delictivos. Así, podrían beneficiarse de ampliar esta definición para incluir explícitamente actos preparatorios y de conspiración que faci-

liten la corrupción transnacional, incluso cuando estos actos no culminen en delitos consumados. En contraste, en Chile, al centrarse la atención en la seguridad pública y el orden como bienes jurídicos protegidos, se podrían fortalecer sus marcos legales incorporando medidas específicas para prevenir la infiltración de la corrupción en instituciones públicas y privadas, así como sancionar de manera más efectiva a las organizaciones criminales que amenazan estos bienes.

México, por otro lado, al abordar específicamente la dimensión transnacional de la delincuencia organizada, podría liderar iniciativas regionales para el desarrollo de estrategias comunes contra la corrupción transnacional, promoviendo la adopción de buenas prácticas y estándares internacionales entre los países de la región. Finalmente, en Perú, considerando su evolución normativa hacia la penalización de la organización criminal, podría hacerse énfasis en la implementación efectiva de estas leyes, asegurando que se disponga de recursos suficientes para la investigación y persecución de este tipo de delitos, y que el sistema judicial esté adecuadamente capacitado para su aplicación de manera efectiva.

5.2.1.3. *Tentativa*

La inclusión de la tentativa como un delito en sí mismo permite a las autoridades actuar preventivamente ante conductas corruptas que están en proceso de ejecución pero que aún no han alcanzado su completa consumación. Esto significa que los individuos implicados en actos corruptos podrían ser procesados y condenados incluso si no logran llevar a cabo totalmente el acto corrupto. Las leyes que incluyen la tentativa pueden disuadir a los corruptos y a sus cómplices de llevar a cabo sus actividades ilícitas.

Con base en lo anterior, los países latinoamericanos deberían adoptar medidas legislativas que tipifiquen claramente la tentativa de corrupción, estableciendo los criterios para determinar cuándo se inicia la punibilidad y garantizando que las autoridades tengan los recursos necesarios para investigar y procesar estos casos. Además, inspirándose en el modelo chileno, los demás Estados latinoamericanos podrían beneficiarse de incorporar un criterio de peligrosidad objetiva en la valoración de la tentativa, donde se evalúe el peligro

real que los actos representan para el bien jurídico protegido. Esto permitiría una persecución más efectiva de actos preliminares en esquemas de corrupción transnacional que amenacen el orden económico y político.

5.2.2. Recomendaciones para Colombia

5.2.2.1. Actos preparatorios punibles

Se recomienda fomentar el debate sobre la conveniencia o no de tipificar los actos preparatorios punibles. La tipificación de esta figura podría ser una herramienta poderosa en Colombia para la persecución de la corrupción asociada al COT por varias razones:

1. Al tipificar los actos preparatorios punibles relacionados con la corrupción transnacional, las autoridades colombianas pueden intervenir en etapas tempranas del proceso delictivo, antes de que se complete la ejecución del acto corrupto. Esto permite una acción preventiva y la posibilidad de evitar que se produzca un daño significativo.
2. La identificación y penalización de los actos preparatorios punibles puede ayudar a desarticular las redes criminales involucradas en la corrupción transnacional. Estos actos a menudo involucran la planificación y organización de actividades corruptas, y su punición puede dificultar la operación de estas redes.
3. La tipificación de estos actos proporciona a las autoridades la base legal para investigar y recolectar pruebas relacionadas con la corrupción transnacional. Esto incluye la posibilidad de realizar vigilancia, interceptación de comunicaciones, seguimiento financiero y otras actividades de recolección de información.

En resumen, la tipificación de los actos preparatorios punibles en Colombia podría ser una herramienta crucial en la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional al permitir una intervención temprana, desarticular redes criminales, obtener evidencia y aumentar la efectividad en la persecución de estos delitos.

Ahora bien, ¿es la tipificación de los actos preparatorios una acción necesaria para combatir el fenómeno de corrupción transnacional? En el caso colombiano, la respuesta puede ser afirmativa, no solo por las razones antedichas, sino particularmente por la tipificación y el alcance que la tentativa tiene en el escenario jurídico nacional.

5.2.2.2. *Asociación ilícita*

Teniendo en cuenta que la asociación ilícita ya se encuentra tipificada en Colombia, lo que se debe analizar es la manera en que esta figura puede fortalecerse para que sea una herramienta útil en la persecución del COT. En ese sentido, se recomienda lo siguiente:

1. Definir de manera clara y precisa qué constituye asociación ilícita en el contexto de la corrupción transnacional y el crimen organizado. Esto incluye identificar los elementos específicos que caracterizan a una organización criminal y establecer los criterios para su aplicación.
2. Asegurarse de que las leyes colombianas sobre asociación ilícita tengan un alcance jurisdiccional amplio que permita perseguir a los individuos y organizaciones involucrados en actividades corruptas transnacionales.
3. Implementar medidas efectivas para proteger a los testigos y colaboradores que brindan información sobre actividades corruptas relacionadas con la asociación ilícita. Esto puede incluir programas de protección de testigos, legislación que garantice la confidencialidad y seguridad de los informantes, y la adopción de medidas para prevenir la intimidación y represalias.

A esto hay que unir la necesidad de que Colombia adopte las medidas necesarias para promover y fortalecer la cooperación jurídica internacional en la lucha contra la corrupción asociada al COT, lo que incluye el intercambio de información, la asistencia mutua en investigaciones y enjuiciamientos, y la extradición de personas acusadas de delitos relacionados con la asociación ilícita.

En suma, se trata de combinar medidas legislativas claras, con un mayor alcance y eficacia de los programas de protección de testigos y colaboradores, el fomento de la cooperación internacional y la provisión de la capacitación y los recursos necesarios a los operadores y usuarios del sistema.

5.2.2.3. *Tentativa*

Finalmente, sobre la tentativa se recomienda asegurar que la tentativa pueda ser aplicada a los delitos dolosos de corrupción para dotar de mayor eficacia a la lucha contra el COT, así como dotar de mayor claridad al momento de inicio de la fase de ejecución, y castigar la figura de la complicidad y el encubrimiento de la tentativa.

Inspirándose en la aproximación peruana, Colombia podría adoptar un enfoque que ofrezca a los jueces mayor discrecionalidad al momento de imponer penas por tentativa de delitos contra la administración pública, permitiendo ajustes prudentiales que reflejen la gravedad y circunstancias particulares de cada caso. Esto promovería un sistema que podría incentivar la cooperación de los involucrados en las etapas iniciales de los actos corruptos.

No obstante, es fundamental preguntarse por el verdadero alcance y utilidad de este amplificador del tipo para combatir o disminuir fenómenos de corrupción transnacional. En delitos como el cohecho, el ordenamiento jurídico colombiano castiga desde el mero ofrecimiento al servidor público. En este contexto, y teniendo en cuenta que, en los eventos en que se condena por la ejecución de un delito en modalidad de tentativa, la pena se disminuye considerablemente, ¿es realmente útil recurrir a esta herramienta jurídica para perseguir y combatir el fenómeno de la corrupción asociada al COT?

Es probable entonces que la solución no emerja de la extensión de la tentativa para todos los delitos de corrupción, sino que se vea reforzada con la tipificación de los actos preparatorios cuando se trata de delitos contra la administración pública, como lo llama el CP colombiano. De ser así, podría ser más adecuado centrar la atención en todo el entramado que ocurre antes de que se estén llevando

a cabo elementos propios o conducentes del tipo penal como tal, como exige la tentativa.

Ahora bien, a la luz de la actual legislación colombiana, es probable que el amplificador del tipo que mejor permite debilitar el COT, sea el de asociación ilícita o concierto para delinquir. Lo anterior, en tanto se trata de una figura que —de entrada— castiga la agrupación o asociación entre personas con fines delictivos. No obstante, tal como se señaló anteriormente, para que esta herramienta surta efectos considerables, es fundamental que se amplíe su aplicación más allá de contextos estrictamente circunscritos a fenómenos criminales de guerra, como el paramilitarismo.

Finalmente, es claro que, para lograr mayor eficacia en los fenómenos antes mencionados, se requiere que exista una tipificación suficientemente armonizada, al menos en el ámbito regional, como para poder recurrir de manera efectiva a los mecanismos de cooperación jurídica internacional. Esto debido a que la amplia heterogeneidad todavía existente en relación con la implementación y definición en las legislaciones latinoamericanas de los dispositivos amplificadores de los tipos penales, continúa siendo un obstáculo de primera magnitud para la aplicación efectiva de los mecanismos de cooperación jurídica internacional en su investigación y persecución penal —en particular, en relación con conductas transnacionales como la corrupción asociada al COT.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Jurisprudencia Internacional

ICC, *Prosecutor v. Banda*, Corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 7 March, 2011, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red.

ICC, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment, Trial Chamber VI, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06.

ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Chamber I, Case No. ICTR—96-4-T, 2 September 1998.

Jurisprudencia nacional

Colombia

Corte Constitucional en la Sentencia C-241. de Fecha 20 de mayo de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-368 de 2000 de 29 de marzo de 2000. MP. Carlos Gaviria Díaz

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 23 de septiembre de 2003. Radicado 17083. M.P. Jaime Tamayo Lombana

Corte Suprema de Justicia (2007). Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal 25974. MP. María del Rosario González de Lemos

Italia

Tribunal de Casación de Italia, sección penal segunda (2022). Sentenza n. 26859, udienza 8 aprile 2022, depositata il 12 luglio 2022.

Perú

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal R.N. N° 4804-98, Huaura, Chocano Rodríguez Reiner.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal R.N. N° 4753-98, Lima, Chocano Rodríguez Reiner.

Tribunal ordinario, sección penal 2. 31334 de 2017.

Tribunal ordinario, sección penal 2. 40912 de 2015.

Tribunal ordinario, sección 5. 18981 de 2017.

Tribunal ordinario, sección penal 2. 25264 de 2016.

Doctrina

Alonso Rimo, A. (2017). “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*: [www. https://core.ac.uk/download/pdf/147330246.pdf](https://core.ac.uk/download/pdf/147330246.pdf).

Antolisei, F. (1969). *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 6a ed. actualizada por Luigi Conti, Milano.

Arboleda, M. & Ruiz, J.A. (2019). *Manual de Derecho Penal General*. 15ª edición. Bogotá: Editorial Leyer.

Ávila, A. (2022). *El mapa criminal en Colombia*. Bogotá: Editorial Aguilar.

Bacigalupo, E. (1996). *Manual De Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Bernate, F. (2006). *Estudios de derecho penal económico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Carrara, F. (2000). *Programma del corso di diritto criminale/Programa del curso de derecho penal. Parte general*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Cassese, A.; Gaeta, P. (2013). *International Criminal Law*. Reino Unido: Oxford University Press.
- Castells, M. (1996). *End of Millenium*. Oxford: Blackwell.
- Castells, M. (1998). *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura, El Fin del Milenio*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castillo Alva, J.L. (2004) *Código Penal peruano comentado, Tomo I*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Contreras, M. E. (2012). *Marco jurídico de la delincuencia organizada en México, una reflexión en el contexto global*. Universidad Veracruzana, México: Biblioteca: Xalapa, Ver.
- Cordini, N.S. (2017). “Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, n.º 104. Pp. 75-120.
- Cuello Contreras, J. (2007). “Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Pp. 39-96.
- Cury, E. (2020). *DERECHO PENAL. Parte General. Tomo I*. 11ª edición revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez. Ediciones UC.
- Desroches, F. (2013). “The Use of Organized Crime and Conspiracy Laws in the Investigation and Prosecution of Criminal Organizations”. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, Volume 7, Issue 4. Pp. 401-410.
- Farré Trepát, E. (1986). *La Tentativa de Delito. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Bosch, Barcelona.
- Fernández Rojas, N.I. & Pavez Contreras, K.J. (2015). *Análisis jurisprudencial y doctrinal del delito de asociación ilícita en el código penal y en leyes especiales*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Fontan Balestra, C. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Gallagher, A. (2001). “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”. *Human Rights Quarterly*. Vol. 23, pp. 975-1004 de The Johns Hopkins University Press.

- Garay Rojas, R., Hazbún Marín, F., Miranda Avilés, G., Pérez San Martín, S. y Silva Pilar, A. (2007). Política criminal de represión, violencia política, formación de grupos de combate armado como asociación ilícita específica y problemas concursales. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113177>
- García-Pablos de Molina, A. (1977). *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*. España: Editores J.M. Bosch.
- Governale, A., Gilmer, K., Hadley, E., LaGumina, C., & Okunola, O. (2022). "Racketeer influenced and corrupt organizations". *American Criminal Law Review*, 59(3 Annual Survey of White Collar Crime). Pp. 1279-1338.
- Gracia Martín, L. (2011). *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*. Ubijus Editorial, México D.F.
- Hortal Ibarra, J.C. (2019). *Manuel de Derecho Penal Parte Especial Adaptado a las LLOO 1/2019 y 2/2019 de Reforma del Código Penal - Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados Tomo I*. Editorial Tirant lo Blanch: Valencia.
- Madrid, G. (2002). "Tentativa inidónea en los delitos de omisión propios en el código penal español". *Revista Chilena de Derecho*, 30(1). Pp. 23-38.
- Mañalich, J.P. (2022). "La Tentativa como delito imperfecto". En: *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*. Editores: Hernan Dario Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruíz López. Pp. 673-690.
- Marcuzzolo Awad, X. (2013). "Análisis jurídico de las asociaciones ilícitas en la Ley 20.000". *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Vol 55. Pp. 111-143.
- Martini, L. (2021). "Delitto tentato: cos'è e come è disciplinato? Una disamina approfondita dell'articolo 56 del Codice Penale. Pubblicato in Filodiritto". <https://www.filodiritto.com/delitto-tentato-cose-e-come-e-disciplinato>.
- Melograna, L. (2020). "Los actos preparatorios punibles". *Lecciones y Ensayos*, No. 105. Pp. 93-131.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Barcelona: PPU.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General*. 9ª edición. Montevideo - Buenos Aires: Editorial Reppertor.
- Molina Fernández, F. (2019) "Formas imperfectas de ejecución del delito". *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*. Pp. 327-354.
- Muñoz Conde, F. (1999) "Nueva parte general del Código Penal Brasileño". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40. Pp. 721-752.
- Olasolo, H. (2013), *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya

- para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, Universidad del Rosario & Universidad Sergio Arboleda.
- Olasolo, H. (2021). "Conclusiones". En: Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Volumen 12, Tirant lo Blanch: Valencia. Pp. 827-884.
- Pasquel, A. Z. (2021). "Teoría del delito y tentativa". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, 3(5). Pp. 203-225.
- Pérez, L.C. (1984). *Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- Politoff Lifschitz, S. (2002). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2019). "Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano". *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 9(11). Pp. 53-91.
- Reyes Alvarado, Y. (2014). *El delito de tentativa. Tomo I*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid.
- Reyes Echandía, A. (1987). *Derecho Penal. Parte General*. 11ª Ed., Bogotá D. C., Temis.
- Sánchez, P.; Íñigo, E.; Ruiz, E. (2012). "Materiales docentes para la asignatura "El sistema español: los delitos"". En *Crimina 3.4*. Universidad de Navarra. Disponible en: <http://www.unav.es/penal/crimina/index.html>
- Sergi, A. (2015). "Organised crime in English criminal law: Lessons from the United States on conspiracy and criminal enterprise". *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 18 No. 2. Pp. 182-201.
- Timmerman, W. K. (2006), "Incitement in International Criminal Law". *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N°. 864. En: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_864_timmermann.pdf
- Tisnado Solís, L (2018). *Responsabilidad penal del abogado en los delitos de organización criminal, Tomo IV*. Editorial Grijley, Lima, Perú.
- Uscinski, J. E. & Parent. J.M. (2014). *American conspiracy theories*. Oxford: Oxford University Press.
- Vázquez Valdez, J. A. (2021). "RTC, más que crimen organizado, cárteles o narcotráfico". *Secuencia*, Vol. 111.1799. Pp. 1-30.
- Velásquez Velásquez, F. (2017). *Fundamentos del Derecho Penal Parte General*, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia.
- Villavicencio Terreros, F.A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú.

- Von Liszt, F. (2021). *Franz von Liszt: Tratado de derecho penal. Tomo 1* (Vol. 11). Walter de Gruyter GmbH & Co KG.
- Zaffaroni, E.R. (1985). *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 1° Edición. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires.
- Zaffaroni, E.R., Slokar, A. & Alagia, A. (2002). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2° Edición. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires.
- Ziffer, P.S. (2005). *El Delito de asociación ilícita*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33001.pdf>.
- Informes, resoluciones y otros documentos
- Congressional Research Service (2015). *Attempt: An Abridged Overview of Federal Criminal Law. CRS Report*, prepared for members and committees of Congress. R42002.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2004) *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2022). *Delincuencia organizada transnacional: Acabemos con este negocio*. Sección: la trata de personas. Disponible en: <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/human-trafficking.html>.
- Organización de las Naciones Unidas (1975). V congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y el tratamiento del delincuente, Ginebra.
- Organización de las Naciones Unidas (1996). Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, art. 2(3) (f); Report of the International Law Commission to the General Assembly, 51 U.N. ORGA Supp. (No. 10), at 26, U.N. Doc. A/51/10 (1996).
- Samo, S. (2023) Delitto tentato e importanza degli atti preparatori. Disponible: <https://www.diritto.it/delitto-tentato-e-importanza-degli-atti-preparatori/>

**2. CIRCUNSTANCIAS
EXIMENTES, ATENUANTES
Y AGRAVANTES**

Capítulo 2

***Las circunstancias atenuantes.
En particular la cooperación
eficaz como circunstancia de
atenuación de la pena****

ENRICO AMATI*
LUCA BARON*

1. INTRODUZIONE

Il presente Capitolo è dedicato all'analisi delle circostanze attenuanti previste, all'interno dei diversi sistemi normativi esaminati, in relazione ai reati di corruzione associati alla criminalità organizzata di carattere transnazionale.

In particolare, nell'ambito dell'elaborato si procederà ad esaminare, con riferimento a ogni ordinamento penale considerato, oltre alle singole circostanze attenuanti comuni / "generali" (come tali applicabili a tutti i reati, non solo quelli di matrice corruttiva con portata transnazionale) anche le eventuali circostanze attenuanti specificamente previste per i soli reati di matrice corruttiva. Inoltre, nel corso dell'esposizione, uno spazio significativo verrà dedicato all'analisi dei meccanismi di "collaborazione premiata" riferiti ai delitti di corruzione associati alla criminalità organizzata internaziona-

* Benchè il lavoro sia frutto di riflessioni comuni e di soluzioni condivise, i §§ 1, 3.1, 3.2, 3.3, 3.5 e 6 sono da attribuire a Enrico Amati, mentre i §§ 2, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.6.1, 4.6.2, 4.6.3, 4.6.4, 5.1, 5.2, 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.2, a Luca Baron.

* Universidad de Udine (Italia).

* Universidad de Udine (Italia).

le, laddove questi meccanismi, eventualmente preveduti all'interno degli ordinamenti giuridici esplorati, comportino una riduzione / mitigazione del trattamento sanzionatorio applicato nei confronti di chi abbia partecipato ad una dinamica corruttiva.

Infatti, nella lotta alla corruzione (specialmente quella legata alla criminalità organizzata di portata transnazionale, come tale operativa su un piano dinamico assai più ampio di quello spaziale assoggettato al controllo di un singolo Stato nazionale o di una Organizzazione a carattere regionale) si è da più parti evidenziato come costituisca uno strumento fondamentale, per garantire l'efficacia della risposta legalitaria, la previsione di meccanismi normativi i quali, dietro la prospettiva di 'premi' e 'ricompense' per il reo, sollecitino l'agente a collaborare con le Autorità giudiziarie, fornendo delle informazioni che solamente un intraneus all'organizzazione criminale avrebbe potuto offrire. In questa prospettiva, non a caso, tutti gli ordinamenti nazionali —anche sulla scorta di più o meno precise sollecitazioni di livello regionale e internazionale— hanno introdotto degli strumenti premiali che, pur con varietà di condizioni operative e con diversità di ricompense accordate (mera attenuazione sanzionatoria/esenzione da pena), orbitano attorno alla volontaria collaborazione del reo.

Ciò premesso, la struttura del capitolo è articolata secondo uno schema di "cerchi concentrici": procedendo dal cerchio più ampio —quello riguardante la dimensione internazionale e regionale— al cerchio più limitato —quello della singole legislazioni nazionali degli Stati scelti per la comparazione— l'analisi proposta consentirà innanzitutto di individuare le figure circostanziali con efficacia attenuante, applicabili ai delitti di corruzione associati alla criminalità organizzata transnazionale, previste dai diversi ordinamenti giuridici. Successivamente, si procederà alla comparazione dei sistemi considerati, evidenziando le eventuali scelte normative comuni e i profili di diversità, allo scopo di individuare quali siano gli strumenti circostanziali ritenuti —a livello internazionale, così come sul piano nazionale— più funzionali nella lotta contro i fenomeni corruttivi transnazionali.

2. LE CIRCOSTANZE ATTENUANTI NELL'AMBITO DEGLI STRUMENTI INTERNAZIONALI E REGIONALI DI LOTTA ALLA CORRUZIONE

Nonostante l'impetuosa diffusione a livello globale del fenomeno corruttivo, resa possibile anche dalla disomogeneità della risposta legalitaria da parte dei singoli e diversi ordinamenti nazionali, abbia sollecitato una intensa riflessione a livello internazionale (ONU, OCSE) e regionale (UE, Consiglio d'Europa, Organizzazione degli Stati Americani), allo scopo proprio di delineare un fronte comune contro l'esplosione globale della corruzione, i diversi strumenti internazionali o regionali elaborati nell'ultimo trentennio non contemplano una disciplina specifica per ciò che riguarda la dimensione circostanziale dei delitti di corruzione.

All'interno di alcuni di questi strumenti vi sono tuttavia delle indicazioni affinché gli Stati parte prevedano dei meccanismi di natura premiale (spesso senza precisare se debbano essere declinati in termini di esenzione da responsabilità o di attenuazione sanzionatoria) a favore del soggetto che collabori con l'Autorità procedente. La ratio è quella di incoraggiare coloro che siano direttamente coinvolti in un patto corruttivo (o che abbiano contribuito alla realizzazione dello stesso), a fornire un contributo (per certi versi insostituibile, tenuto conto della fonte "interna" dal quale proviene) nel corso delle indagini, sia in termini di informazioni (ad esempio, sull'identità dei soggetti coinvolti), sia in termini di supporto materiale (ad esempio, consentendo all'Autorità di individuare il provento dell'accordo illecito).

Mentre per ciò che concerne l'OCSE, si osserva che la Convenzione sulla Lotta alla Corruzione di Pubblici Ufficiali Stranieri nelle Operazioni Economiche Internazionali del 1997 (Convenzione OCDE) non contiene alcuna disposizione dedicata alla previsione di comportamenti, tenuti dalle persone fisiche coinvolte in una dinamica corruttiva, che le Parti dovrebbero apprezzare alla stregua di elementi attenuatori della risposta sanzionatoria, al contrario, all'interno del *framework* regolativo dell'ONU (ferma anche qui la mancanza di una specifica disciplina dedicata alle circostanze attenuanti) possono rintracciarsi invece delle indicazioni volte a sollecitare gli

Stati firmatari a prevedere sconti di pena, ovvero direttamente l'impunità, in caso di comportamenti collaborativi sia da parte di chi abbia commesso uno dei reati di corruzione, rientranti nel perimetro regolativo degli strumenti convenzionali considerati, sia da parte di soggetti terzi.

Si segnalano in questo senso, a livello ONU, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale (2000) (Convenzione di Palermo), la quale espressamente attribuisce agli Stati parte la possibilità, "nel rispetto dei principi fondamentali delle proprie leggi nazionali", di garantire l'immunità dall'azione penale a chiunque (non coinvolto nella commissione del reato per il quale si procede) fornisca "una collaborazione sostanziale" nelle indagini o determini il perseguimento di un reato trattato dalla Convenzione stessa (art. 26, par. 3), oppure di prevedere, negli stessi casi di collaborazione sostanziale nelle indagini o nel perseguimento di un reato, una attenuazione della sanzione per colui che abbia partecipato alla commissione di uno dei reati "convenzionali" (art. 26, par. 2: trattasi dei reati di partecipazione o costituzione di associazione criminale organizzata, di corruzione, riciclaggio, subornazione, induzione a non rendere testimonianza o a renderla falsa, intimidazione di magistrati o autorità di polizia, nonché i serious crimes di cui all'art. 2, rilevanti in quanto abbiano natura transnazionale e coinvolgano una associazione criminale). La Convenzione (art. 26, par. 1) si premura peraltro di chiarire quali siano i contributi, da parte del soggetto che abbia partecipato o che partecipi ancora a un gruppo criminale organizzato, che possono rilevare ai fini del riconoscimento della "collaborazione sostanziale": assume rilievo il fornire informazioni (su identità, natura, composizione, struttura, collocazione e attività di gruppi criminali organizzati; sui collegamenti compresi quelli internazionali, con altri gruppi criminali organizzati; sui reati che i gruppi criminali organizzati abbiano commesso o intendano commettere), oppure il fornire un contributo concreto ed effettivo alle Autorità per individuare e privare il gruppo criminale delle proprie risorse. È inoltre prevista l'estensione, a favore dei collaboranti, dei meccanismi di protezione accordati dall'art. 24 a favore dei testimoni.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (2003) (Convenzione di Merida), contiene una disposizione (l'art. 37) del tutto speculare rispetto a quella poc'anzi richiamata. Anche in tale contesto viene espressamente previsto che gli Stati firmatari "incoraggino" la collaborazione —in termini di disvelamento di informazioni utili per le indagini o per la ricerca delle prove, oppure in termini di contributo fattuale per reperire e aggredire i proventi del reato (art. 37, par. 1)— da parte dei partecipanti ad uno dei reati preveduti dalla Convenzione stessa, "premiandoli" con una attenuazione del trattamento sanzionatorio (art. 37, par. 2) e, parallelamente, viene suggerita la possibilità di concedere "l'immunità" a colui che "cooperi in modo sostanziale all'indagine od ai procedimenti relativi ad un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione" (art. 37, par. 3). Si afferma infine (in linea con quanto stabilito dall'art. 26, par. 4 della Convenzione di Palermo) che gli Stati estendano, a favore del collaborante, le medesime protezioni che l'art. 32 della Convenzione accorda ai testimoni, i periti e le persone offese dai reati (art. 37, par. 4).

Il tenore delle disposizioni esaminate (art. 26 della Convenzione di Palermo; art. 37 della Convenzione di Merida) evidenzia come, sul piano dell'introduzione di meccanismi premiali, volti a incoraggiare la collaborazione dei privati nella lotta e nella prevenzione dei fenomeni corruttivi stessi, gli Stati siano ora gravati da veri e propri obblighi, ora siano destinatari di mere raccomandazioni/suggerimenti.

Premesso infatti che la previsione di adeguate misure premiali —declinate ora come ipotesi di attenuazione della pena, ora come esenzione dalla pena stessa— riveste un ruolo di centrale importanza nella prevenzione della corruzione e nel rafforzamento della collaborazione internazionale nella lotta al fenomeno corruttivo, come evidenziato nelle *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption* del 2012 (Legislative Guide) (dove si riconosce che la disposizione dell'art. 37 della Convenzione di Merida risulta "central to the goals of prevention and international cooperation"), la previsione di misure di incoraggiamento alla collaborazione è per gli Stati "mandatory", ai sensi dell'art. 37, par. 1 ("*States parties are required to take appropriate measures, but the substance of such measures is left to the State*"), mentre la previsione di meccanismi di

attenuazione della pena o di immunità è “optional”, con ampio margine di discrezionalità a favore degli Stati sulla tipologia e sui contenuti delle misure “premiali” volte a incoraggiare la collaborazione da parte dei partecipanti a uno dei reati “convenzionali”¹.

Sul versante delle iniziative di portata regionale nulla si rinviene, per ciò che attiene alla introduzione e disciplina di specifiche circostanze attenuanti in materia di lotta alla corruzione internazionale associata alla criminalità organizzata, nella Convenzione penale sulla corruzione (1999) adottata dal Consiglio d’Europa e nemmeno nella Convenzione Interamericana contro la Corruzione (1996) (CICC).

Con riguardo invece all’ordinamento eurounitario (che ha dedicato ampia attenzione al problema della corruzione: si pensi ad esempio alla Convenzione sulla base dell’articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull’Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea del 1997, o alla Decisione quadro 2003/568/GAI in materia di corruzione tra privati) deve segnalarsi la recente proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione mediante il diritto penale (del 3 maggio 2023). Tale proposta —che andrebbe a sostituire la Decisione quadro 2003/568/GAI— espressamente prevede che gli Stati membri dovrebbero introdurre delle circostanze attenuanti per il caso in cui gli autori dei reati forniscano informazioni o comunque collaborino con le autorità (art. 18), garantendo agli stessi anche le necessarie misure di protezione e sostegno nel contesto dei procedimenti penali (art. 22). In particolare, l’attenuante della collaborazione —stando alla proposta di Direttiva— dovrebbe essere riconosciuta all’autore del reato che fornisce alle autorità competenti informazioni che altrimenti non sarebbero state in grado di ottenere, aiutandole a identificare o consegnare alla giustizia gli altri autori del reato, oppure a reperire prove art. 18, par. 2, lett. a)).

¹ “States parties are required to consider the options of immunity and mitigation of sentences for those who cooperate under article 37, paragraphs 2 and 3. The experience of certain jurisdictions has highlighted the merits of such provisions in the fight against organized criminal groups involved in serious crime, including corruption”.

In definitiva, a livello internazionale e a livello regionale (con la sola, recente, eccezione dell'Unione europea e della proposta di Direttiva poc'anzi segnalata) non sono previste delle indicazioni specifiche per ciò che concerne la previsione di istituti circostanziali in chiave attenuante. Tale mancanza può forse trovare spiegazione laddove si consideri che lo scopo di quegli strumenti è quello di fissare delle basi comuni nella lotta alla corruzione (anche associata alla criminalità transnazionale), fornendo agli Stati firmatari delle indicazioni "essenziali" per elaborare un fronte compatto ed omogeneo dinanzi ai fenomeni corruttivi, specialmente quelli di matrice internazionale. Non stupisce, dunque, l'assenza di indicazioni orientate a rendere omogenei gli assetti normativi statali anche sul versante degli elementi meramente eventuali, come appunto le circostanze attenuanti.

Ciò nonostante, risulta molto significativa l'attenzione dedicata nelle Convenzioni ONU alla necessità che gli Stati nazionali incentivino, anche attraverso il riconoscimento di riduzioni o esenzioni da pena, i privati a collaborare con le Autorità giudiziarie: infatti, come si avrà modo di evidenziare *infra*, queste indicazioni "generali" hanno trovato puntuale riconoscimento in molti ordinamenti nazionali, dove si rintraccia la previsione di meccanismi premiali (in alcuni casi disciplinati come istituti di diritto penale sostanziale, in altri come istituti di natura processuale) per il concorrente nel reato corruttivo che collabori con l'Autorità nazionale.

3. LA DISCIPLINA DELLE CIRCOSTANZE ATTENUANTI NEL DIRITTO COMPARATO: ITALIA, SPAGNA, STATI UNITI

3.1. Introduzione

Dopo aver osservato come, sul versante internazionale, non esista una disciplina specifica dedicata alla materia delle circostanze attenuanti per i delitti di corruzione —neppure laddove associati alla criminalità organizzata transnazionale— fatte salve le indicazioni relative alla valorizzazione di comportamenti collaborativi da parte del

reo (o del compartecipe, o persino di un soggetto terzo, condannato per altro reato) che, come visto, potrebbero anche essere declinati in chiave di riduzione di pena da parte dei singoli Stati firmatari, è opportuno soffermare ora l'analisi sul piano degli ordinamenti nazionali.

In particolare, seguendo lo schema espositivo indicato in apertura di capitolo, nel presente paragrafo si esamineranno la normativa italiana, quindi quella spagnola e infine si procederà all'analisi della disciplina prevista (a livello federale) negli Stati Uniti d'America.

Dopo aver analizzato, singolarmente, i tre sistemi normativi, si tenterà di comparare le diverse opzioni regolative esercitate, al fine di cogliere gli elementi di somiglianza e di differenza tra gli ordinamenti nazionali in materia di circostanze attenuanti applicabili alle fattispecie corruttive con dimensione transnazionale, con particolare riguardo all'eventuale riconoscimento di rilievo attenuante ai comportamenti collaborativi da parte del reo.

3.2. *Italia*

In tema di circostanze attenuanti applicabili ai delitti di corruzione, la principale disposizione che occorre considerare nell'ordinamento italiano è l'art. 323-bis c.p.

Il primo comma prevede: "Se i fatti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-quater, 320, 322, 322-bis e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite". Si tratta di una circostanza ad effetto comune applicabile solo alle fattispecie indicate ed ha contenuto indefinito, in quanto impone al giudice di valutare in modo complessivo la tenuità del fatto, non limitandosi a considerare solo il profilo oggettivo, ma ogni caratteristica della condotta, dell'atteggiamento soggettivo dell'agente e dell'evento da questi determinato (Cass. pen., sez. VI, n. 8295/2018).

L'art. 323-bis, co. 2, c.p. prevede, invece, una circostanza ad effetto speciale che valorizza la condotta collaborativa *post delictum* diretta a disvelare accordi corruttivi rimasti in ombra. In particolare, la norma prevede una diminuzione di pena da un terzo a due terzi per chi "si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa

sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite". Lo sconto di pena, applicabile alle fattispecie corruttive e di induzione indebita, è concesso a fronte della realizzazione di condotte, valutate positivamente sul piano materiale e probatorio-processuale, antecedenti alla sentenza definitiva. La mancata inclusione della concussione tra i reati per cui si può beneficiare dell'attenuante, "pur nei casi in cui il concussore offra una valida contropartita investigativa" è indice sintomatico della volontà del legislatore di prediligere un "modello di premialità ristretto, condizionato dalla rottura della solidarietà criminale tipica dello scambio *lato sensu* corruttivo e non invece di altre forme di complicità" (Masullo, 2020).

Sotto questo aspetto occorre peraltro rilevare come la previsione di norme premiali nella disciplina del contrasto alla corruzione sia stata oggetto di un ampio e prolungato dibattito e di posizioni divergenti in dottrina. L'esigenza di potenziare l'emersione della c.d. "cifra oscura" della corruzione è emersa, in particolare, negli anni Novanta del secolo scorso in occasione della vicenda giudiziaria nota come Tangentopoli e dell'inchiesta "Mani pulite". La c.d. Proposta di Cernobbio del 1994 (Grosso, 1994; Ardizzone, 1995; Stella, 1994; Fiandaca, 2000) —frutto dell'esperienza maturata con l'inchiesta giudiziaria— suggerivano l'introduzione di una causa di non punibilità a favore del corruttore o del corrotto che avesse denunciato all'autorità giudiziaria, entro determinati termini, i nomi delle persone coinvolte nella transazione illecita. La dottrina, tuttavia, fu particolarmente critica, dubitando dell'efficacia di una causa di non punibilità costruita su termini temporali ristretti che rendevano poco plausibile la denuncia dell'accordo il quale, una volta scaduti i termini, si sarebbe ulteriormente rafforzato (la norma premiale avrebbe dovuto applicarsi a colui che, "prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico sul registro generale, o comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per la individuazione di altri responsabili" (Bartoli, Et. al., 2021).

La legge di riforma dei reati di corruzione del 2012 (legge 6 novembre 2012, n. 190, c.d. Legge Severino, dal nome della Ministra

della giustizia), non introdusse tuttavia alcuna norma premiale, sebbene se ne fosse discusso nel dibattito che portò alla sua approvazione. Si deve invece alla successiva legge 27 maggio 2015, n. 69, l'inserimento della 'nuova' circostanza attenuante ad effetto speciale imperniata sulla condotta collaborativa *post delictum* sia dell'intraneus che dell'extraneus alla pubblica amministrazione di cui all'art. 323-bis, co. 2. Com'è evidente, tuttavia, si tratta di tutt'altra cosa rispetto alla proposta di Cernobbio che, peraltro, sembra di scarsa utilità, come del resto dimostra l'assenza di riscontri in sede applicativa: una mera diminuzione di pena, invero, non pare sufficiente a infrangere il *pactum sceleris* tra corrotto e corruttore considerate le significative e numerose conseguenze della condanna.

Sulla scia del modello della proposta di Cernobbio è invece intervenuta la recente legge 9 gennaio 2019, n. 3, la quale ha introdotto la causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. che si affianca, dunque, alla circostanza in esame.

Più nello specifico l'attenuante (art. 323-bis, co. 2, c.p.) prevede due condotte alternative: una riguarda l'aiuto prestato alle attività di indagine (evitare conseguenze ulteriori dei reati già commessi, assicurare prove, individuare altri responsabili), l'altra interessa il recupero delle somme illecitamente trasferite. La norma richiede che il soggetto si presti efficacemente in vista di questi due obiettivi, ossia attraverso un'attività idonea allo scopo, anche se il risultato non è raggiunto.

La speciale causa di non punibilità (art. 323-ter c.p.), invece, stabilisce che in relazione ai fatti caratterizzati da un accordo illecito non è punibile il soggetto che li denunci volontariamente e fornisca indicazioni utili per assicurare la prova del reato o per individuare gli altri responsabili. La norma richiede però che il soggetto sveli la commissione del reato prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto. La causa di non punibilità, inoltre, non si applica in favore delle dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione della norma che ne disciplina l'operatività (art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146): è evidente la finalità di evitare il rischio che dietro al denunciante possa nascondersi un agente provocatore.

3.3. Spagna

Con riguardo all'ordinamento spagnolo assume innanzitutto rilievo l'art. 21 c.p., il quale contempla diverse circostanze attenuanti comuni (Muñoz Conde & Aran, 2010). Tra queste, si segnalano in particolare l'attenuante del comma 4, dedicata all'ipotesi in cui il reo, prima di aver avuto conoscenza di un procedimento penale a suo carico pendente, confessi l'illecito all'autorità², e la circostanza della riparazione del danno di cui al comma 5³. Ai sensi del comma 7 della medesima disposizione, inoltre, assume rilevanza “[c]ualquier otra circunstancia de análoga significación” rispetto a quelle contemplate nei commi precedenti. In proposito, il *Tribunal Supremo* ha esteso a qualsiasi reo pentito che collabori con la giustizia informando le autorità, l'incentivo previsto dall'attenuante di cui all'art. 21, co. 7, in relazione alla confessione di cui co. 4, ritenendo che vadano incoraggiati quegli atteggiamenti di utile collaborazione con la giustizia, al di là di quanto espressamente previsto in materia di terrorismo e traffico di stupefacenti⁴.

In particolare, la *ratio* della attenuante della collaborazione attiva:

[...] no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. En las atenuantes ‘ex post facto’ el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP, pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados [...]. Esta atenuante analógica se fundamenta en una cooperación del acusado con la autoridad judicial tras la detención de aquél en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados, reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que

² Art. 21, co. 4, c.p.: «La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

³ Art. 21, co. 5, c.p.: «La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

⁴ SSTs, Sala de lo Penal, de 21 de octubre de 2003 y de 7 de febrero de 2005.

contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción (si veda anche Ortiz, 2017)⁵.

Con specifico riguardo alle ipotesi di reato di “malversación” di cui al Capitolo VII del codice penale, l’art. 434 stabilisce che:

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

Deve poi evidenziarsi l’esistenza, nel sistema spagnolo di lotta alla corruzione, di una ipotesi di non punibilità (*excusa absolutoria*) per il privato che, già parte di un accordo corruttivo, denunci all’autorità l’illecito prima di avere conoscenza dell’apertura di un procedimento a suo carico e, in ogni caso, entro due mesi dal fatto corruttivo (art. 426 c.p.). La disposizione (applicabile anche nei casi di corruzione che vedono coinvolto un pubblico ufficiale straniero (cfr. art. 427 c.p.)) è ispirata alla chiara finalità politico-criminale di facilitare le denunce da parte dei privati e fare affiorare così un maggior numero di vicende di corruzione, rendendo più efficace la persecuzione dei delitti di *cohecho pasivo* (Muñoz Conde, 2010; Gomez Tomillo, 2011; Morales Prats & Rodriguez Puerta, 2009). Perché il privato che denuncia possa restare esente da pena si richiede che concorrano cumulativamente tre condizioni (Sanchez Tomás, 2013). In primo luogo il privato deve aver “*accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público*”. La presenza di questo requisito dovrebbe evitare che la denuncia possa trasformarsi in uno strumento di minaccia o estorsione nei confronti del funzionario pubblico con cui già si erano conclusi altri accordi corruttivi (ad esempio in risposta ad eventuali “inadempienze” reiterate del pubblico ufficiale rispetto a quanto da lui promesso). In secondo luogo, l’iniziativa corruttiva deve provenire dal funzionario pubblico, e non dal privato. Infine, la norma pone dei limiti di natu-

⁵ STS 516/2013, de 20 de junio de 2013.

ra temporale, poiché richiede che la denuncia sia presentata in un arco di tempo determinato, che non può eccedere i due mesi dalla data in cui si sono svolti i fatti, e sempre che non sia stato ancora aperto il procedimento penale.

3.4. Stati Uniti d'America

Il sistema di lotta alla corruzione degli Stati Uniti (correntemente indicato come uno dei modelli più avanzati nell'elaborazione di strategie efficaci per far fronte al fenomeno corruttivo, sia interno che internazionale) si articola lungo un complesso *framework* normativo multilivello (locale, statale e federale) caratterizzato dalla previsione di una vasta gamma di fattispecie incriminatrici, concernenti tanto la corruzione tra privati quanto la corruzione di pubblici ufficiali.

In particolare, limitando l'attenzione al livello federale, assumono fondamentale rilievo due *pieces of legislation*.

Innanzitutto, per ciò che concerne i delitti di corruzione di pubblici ufficiali "interni", viene in rilievo il Titolo 18 dello *United States Code*, in particolare la sezione 201, del capitolo 11, dedicata ai reati di "*bribery of public officials and witnesses*".

La sezione 201(a) contiene una disposizione di carattere definitorio, evidenziando i concetti di "*public official, person who has been selected to be a public official e official act*", mentre la sezione 201(b) descrive le condotte di corruzione attiva e passiva, nonché di corruzione di testimone attiva e passiva. La successiva sezione 201(c) vieta il pagamento o la ricezione di doni. Si segnala inoltre il c.d. *The Hobbs Act*, contenuto nella *Section 1951* del *Titolo 18* dello *United States Code*, a mente della quale viene sanzionato il pubblico ufficiale che abbia ottenuto, tramite *robbery* o *extortion*, un compenso al quale non aveva diritto, sapendo che il pagamento era stato effettuato in cambio di atti d'ufficio, creando un disturbo alle attività commerciali. Infine, merita di essere ricordato anche il reato di *theft or bribery concerning programs receiving Federal funds*, di cui alla sezione 666, il quale trova applicazione nel caso in cui enti governativi, o di altro tipo, ricevano contributi del programma federale del valore di oltre 10.000 USD: viene sanzionato (sezione 666(a)(1)(b)) —sia il pubblico funziona-

rio, appartenente all'ente che riceve i fondi federali, quando egli solleciti o accetti *anything of value*.

[...] *from any person, intending to be influenced or rewarded in connection with any business, transaction, or series of transactions of such organization, government, or agency involving any thing of value of \$5,000 or more*", sia (sezione 666(a)(2)) il privato che offra, consegna o accetti di consegnare un bene di valore "[...] *with intent to influence or reward an agent of an organization or of a State, local or Indian tribal government, or any agency thereof, in connection with any business, transaction, or series of transactions of such organization, government, or agency involving anything of value of \$5,000 or more.*

Per ciò che concerne invece la corruzione di funzionario straniero e la lotta alla corruzione associata al crimine organizzato transnazionale, il riferimento normativo è rappresentato dal *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), emanato nel 1977 e oggetto di successive modificazioni. In virtù di tale disciplina, viene sanzionata qualunque persona (fisica o giuridica, sia essa un soggetto privato o un pubblico ufficiale) di origine statunitense che offra, prometta o consegna denaro, o altre utilità aventi un valore economico, ad un pubblico funzionario straniero, ovvero anche ad un soggetto straniero titolare di cariche politiche o appartenente a partiti politici, allo scopo di ottenere dei vantaggi nello svolgimento di attività commerciale internazionale. Specularmente, vengono altresì sanzionati anche soggetti stranieri —persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private (che compiano uno dei reati descritti dal FCPA in territorio statunitense o nei mercati quotati statunitensi).

Eventuali violazioni del *FCPA* comportano conseguenze tanto sul piano penalistico, quanto sul versante civilistico: in particolare, mentre lo *U.S. Department of Justice* (DOJ) è competente per ciò che riguarda la repressione degli illeciti penali (oltre che per l'applicazione delle sanzioni civili allorché vengano in rilievo fatti violazioni commesse da società straniere che non sono emittenti, direttori, funzionari, azionisti, dipendenti e agenti nonché da cittadini stranieri), la *Securities and Exchange Commission* (SEC) è competente per l'irrogazione delle sanzioni civili nei confronti di società emittenti e i loro amministratori, funzionari, azionisti, dipendenti e agenti.

Ciò premesso, si osserva che né lo *U.S. Code*, né il FCPA contengono delle disposizioni specifiche per ciò che riguarda le circostanze attenuanti per i delitti di corruzione. Tuttavia, si possono trarre alcune indicazioni utili innanzitutto dalle *United States Sentencing Guidelines* (USSG), le quali contengono, appunto, le linee-guida che i giudici sono chiamati a seguire per la determinazione del trattamento sanzionatorio e attribuiscono un ruolo di *mitigation* a diversi fattori, come ad esempio il grado di partecipazione nell'illecito (sezione 3B1.2, nel Capitolo III, *Adjustments*), oppure l'ammissione di responsabilità (sezione 3E1.1).

Inoltre, un ruolo fondamentale è giocato, anche in sede di determinazione di eventuali riduzioni sanzionatorie per i reati di corruzione (anche associati alla criminalità organizzata), dagli istituti che consentono all'interessato di aprire delle trattative e di stipulare degli accordi con l'Accusa: si tratta dei c.d. *DPAs* (*deferred prosecutions agreements*) e dei c.d. *NPAs* (*non prosecutions agreements*). L'attività di *self-reporting* e la collaborazione con il *DOJ* e la *SEC* (tanto da parte delle persone giuridiche, quanto da parte delle persone fisiche) costituiscono un elemento cardine nella lotta ai fenomeni corruttivi e possono comportare consistenti vantaggi per il reo, come la riduzione delle sanzioni e persino l'esonero dalle stesse.

In via generale (quindi non solo in relazione ai delitti di corruzione) le già citate USSG, al capitolo V, sezione 5K1.1, attribuiscono rilievo alla condotta dell'imputato che abbia “[...] *provided substantial assistance in the investigation or prosecution of another person who has committed an offense*”, consentendo alla *Court*, in questi casi, di riconoscere una riduzione della pena, tenendo conto di elementi come l'utilità pratica della collaborazione offerta, la completezza e la veridicità delle informazioni rese, la tipologia di assistenza fornita e la tempestività della stessa⁶. Ancora, il successivo § 5K2.16 impone all'orga-

⁶ The appropriate reduction shall be determined by the court for reasons stated that may include, but are not limited to, consideration of the following: (1) the court's evaluation of the significance and usefulness of the defendant's assistance, taking into consideration the government's evaluation of the assistance rendered; (2) the truthfulness, completeness, and reliability of any information or testimony provided by the defendant; (3)

no giudicante di tenere conto della eventuale “*defendant’s voluntary disclosure*”, con la quale l’interessato porti a conoscenza delle autorità un illecito —a lui attribuibile— che non era stato ancora scoperto e il quale difficilmente sarebbe stato scoperto⁷. Tali indicazioni devono peraltro essere coordinate con quanto previsto dai *Principles of Federal Prosecution*, in particolare con i principi stabiliti da *JM 9-27.400* e successivi, che fissano le regole alle quali deve attenersi l’*attorney for the government*” in sede di *Plea Agreement*.

Regole, queste ultime, che trovano applicazione anche in occasione della stipula di accordi in relazione a reati rientranti nell’ambito applicativo del *FCPA*, come espressamente evidenziato nelle *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, pubblicate nell’agosto 2020. In tali linee-guida, è chiaramente sottolineata l’importanza pratico-investigativa dei meccanismi negoziali descritti: si legge infatti che “*both DOJ and SEC place a high premium on self-reporting, along with cooperation and remedial efforts, in determining the appropriate resolution of FCPA matters*” (p. 54).

Nella consapevolezza del ruolo fondamentale che la collaborazione degli “insider” —rispetto al patto illecito— può rivestire nella lotta ai fenomeni corruttivi, anche associati alla criminalità organizzata, e nella correlata prospettiva di incentivare quanto più possibile la collaborazione da parte di privati, nel 2010 anche la *SEC* ha infatti pubblicato un *Policy Statement Concerning Cooperation by Individuals in its Investigations and Related Enforcement Action*, mediante il quale l’*Au-*

the nature and extent of the defendant’s assistance; (4) any injury suffered, or any danger or risk of injury to the defendant or his family resulting from his assistance; (5) the timeliness of the defendant’s assistance.

⁷ “If the defendant voluntarily discloses to authorities the existence of, and accepts responsibility for, the offense prior to the discovery of such offense, and if such offense was unlikely to have been discovered otherwise, a downward departure may be warranted. For example, a downward departure under this section might be considered where a defendant, motivated by remorse, discloses an offense that otherwise would have remained undiscovered. This provision does not apply where the motivating factor is the defendant’s knowledge that discovery of the offense is likely or imminent, or where the defendant’s disclosure occurs in connection with the investigation or prosecution of the defendant for related conduct”.

thority ha dettato alcuni —non tassativi— criteri che intende valorizzare “to evaluate cooperation by individuals”: tra questi:

[...] the assistance provided by the cooperating individual in the Commission’s investigation or related enforcement actions” (dove rilievo viene attribuito, per esempio, alla “timeliness of the individual’s cooperation, including whether the individual was first to report the misconduct to the Commission or to offer his or her cooperation in the Investigation, and whether the cooperation was provided before he or she had any knowledge of a pending investigation or related action”); la “importance of the underlying matter”; “the societal interest in ensuring that the cooperating individual is held accountable for his or her misconduct”; “the appropriateness of cooperation credit based upon the profile of the cooperating individual.

In ultima analisi, anche nel sistema statunitense viene riconosciuto un ruolo fondamentale alla collaborazione dei soggetti coinvolti nella commissione —o nella partecipazione— ad un accordo corruttivo, sia esso intercorso a livello meramente “interno” (tra soggetti solo statunitensi: v. *Title 18 U.S. Code – Section 201*) ovvero sia esso caratterizzato dalla presenza di un elemento di internazionalità (ad esempio, l’accordo l’atto corruttivo veda coinvolto un pubblico ufficiale straniero: cfr. *FCPA*). Collaborazione che può essere direttamente riconosciuta in sentenza, ovvero formalizzata all’interno di accordi tra l’accusa e l’interessato, e che viene incentivata attraverso la prospettazione di benefici premiali, percepibili a livello sanzionatorio in termini di *mitigation* della pena ovvero addirittura di esclusione della pena stessa.

3.5. Analisi comparata della disciplina regolatoria italiana, spagnola e statunitense (a livello federale)

Antecedentemente alla riforma dei reati di corruzione operata in Italia con la legge n. 3 del 2019 (c.d. “Spazzacorrotti”), si rinveniva una significativa differenza con l’ordinamento spagnolo in ordine al regime sanzionatorio del privato corruttore, considerato che prima della citata novella normativa non esisteva in Italia una disposizione corrispondente alla esenzione da responsabilità di cui all’art. 426 c.p. spagnolo. Come si è visto, tuttavia, l’introduzione nel codice penale

italiano della fattispecie premiale di cui all'art. 323-ter ha in parte riavvicinato i due ordinamenti.

Peraltro, il dibattito dottrinale apertosi in Spagna circa l'opportunità di prevedere una *excusa absolutoria* richiama alla mente quello svoltosi nella dottrina italiana in riferimento alla proposta di Cernobio e tornato d'attualità a seguito dell'intervento normativo del 2019. Invero, si osserva, sussiste il rischio che la previsione di una causa di non punibilità, anziché una mera circostanza attenuante, consenta forme "mascherate" di attività provocatorie, oppure che possa essere utilizzata come strumento di ricatto da parte del privato per "vendicarsi" di un funzionario che gli chiede più di quanto illecitamente pattuito, o del cui aiuto non ha più bisogno (De Magistris, 2014).

Per quanto attiene in modo specifico alle circostanze, a differenza della Spagna l'ordinamento italiano contempla una specifica attenuante speciale indefinita (che fa leva sulla particolare tenuità del fatto nel suo insieme), nonché un'attenuante ad effetto speciale finalizzata ad assicurare una vantaggiosa collaborazione del colpevole (art. 323-bis, co. 1 e 2). La norma si inserisce nel solco di una politica del diritto penale in valsa da tempo, "che in nome di un maggiore efficientismo nel contrasto della criminalità non lesina trattamenti premiali a chi, pur essendo autore di delitti anche di considerevole gravità, fornisca poi un personale concreto contributo in una direzione antagonista" (Romano, 2019). Lo schema, nell'ordinamento italiano, è ben noto e trova spazio in materia di stupefacenti (art. 73, co. 7, D.P.R. n. 309/1990), furto (art. 625-bis c.p.), delitti contro la personalità individuale (art. 600-*speties*.1, c.p.), eco-delitti (art. 452-*decies* c.p.), etc.

Come si è detto, se tali meccanismi premiali possono ritenersi accettabili fintanto che restano confinati entro i limiti di circostanze attenuanti, si dubita invece dell'opportunità di siffatte politiche criminali qualora sfocino nella totale impunità.

Quanto all'ordinamento federale statunitense, non si rinviene nel Titolo 18 (capitolo 11) dello *U.S. Code*, la previsione di specifiche ipotesi di attenuazione della pena in relazione ai delitti di corruzione (sia "nazionale" che con elementi di internazionalità) tuttavia, dall'analisi delle USSG (recanti le linee guida per le Corti nell'in-

dividualizzazione delle sanzioni concretamente irrogabili a fronte della commissione di uno dei reati tipizzati come *federal crimes*) viene espressamente indicata la necessità di tenere conto di diversi elementi funzionali a mitigare la risposta sanzionatoria, come per esempio l'intervenuta ammissione di responsabilità per il reato commesso (cfr. Cap. III, § 3E1.1.), ovvero il caso in cui l'agente sveli all'Autorità l'esistenza di un reato che lo vede coinvolto, prima della scoperta dello stesso, laddove il reato sarebbe stato altrimenti difficilmente rilevabile dall'Autorità (cfr. Cap. V, § 5K2.16). Ciò che però caratterizza il sistema statunitense, molto più di quanto accada nell'ordinamento italiano o in quello spagnolo, è la previsione di una forte componente premiale per le ipotesi di collaborazione da parte del privato (sia con il *DOJ*, sia con la *SEC*), veicolata attraverso lo strumentario di matrice negoziale dei *deferred prosecution* e dei *non prosecution agreements* (il quale ha fortemente influenzato la legislazione di altri Paesi: si pensi, ad esempio, alla *Lei n. 12.850/2013* con la quale il Brasile ha introdotto il meccanismo della c.d. *colaboração premiada*, su cui *infra*) e che, in base alla "qualità" e alla "quantità" del contributo fornito alle indagini, può condurre tanto a riduzioni di pena (sostanzialmente assimilabili a delle attenuazioni di pena), quanto alla totale impunità del collaboratore.

4. LA DISCIPLINA DELLE CIRCOSTANZE ATTENUANTI NEL DIRITTO COMPARATO: ARGENTINA, BRASILE, CILE, MESSICO E PERÙ

In questo paragrafo si esaminano gli ordinamenti giuridici di diversi Paesi centro e sud americani (Argentina, Brasile, Cile, Messico e Perù).

In linea con lo schema espositivo già seguito in precedenza, lo sviluppo dell'analisi si articola in due momenti. Dapprima verranno analizzati i singoli sistemi penali nazionali, identificando le figure circostanziali —applicabili ai fenomeni corruttivi, anche di matrice transnazionale— che consentono un attenuamento di pena. Secondariamente, si procederà ad un'analisi in chiave comparata, sotto-

lineando i profili di diversità e i punti di contatto tra gli strumenti normativi adottati dai singoli Paesi considerati.

Nuovamente, attenzione particolare verrà dedicata ai meccanismi di collaborazione premiata contemplati nei singoli Stati dell'America Latina, in quanto rappresentano un vero e proprio *fil rouge* che accomuna —pur con diversità di contenuti e di effetti— le strategie di lotta alla corruzione dei Paesi analizzati.

4.1. Argentina

Le circostanze attenuanti comuni sono disciplinate dall'art. 41 del codice penale, il quale stabilisce che, ai fini della determinazione della pena nel caso concreto, si tiene conto de “*la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados*” (dove la dottrina ricomprende anche le condotte riparatorie/restitutorie successive al reato: De La Rúa & Tarditti, 2014) e de:

[...] *la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.*

Si precisa altresì che “*el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso*” (per un'approfondita analisi: Ziffer, 2019; Righi, 2001).

Per quanto concerne i reati di corruzione, occorre richiamare l'attenzione sull'art. 41-ter c.p.

Tale disposizione (così come modificata dalla c.d. *ley de arrepentido*, ossia dalla Legge n. 27.304/2016, facente a sua volta parte di un più ampio disegno di riforma del sistema argentino di lotta alla corruzione e ispirata alle indicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (per un'ampia analisi della *ley* 27.304, v. Hairabedian, 2019; v. anche Gomez Urso & Sivo, 2020; sui dubbi

di costituzionalità della *ley de arrepentido*, Uriburu, 2021)) stabilisce infatti una riduzione di pena in relazione alla commissione di taluni delitti, tra i quali rientrano anche quelli di corruzione (disciplinati nel Titolo XI, capitolo VI, art. 256-259 bis), tale da poter attestare il trattamento sanzionatorio fino alla soglia quantitativa prevista per il corrispondente delitto tentato (v. art. 44 c.p.). Il beneficio sanzionatorio è concesso allorché colui che ha partecipato alla realizzazione del reato (con esclusione dei *delitos de lesa humanidad*: cfr. art. 3, par. 4, l. 27304/2016, disposizione che fissa anche un limite soggettivo all'accesso all'istituto, in quanto non possono ricorrere al meccanismo premiale in esame i “*funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional*”), entro i termini processuali stabiliti dall'art. 3 della *ley* 27.304 (“*el acuerdo con el imputado arrepentido [...] deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente*”), volontariamente collabori con l'Autorità competente fornendo prove per l'accertamento del reato, per l'individuazione degli altri compartecipi, per recuperare i proventi del reato, per individuare le fonti di finanziamento dell'organizzazione criminale o per prevenire la commissione di ulteriori reati⁸.

E' bene precisare che la delazione può dunque riguardare anche informazioni relative a reati commessi da *altri* soggetti, coinvolti nell'ambito di *altri* procedimenti penali, diversi da quello che vede indagato il delatore e purché vi sia una connessione (ai sensi dell'art. 41 c.p.p.). Peraltro, nella consapevolezza del rischio che potessero porsi dei dubbi sulla credibilità delle informazioni rese dai “delatori” (potenzialmente animati da moventi di odio, vendetta, contrasto politico) l'art. 15 della *ley* 27.304 stabilisce che la sussistenza di un re-

⁸ Art. 5: “*Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo*”.

ato non possa essere provata unicamente sulla base delle dichiarazioni rese dall'imputato pentito e che il giudice debba indicare in modo preciso e fondato la correlazione esistente tra quelle dichiarazioni e le restanti prove su cui si basa la condanna.

La legge stabilisce un limite massimo per la riduzione della pena (quella che sarebbe stata applicata nel caso del tentativo), ma lascia ampio margine di valutazione in concreto. L'entità del beneficio sanzionatorio accordato dalla c.d. *ley del arrepentido* viene infatti determinata alla luce di diversi parametri, quali ad esempio la tipologia e l'entità delle informazioni fornite, la fase procedimentale nella quale le informazioni sono rese, la gravità dei reati che l'indagato o l'imputato, con le sue informazioni, ha contribuito ad accertare o a scoprire, nonché il fatto che l'interessato sia stato il primo a fornire tali informazioni (art. 5, *Ley* 27.304). Peraltro, si prevede che l'attività delatoria dell'interessato venga registrata con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la successiva valutazione (art. 6, *Ley* 27.304): è infatti previsto che, dopo la sottoscrizione e l'omologazione giudiziale dell'*acuerdo de colaboración* (art. 7, *Ley* 27.304), il Pubblico Ministero o il giudice entro un anno procedano ad una *corroboración*, ossia alla verifica non solo dell'adempimento degli obblighi assunti dal delatore con l'accordo, ma anche e soprattutto della "*verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado*" (art. 13, *Ley* 27.304).

Si tratta di un punto fondamentale in quanto evidenzia come l'istituto premiale in parola mira a ottenere un risultato oggettivo e non soggettivo. Il beneficio sanzionatorio non è infatti basato sull'accertamento di un pentimento (di un arrepentimento, appunto) personale del collaboratore: il legislatore si disinteressa di valutare se la collaborazione sia o meno l'ultima tappa di un percorso di critica interiore da parte dell'agente. All'opposto, ciò che conta è utilità oggettiva, concreta, delle informazioni fornite rispetto all'attività di indagini e alla lotta contro alcuni fenomeni criminali. In questo senso, non è del tutto corretto riferirsi al delatore come "*arrepentido*", ma sarebbe più corretto chiamarlo *colaborador premiado*, o *delator premiado*.

Laddove le informazioni fornite dovessero risultare false, l'art. 276 bis del codice penale argentino prevede la sanzione della reclusione da quattro a dieci anni, oltre ovviamente alla perdita del beneficio accordato ai sensi dell'art. 41 ter c.p. Come puntualmente osservato

in dottrina, l'espressa previsione di un illecito penale a carico del collaboratore per il caso in cui le informazioni dovessero rivelarsi false finisce per sovvertire la logica e il significato della dichiarazione dell'imputato, "[...] *pues la transforma in un acto de acusacion, con la obligacion de no faltar a la verdad, ya que, aunque no preste juramento en tal sentido, igualmente será castigado si miente*" (Gomez Urso & Sivo, 2020: 156).

Per completezza, deve segnalarsi che la collaborazione può comportare dei benefici ulteriori rispetto alla riduzione di pena, andando ad incidere anche sull'eventuale carcerazione preventiva. L'art. 4 della *ley* in esame precisa infatti che "[...] *cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del código penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes*". Inoltre, il collaborante potrà chiedere di essere inserito nel *Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados*, di cui alla *Ley* 25764.

Quello previsto dalla c.d. *ley del arrepentido* costituisce un meccanismo processuale di riduzione della pena di matrice negoziale (Biglieri & Casares, 2021): è basato infatti su un accordo stipulato tra l'indagato (assistito dal difensore) e il Pubblico Ministero (art. 8 e 9), successivamente omologato da parte del giudice (art. 10), il quale può peraltro rifiutare l'omologa allorquando ritenga non adeguato il contenuto dell'accordo stesso (in questo caso, entrambe le parti possono proporre un ricorso contro la decisione di rigetto). Sul piano contenutistico l'accordo, che deve intervenire prima del rinvio a giudizio oppure prima della chiusura delle indagini, deve recare una precisa indicazione dei suoi contenuti, e in particolare del contributo che l'indagato s'impegna a fornire e del correlato beneficio sanzionatorio riconosciuto dall'Accusa.

In conclusione, l'ordinamento penale argentino attribuisce rilievo in chiave premiale alle condotte collaborative di chi —coinvolto (tra gli altri) in un reato di natura corruttiva— fornisca un contributo concretamente utile (nei termini indicati dallo stesso art. 41 ter c.p.) all'autorità giudiziaria per la prosecuzione delle indagini. Il meccanismo descritto si presenta con una configurazione "mista", sostanziale e processuale assieme: sul piano sostanziale, esso assume la fisionomia di una circostanza attenuante (art. 41 ter c.p.), deter-

minando una consistente riduzione della pena altrimenti prevista e il cui riconoscimento, tuttavia, avviene sulla base di un preciso percorso procedimentale (cfr. Ley 27.304/2016, oggi art. 195-208 del *Código Procesal Penal Federal*).

4.2. *Brasile*

Tra gli istituti attenuanti di carattere generale disciplinati dal codice penale brasiliano, come tali applicabili a tutti i reati, si segnala innanzitutto l'art. 16, rubricato "*Arrependimento posterior*", a mente del quale la pena è ridotta da un terzo ai due terzi nel caso in cui l'agente volontariamente, nel caso di reati commessi senza violenza o minaccia grave alla persona, ripari il danno o ripristini la cosa, con il limite tempora rappresentato dal "*recebimento da denúncia ou da queixa*".

Oltre alla disposizione da ultimo citata, merita di essere richiamato l'art. 65 del codice, dedicato alle "*[c]ircunstâncias atenuantes*", di carattere comune e ad effetto comune, tra le quali sembrano rilevanti, nella prospettiva dei reati di corruzione: il caso in cui l'agente abbia cercato, di sua spontanea volontà e in modo concreto ("*com eficiência*"), subito dopo il delitto, di evitarne o attenuarne le conseguenze, o di far riparare, prima del processo, il danno (art. 65, III, lett. b), c.p., per il quale la pena è ridotta qualora l'agente "*procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano*"), nonché l'ipotesi in cui l'agente abbia confessato all'Autorità la commissione del reato (art. 65, III, lett. d), c.p., ove si attribuisce rilievo all'aver "*confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime*" (non sono previsti dei limiti temporali entro i quali debba intervenire la confessione).

Il successivo art. 66, infine, reca la circostanza attenuante "generica" per la quale la pena può essere ridotta anche per una circostanza rilevante, prima o dopo il reato, anche se non espressamente prevista dalla legge⁹.

⁹ "A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei".

Per contro, dall'analisi del codice penale non emerge la previsione di circostanze attenuanti *speciali* per i delitti di corruzione o di traffico di influenze illecite, né con riguardo ai fenomeni illeciti con rilievo solo "nazionale", né con riferimento alle ipotesi con dimensione internazionale.

In particolare, con riferimento ai fenomeni corruttivi di matrice nazionale, non sono previste circostanze attenuanti speciali né in relazione al delitto di *corrupção passiva* (art. 317 c.p.), né con riguardo alla *corrupção ativa* (art. 333 c.p.) o al delitto di *tráfico de Influência* (art. 332 c.p.), mentre all'opposto i citati delitti sono tutti accompagnati dalla previsione di circostanze aggravanti¹⁰.

Analogamente, in materia di corruzione transazionale non sono previste circostanze attenuanti, ma solo ipotesi di aggravamento della pena. Nel Titolo XI del codice penale è stato inserito, nel 2002 (v. *Lei n. 10467 del 2002*, con la quale si è data attuazione al Decreto n. 3678/2000, *que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997*) il capitolo II-A, rubricato "*Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira*", e al cui interno sono disciplinati i reati di *corrupção ativa em transação comercial internacional* (art. 337-B) e di *tráfico de influência em transação comercial internacional* (art. 337-C). In entrambi i casi non sono individuate delle ipotesi attenuazione della pena base, ma sono previste delle circostanze aggravanti speciali: l'art. 337-B, parágrafo único prevede che la "*pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional*", mentre il parágrafo único dell'art. 337-C stabilisce un aumento di pena della metà "*se o*

¹⁰ In particolare, l'art. 317, § 1, stabilisce che "[a] pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional" e, specularmente, l'art. 333, parágrafo único, prevede che "[a] pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional"; cfr. altresì art. 332, parágrafo único: "A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário".

agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro”.

Tanto premesso in via generale, occorre segnalare che il sistema penale brasiliano da tempo contempla la presenza di istituti di carattere premiale, imperniati attorno alla collaborazione da parte dell'autore con l'Autorità giudiziaria, in vista della realizzazione di obiettivi investigativi più o meno ampi: il riferimento riguarda gli istituti di c.d. *colaboração premiada* che, nel corso del tempo, hanno colonizzato sempre più settori di intervento del diritto penale (Santos, 2016), tra i quali, da ultimo, anche quello concernente i delitti di corruzione. Anzi, proprio in relazione a taluni casi eclatanti di corruzione (su tutti la c.d. *Operação Lava Jato*, che ha permesso il disvelamento della più grande vicenda di corruzione della storia brasiliana (Nunes, 2017) e nell'ambito del quale pare siano stati sottoscritti e omologati quasi trecento accordi di collaborazione) l'efficacia investigativa della *colaboração premiada* è emersa in modo evidente (Rodrigues da Silva, 2017, per il quale “[...] *os negócios jurídicos premiais (acordos de colaboração premiada e de leniência), que deveriam se revestir de caráter excepcional, vêm assumindo papel protagonista no desvendamento de casos de corrupção, a exemplo da Operação Lava Jato*”; Almeida & Pereira, 2016).

Ad esempio, si segnala la *Lei* n. 8072/90, recante disposizioni *sobre os crimes hediondos*, ancora oggi vigente, il cui art. 8 prevede una riduzione di pena da un terzo a due terzi per il partecipante o per l'associato che denunci all'Autorità la banda, consentendone lo smantellamento¹¹.

Analoga previsione è contemplata dalla quasi coeva *Lei* n. 8137/90, dedicata alla lotta contro la criminalità tributaria (“[d]efine crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, e dá outras providências”). L'art. 16 della citata Legge n. 8137, introdotto dalla Legge n. 9080/95, prevede infatti una circostanza attenuante, con conseguente riduzione della pena da un terzo a due terzi, per il

¹¹ “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

complice o il coautore che spontaneamente riveli all'Autorità giudiziaria l'intero disegno delittuoso¹².

Identico meccanismo di attenuazione sanzionatoria era previsto anche dall'art. 6 della *Lei* n. 9034/90, dedicata alla lotta alla criminalità organizzata e abrogata ad opera della *Lei* n. 12850/13. Il citato art. 6 infatti stabiliva infatti la riduzione da un terzo ai due terzi della pena per il compartecipe di un'associazione per delinquere che, mediante la propria spontanea collaborazione, consentisse all'Autorità giudiziaria di accertare i reati e di individuare i loro autori¹³.

La stessa *Lei* n. 9080/95, già sopra richiamata, oltre ad aver introdotto il secondo paragrafo dell'art. 16, *Lei* n. 8137/90, ha altresì modificato l'art. 25 della *Lei* n. 7492/86, recante disposizioni in tema di contrasto alla criminalità finanziaria, implementandovi un secondo comma, a mente del quale beneficia di una attenuazione di pena (da un terzo a due terzi) l'autore, il coautore o il compartecipe nella realizzazione di uno dei delitti che, spontaneamente, riveli alla polizia o all'Autorità giudiziaria la "trama criminale"¹⁴.

Gli interventi normativi citati presentano tutti un tratto comune: la dimensione premiale connessa alla collaborazione volontaria di colui che fornisca un contributo all'Autorità procedente, funzionale all'accertamento dei reati, agli autori degli stessi o alla ricostruzione dei programmi criminosi dei sodalizi criminali, si traduce nella riduzione della pena da un terzo a due terzi.

In anni più recenti, la collaborazione dell'autore o del compartecipe viene ad assumere una fisionomia "mista": ferma restando la sua

¹² "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

¹³ "Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

¹⁴ "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

valenza come strumento di riduzione della pena, al ricorrere di talune ipotesi assume la funzione di una causa di estinzione del reato.

In questo senso, la *Lei* n. 9.807/99, recante disposizioni per la protezione delle vittime e dei testimoni:

[e]stabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Costituisce un punto di svolta della legislazione premiale brasiliana. Infatti, gli art. 13 e 14 della citata Legge n. 9807 introducono, rispettivamente, una causa di estinzione del reato e una circostanza attenuante per l'imputato che abbia volontariamente collaborato alle indagini e al procedimento penale.

Più precisamente, l'effetto "massimo" (l'impunità) viene riconosciuto dal giudice, d'ufficio o su istanza delle parti, allorché la collaborazione intervenga *prima* della sentenza e abbia condotto a uno dei risultati normativamente prestabiliti: l'identificazione degli altri coautori o partecipanti alla realizzazione dell'illecito; l'ubicazione della vittima con la sua integrità fisica preservata; il recupero totale o parziale dei proventi di reato (art. 13). Non solo, ma tale esito (quello del *perdão judicial*) deve apparire proporzionato rispetto alla personalità del beneficiario e alla natura delle circostanze, della gravità e dell'impatto sociale del fatto criminoso (art. 13, paragrafo unico).

Al di fuori di tali ipotesi —ossia per il caso in cui l'estinzione del reato non appaia esito proporzionato alla gravità del fatto e alla personalità dell'agente— colui che collabora può beneficiare di una riduzione di pena (da un terzo ai due terzi), sempreché il suo aiuto consenta l'identificazione di altri coautori o partecipanti al reato, l'individuazione del luogo in cui vive la vittima e il recupero totale o parziale dei proventi del reato (art. 14).

La *Lei* n. 9807/99 ha dunque ampliato le prospettive premiali in caso di collaborazione volontaria da parte dell'autore o co-autore di un reato, prevedendo non solo una circostanza attenuante ma anche

una vera e propria causa di estinzione del reato per l'ipotesi in cui il contributo dell'indagato o imputato consenta il raggiungimento di alcuni risultati espressamente previsti, ma ha anche inserito un (doppio) criterio che dovrebbe orientare la discrezionalità giudiziale, nell'alternativa tra il riconoscimento dell'effetto premiale 'massimo' (estinzione del reato) o di quello 'minimo' (la riduzione di pena): la gravità del fatto e la personalità dell'autore.

La natura "proteiforme" della collaborazione si ritrova anche nell'istituto della c.d. *colaboração premiada*, così come plasmato dalla *Lei* n. 12.580/2013 (la quale ha peraltro introdotto diversi nuovi meccanismi di indagine per far fronte alla criminalità organizzata: oltre alla citata collaborazione premiata, disciplinata negli art. 4-7, si segnalano in particolare lo strumento della *ação controlada* (art. 8 e 9) e della *infiltração de agentes policiais* (art. 10-14; nella vasta letteratura a commento della *Lei* n. 12.850/2013, v. *ex multis*, Rodrigues da Silva, 2017; Alves & Silva, 2017; Cunha, 2014; Greco Filho, 2014), successivamente oggetto di modifiche ad opera della *Lei* n. 13.964/2019 la quale, peraltro, ha chiaramente evidenziato la natura processuale dell'istituto: ai sensi dell'art. 3-A, l'accordo di *colaboração premiada* costituisce infatti "*negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos*".

Trattasi di una normativa (chiaramente ispirata dall'esperienza statunitense in materia di *plea bargaining*, come tale inquadrabile nel solco di un "diritto penale negoziale" (*ex multis*, Suxberger & Greco Filho, 2016)) di centrale importanza per la lotta alla corruzione associata alla criminalità organizzata transnazionale, dal momento che, con l'obiettivo di agevolare le indagini e destabilizzare le associazioni criminose, incentiva fortemente la collaborazione degli "intransei" alle stesse attraverso la prospettiva di consistenti benefici sanzionatori¹⁵.

¹⁵ Secondo Suxberger (2020), "la collaborazione premiata è «um acordo realizado entre o acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva".

Entrando nel dettaglio della disciplina processuale, si osserva che l'art. 3, § 3 della *Lei* 12.850 stabilisce che “*no acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados*” e che grava sulla difesa l'onere di fornire le prove e gli elementi necessari per confermare i fatti e le circostanze indicate dal collaborante (art. 3, § 4). Peraltro, costituisce condizione fondamentale per il raggiungimento dell'accordo il fatto che il “*colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração*”: qualora ciò non accadesse, l'eventuale accordo raggiunto verrebbe risolto (art. 4, § 18).

L'accesso all'istituto in esame può avvenire su accordo scritto con il Pubblico Ministero (art. 4, §§ 6-16), poi sottoposto all'attenzione del giudice il quale, ai sensi dell'art. 4, § 6, formalmente non può partecipare alle negoziazioni, ma è chiamato a verificare la regolarità formale dell'accordo (art. 4, § 7). Con la *Lei* n. 13.964 del 2019 il legislatore brasiliano è infatti intervenuto riformulando, tra gli altri, il paragrafo n. 7 dell'art. 4, allo scopo di precisare il sindacato che il giudice è chiamato a svolgere sull'accordo di collaborazione. Si prevede non solo che il giudice verifichi i termini dell'accordo, le dichiarazioni rese dal collaboratore e la documentazione istruttoria formata, ma anche che ascolti privatamente il collaboratore, alla presenza del suo difensore. In quella sede, il giudice esaminerà in particolare i profili di “*regularidade e legalidade*”, la “*adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º*” dello stesso art. 4, l'utilità effettiva delle informazioni rese (“*adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput*” dell'art. 4) e anche la “*voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares*”. Laddove l'accordo non rispetti i parametri normativi, il giudice dovrà rifiutarne l'omologazione, rimettendolo alle parti affinché apportino i necessari adeguamenti (art. 4, § 8).

L'accordo di collaborazione non incontra limiti processuali specifici, in quanto può intervenire sia in pendenza del procedimento penale, sia a valle della conclusione dello stesso: con differenti effetti, tanto più favorevoli quanto prima la collaborazione intervenga.

Infatti, nel caso in cui la collaborazione intervenga quando il procedimento non è ancora stato definito con sentenza, il giudice, su

richiesta delle parti, può applicare una riduzione di pena fino ai due terzi, oppure concedere il *perdão judicial*, ovvero ancora può sostituire la pena detentiva con altra limitazione di diritti (art. 4). Peraltro, si riconosce ampia discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero nei casi in cui le informazioni offerte consentano di scoprire reati di cui l'Autorità procedente non aveva conoscenza (ossia quando il P.M. o la polizia non aveva "*instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborado*", art. 4-A): in questi casi, a mente dell'art. 4, § 4, il Pubblico Ministero può decidere di non elevare una contestazione formale a carico del collaboratore, alla doppia condizione che quest'ultimo "*não for o líder da organização criminosa*" e che "*for o primeiro a prestar efetiva colaboração*".

Laddove invece la collaborazione intervenga dopo la sentenza, l'art. 4, § 5, prevede che la pena inflitta possa essere ridotta fino alla metà o, in alternativa, "*será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos*".

In ogni caso, il legislatore si è premurato di individuare una serie di risultati ai quali la collaborazione deve condurre affinché possano essere concessi i benefici premiali ricordati. Più nel dettaglio, il contributo dell'aspirante collaboratore deve consentire di identificare gli altri coautori e partecipanti all'organizzazione criminale e i reati da essi commessi; oppure deve consentire di scoprire quale sia la struttura gerarchica dell'organizzazione e la ripartizione dei ruoli, o deve risultare funzionale alla prevenzione dei reati derivanti dall'attività dell'organizzazione criminale; oppure ancora deve permettere il recupero totale o parziale del prodotto o del provento dei reati commessi dall'organizzazione criminale; ancora, il contributo è rilevante se consente di identificare il luogo in cui si trovano le vittime, vive e incolumi (art. 4). L'effetto premiale, come può intuirsi, sarà tanto più consistente quanto più rilevanti siano le informazioni consegnate¹⁶, nonostante la *lei* indichi alcuni parametri di cui si dovrà tenere

¹⁶ Come osserva Novo (2017): "*O tipo de benefício dependerá do valor das informações prestadas, assim como da comprovação da veracidade delas. Quanto mais útil e relevante a delação for para as investigações, maiores as chances de o réu receber perdão judicial ou não ser denunciado por novos crimes, se já responder a processo*".

conto nell'individuazione del beneficio da accordare: dovranno essere prese in considerazione “[...] *a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*” (art. 4, §1).

Una volta formalizzato l'accordo (i cui termini verranno indicati in sentenza: art. 4, § 11) e riconosciuti i benefici, il collaboratore potrà comunque essere sentito in giudizio in qualità di testimone, con obbligo di rispondere secondo verità. E' bene tuttavia evidenziare che le sole dichiarazioni del collaboratore non sono sufficienti per applicare misure cautelari personali o reali, oppure per pronunciare una sentenza di condanna nei confronti di terzi (art. 4, § 16).

Come preveduto in altri ordinamenti (si pensi, ad esempio, al sistema argentino), il legislatore brasiliano impone la registrazione delle trattative (alle quali deve essere sempre presente il difensore) e degli atti di collaborazione, allo scopo di “*obter maior fidelidade das informações*” (art. 4, § 13). Inoltre, è stato introdotto un reato specifico (punito con la pena della reclusione da 1 a 4 anni, oltre che con la multa) per l'ipotesi in cui il collaboratore (che peraltro, accendo al procedimento di collaborazione, rinuncia al diritto al silenzio e si obbliga a dire la verità ai sensi dell'art. 4, § 14) abbia fornito informazioni false sulla struttura dell'organizzazione criminale, oppure abbia falsamente accusato una persona che sapeva essere innocente (cfr. art. 19).

4.3. Cile

Il sistema penale cileno, a lungo sguarnito di previsioni normative che accordassero rilievo premiale ai comportamenti collaborativi tenuti dagli indagati o imputati di delitti di corruzione (mentre meccanismi premiali basati sulla collaborazione già comparivano, ad esempio, in materia di illeciti contro la libera concorrenza dalla legge n. 20361/2009, così come modificata successivamente con la legge n. 20945/2016; così come nell'art. 4, *ley* n. 18.314/1984, in materia di lotta al terrorismo, il quale prevede una diminuzione della pena di *dos grados* per coloro:

[...] *quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieren infor-*

maciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos [...].

Sulla possibilità di estendere tali meccanismi anche ai reati di corruzione, v. Chaparro, 2019), negli ultimi anni ha registrato alcune novità meritevoli di attenzione.

Innanzitutto, occorre osservare che il codice penale cileno già prevedeva, all'art. 11, n. 9, una attenuazione sanzionatoria per colui che “*colabora sustancialmente*” nell'accertamento dei reati (“*[s]i se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos*”). Trattandosi però di una circostanza attenuante comune (tra circostanze comuni (*genéricas*), contenute sostanzialmente negli art. 11 e 12 del codice penale cileno, e speciali (*específicas*), previste volta per volta in relazione a singole fattispecie incriminatrici, anche sul piano del diverso effetto prodotto a livello sanzionatorio, *ex multis*, v. Cury Urzúa, 2005), l'effetto premiale riconnesso alla collaborazione risulta complessivamente limitato e potrebbe, pertanto, non essere abbastanza attrattivo per l'indagato o l'imputato.

Tuttavia, nel solco di un lungo percorso di progressivo rafforzamento della strategia anti-corruzione (scandito attraverso molteplici novelle legislative (si veda, ad esempio, la *Ley* n. 19.645/1999, la n. 18.829/2002, la n. 20.393/2009)), il legislatore cileno ha recentemente introdotto nel codice penale una circostanza attenuante speciale ad effetto speciale (riduzione della pena di “*dos grados*”) connessa alla realizzazione di comportamenti *cooperativi* da parte del reo, la quale è applicabile, tra gli altri, anche ai delitti di corruzione, compresi quelli che vedono coinvolti pubblici funzionari stranieri (l'art. 260-*quater* c.p. trova applicazione in relazione alle disposizioni di cui al paragrafo 9, in tema di *cohecho*, e al paragrafo 9-*bis*, dedicato a *cohecho a funcionarios públicos extranjeros*).

Con *Ley* n. 21.121 del 20 novembre 2018, è stato infatti introdotto nel codice penale un nuovo art. 260-*quater*, in virtù del quale è prevista l'attenuazione della pena per colui che abbia prestato una “*cooperación eficaz*” che sussiste (alla luce di quanto espressamente indicato dallo stesso art. 260-*quater*, co. 1) quando il contributo fornito

conduca all'accertamento dei reati già oggetto di indagine, o all'individuazione dei responsabili, oppure sia tale da consentire di prevenire o impedire la consumazione di tali reati, oppure ancora agevoli la confisca dei proventi del reato. Il secondo comma dell'art. 260 quater ulteriormente precisa che ricorre “*cooperación eficaz*” nel caso di “*suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior*”.

La nuova disposizione (che si ricollega ad altri istituti già presenti nel sistema penale cileno, in particolare in materia di traffico di stupefacenti: v. Politoff & Matus, 1999) peraltro stabilisce che la attenuazione sanzionatoria prevista (ove sia applicabile la circostanza in esame) “*se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurren; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales*” (art. 260 quater, co. 4).

Dal punto di vista procedimentale, l'art. 260 quater, co. 4, prevede che il Pubblico Ministero debba indicare, “en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación”, se la collaborazione fornita dal imputato sia stata efficace nei termini indicati dal primo comma dell'articolo in esame.

Merita di essere evidenziato che il 29 luglio 2020, il *fiscal nacional del Ministerio Público*, allo scopo di agevolare la formazione di pratiche omogenee, nello svolgimento delle indagini in materia di delitti di corruzione, tra i diversi uffici del Pubblico Ministero, ha pubblicato la *Instrucción General que Imparte criterios de actuación en delitos de corrupción (Instrucción general N° 472/2020)*. In particolare, tra le diverse “linee guida”, la *Instrucción general* in questione dedica uno spazio specifico alla *atenuante de cooperación eficaz* (pag. 6-7) e, andando a “integrare” i presupposti legali stabiliti dall'art. 260 quater, co. 1, precisa che l'attenuante *de qua* potrà essere riconosciuta dal Pubblico Ministero a favore dei dipendenti pubblici coinvolti in dinamiche corruttive, solo laddove sussistano alcune condizioni ulteriori che, a ben vedere, finiscono per restringere l'ambito applicativo della attenuante:

1) *para que la cooperación eficaz pueda ser reconocida y valorada positivamente en la investigación el cooperador que es funcionario público debe entregar antecedentes en contra de coautores o partícip-*

es que sean una igual o superior jerarquía en la institución a la que pertenece; 2) los antecedentes aportados por el cooperador deben ser inéditos en la investigación; 3) los antecedentes entregados por el cooperador deben ser íntegros y de una entidad suficiente que permitan acreditar la existencia del hecho punible o la participación de los responsables. No basta con información genérica acerca de irregularidades o faltas a la probidad; 4) la información debe ser entregada al fiscal directamente por el propio imputado, no por su abogado, parientes o terceras personas.

Per quanto, come detto, l'introduzione di una specifica ipotesi premiale di "collaborazione efficace" abbia rappresentato un indubbio passo in avanti nella lotta alla corruzione nell'ordinamento cileno, la soluzione adottata con la *Ley* 21.121/2018 è andata incontro a talune critiche.

Al di là del fatto che la *cooperación eficaz* può consentire all'indagato o all'imputato di ottenere "solo" una attenuazione di pena e non l'esenzione dalla pena stessa (sicché devono farsi i conti con l'effettività attrattività di tale misura) si è censurata la scelta legislativa di escludere dall'accesso al premio un'ampia platea di soggetti, tutti qualificabili come pubblici funzionari di alto livello: a mente infatti dell'ultimo comma dell'art. 260-*quater*, non possono accedere all'attenuazione non solo "*los empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular o de exclusiva confianza de éstos, o de alta dirección pública del primer nivel jerárquico*", ma anche i funzionari del Pubblico ministero e coloro che esercitano funzioni giurisdizionali.

Inoltre, non può non evidenziarsi il ruolo fondamentale accordato al Pubblico Ministero: per quanto il giudice non sia vincolato alle sue valutazioni, ciò nondimeno è proprio l'organo dell'accusa a doversi esprimere, in sede di formalizzazione degli addebiti a carico dell'interessato, circa l'esistenza o meno della collaborazione ai sensi dell'art. 260 *quater*. Non a caso, nella citata *Instrucción General* n. 472/2020 si prevede espressamente che:

se instruye a los fiscales que si un Tribunal la reconoce en la sentencia definitiva sin que se haya invocado por el respectivo fiscal, deberá evaluarse la interposicion de un recurso de nulidad por infraccion de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal (p. 6).

4.4. Messico

In materia di corruzione, il Codice penale federale messicano contempla diverse figure delittuose. Per quanto qui di interesse, all'interno del Titolo Decimo del Codice, dedicato ai *Delitos por Hechos de Corrupción*, vengono disciplinati, tra gli altri, i reati di *cohecho* (art. 222) e *cohecho a Servidores Públicos Extranjeros* (art. 222 bis), in relazione ai quali il legislatore messicano ha preveduto una graduazione della pena (prevista per ciascuno degli illeciti citati) allorché l'entità dei doni, dei beni o delle promesse effettuate/accettate nell'ambito dell'accordo corruttivo sia inferiore ad una determinata soglia quantitativa. Più nel dettaglio, l'art. 222 prevede che laddove:

[...] *la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa [...]*

Laddove lo stesso art. 222 stabilisce invece una pena della reclusione da due a quattordici anni nel caso in cui la soglia quantitativa indicata venga superata: tale graduazione si ritiene applicabile anche nell'ipotesi dell'art. 222 bis, stante il richiamo contenuto in questa disposizione alle pene previste nell'articolo precedente.

In relazione alle circostanze attenuanti, si evidenzia che il *CP federal* non solo non prevede delle circostanze attenuanti specificamente applicabili ai delitti di corruzione, ma non dedica neppure uno spazio normativo *ad hoc* per l'individuazione delle eventuali circostanze attenuanti comuni.

Tuttavia, nel dettare le regole generali applicabili ai fini della individualizzazione della pena, l'art. 51 stabilisce che in sede di commisurazione della pena il giudice, fermi i limiti edittali previsti per ciascun reato, deve tenere in considerazione "*las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente*", mentre il successivo art. 52 detta in modo più dettagliato i criteri che il giudice deve seguire. In particolare, si prevede che il giudice fissa la sanzione "*con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente*" tenendo in considerazione molteplici parametri, tra i quali può segnalarsi, oltre all'entità del danno o

del pericolo causato, alle circostanze di luogo e di tempo, il “*comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido*” (art. 52, VI).

Per ciò che concerne la previsione, o meno, di meccanismi di *delacion premiada* oppure di *colaboracion eficaz*, è necessario svolgere una breve premessa. In particolare, deve evidenziarsi che l’ordinamento messicano, negli ultimi anni, ha elaborato un articolato *Sistema Nacional Anticorrupción* (c.d. SNA), finalizzato a creare un coordinamento tra le autorità di tutti i livelli di governo preposte non solo alla prevenzione, all’accertamento e alla sanzione nell’ipotesi di illeciti amministrativi e illeciti penali di corruzione, ma anche all’ispezione e al controllo delle risorse pubbliche. Tale sistema, che trova copertura costituzionale nell’art. 113 della *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (il quale stabilisce gli obiettivi del Sistema, quali siano le sue componenti e le regole minime di funzionamento dello stesso), è “alimentato” da una pluralità di atti normativi specifici, tra i quali, oltre alle disposizioni del Codice penale federale in materia di *Delitos cometidos por Servidores Públicos*, assumono primaria importanza la *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción* e la *Ley General de Responsabilidades Administrativas* (oltre che la *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*: tutte e tre, queste ultime, approvate con decreto del 18 luglio 2016, che ha anche abrogato la precedente *Ley Federal Anticorrupción en Contractaciones Públicas* dell’11 giugno 2012). Se la *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción* rappresenta il cardine normativo attorno al quale ruota il SNA¹⁷, la *Ley General de Responsabilidades Administrativas*, reca invece una dettagliata disciplina della responsabilità amministrativa dei pubblici ufficiali, degli obblighi su questi gravanti e delle sanzioni amministrative a questi applicabili nell’ipotesi in cui dovessero incorrere in illeciti amministrativi gravi.

¹⁷ Come indicato dall’art. 1, si pone infatti l’obiettivo di “*establecer las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, para el funcionamiento del Sistema Nacional previsto en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción*”.

Ciò che preme evidenziare è che, all'interno delle *faltas administrativas graves de los Servidores Públicos*, la legge federale da ultimo citata elenca, agli art. 51-64 una serie di illeciti che sostanzialmente corrispondono, in buona parte, ai delitti tipizzati dagli articoli contenuti nel Titolo Decimo del Codice penale (*cohecho, peculado, desvío de recursos públicos* etc.): in questo senso, in presenza di comportamenti illeciti dei pubblici ufficiali, il Sistema Nazionale Anticorruzione si sviluppa lungo due vie parallele, teoricamente complementari tra loro, una penale e una amministrativa. Difatti, è stata da talune parti evidenziata, in una prospettiva "garantistica", la frizione di tale meccanismo normativo a "doppio binario" con il principio del *ne bis in idem*, tutelato dall'art. 23 della Costituzione federale in relazione ai reati, ma esteso anche al diritto amministrativo sanzionatorio, nella misura in cui può comportare per il singolo, in relazione alla realizzazione del medesimo fatto storico, la sottoposizione a due procedimenti e a due trattamenti sanzionatori (uno penale e uno amministrativo). In una diversa prospettiva "efficientistica", si è però sottolineato come tale doppio sistema possa in realtà condurre all'impunità penale, quando l'autore di un delitto (secondo il Codice penale) previsto anche come grave violazione amministrativa (dalla legge sulla responsabilità amministrativa), sia già stato sanzionato dall'Autorità amministrativa.

Ebbene, occorre rilevare che, mentre sul piano del diritto penale sostanziale non si rinvengono circostanze attenuanti speciali per l'ipotesi di attività di collaborazione o di *delación* da parte del Pubblico funzionario, ovvero del privato, coinvolto in una vicenda corruttiva, sul versante amministrativo l'art. 88 della *Ley General de Responsabilidades Administrativas* espressamente stabilisce invece che, in caso di confessione da parte del soggetto che abbia realizzato uno degli illeciti amministrativi gravi, quest'ultimo può beneficiare della riduzione delle sanzioni (amministrative), nei termini indicati dal successivo art. 89. Peraltro si noti che l'ordinamento messicano non è estraneo all'uso di meccanismi premiali in materia penale, come ad esempio previsto dagli artt. 35 e ss. della *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada* (applicabili ai reati espressamente indicati nella stessa *Ley*).

4.5. Perù

Per quanto concerne l'ordinamento penale peruviano, occorre evidenziare che l'art. 46 del CP *peruano*, così come modificato dalla Ley n. 30076 del 2016 (“*Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana*”), contiene un dettagliato elenco di ipotesi (al punto che taluni hanno parlato di “*exagerado casuismo*”: Prado Saldarriaga, 2015) che integrano circostanze attenuanti *genéricas*, come tali astrattamente applicabili a tutti i reati sanzionati nel sistema penale peruviano, il cui effetto è quello di determinare una riduzione della pena base di un terzo.

Tra le diverse circostanze contemplate dall'art. 46, nella prospettiva dei delitti di corruzione assume rilievo quella di cui alla lett. g), recante un'ipotesi di *arrepentimiento posterior al delito*: viene infatti valorizzato in termini di riduzione della pena il comportamento di chi si presenti “*voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad*” (si segnala che tale disposizione ha sostituito la precedente circostanza attenuante di cui al previgente art. 46, alinea 10, relativa al caso di “*confesión sincera antes de haber sido descubierto*”). Stante il tenore letterale della disposizione, la riduzione di pena può essere riconosciuta solamente a chi, senza alcuna pressione esterna (*voluntariamente*, appunto), confessi alle Autorità competenti la commissione di un reato.

Al di là di tali circostanze attenuanti comuni, il codice non contempla delle ipotesi di riduzione della pena specificamente dedicate ai delitti di corruzione.

Nonostante ciò, deve evidenziarsi che anche l'ordinamento peruviano prevede —nella prospettiva di agevolare l'attività investigativa in relazione a taluni reati di criminalità organizzata e ad altri gravi illeciti penali¹⁸— l'istituto della *colaboración eficaz* che, tuttavia, non

¹⁸ Come osservato da Sanchez (2004), l'introduzione della collaborazione efficace nasce dalla necessità di far emergere quelle forme di criminalità che si nascondono “en el anonimato u ocultamiento, luego de conocerse los primeros elementos indiciarios de delito de corrupción de funcionarios,

integra un istituto di diritto penale sostanziale, bensì di matrice processuale: più precisamente, nel sistema peruviano, viene configurato come un procedimento speciale, inquadrabile nel più ampio ambito della giustizia penale negoziale (la *colaboración eficaz* viene infatti definita come:

[...] un mecanismo de negociación penal que consiste, fundamentalmente, en el desarrollo de una actividad comisiva, tendiente a aportar a la autoridad en relación con: 1. La evitación de la producción del delito; 2. La evitación o atenuación de las consecuencias nocivas del delito ya consumado y/o 3. El acopio de los elementos de convicción necesarios para alcanzar cualquiera de los fines anteriores o garantizar la represión del delito a cambio de un determinado beneficio dentro de los legalmente establecidos (così Oré, 2016; v. anche San Martin Castro, 2015).

Disciplinato dagli articoli da 472 a 481-A del codice di procedura penale (dedicati, appunto al *proceso por colaboración eficaz*), il procedimento in questione si compone di quattro fasi (*iniciación, corroboración, celebración del acuerdo, control y decisión jurisdiccional*: per una sintesi, v. Rojas Lòpez, 2012; Aguilar Velasquez, 2017), si avvia su iniziativa dell'interessato (ossia di colui che è indagato/imputato, o è già stato condannato, per uno dei reati indicati dall'art. 474, co. 2 (tra i quali figura anche il delitto di *corrupción de funcionarios*)), oppure sul sollecitazione del Pubblico Ministero ed essenzialmente consente all'indagato o all'imputato di "scambiare" informazioni o elementi di prova, una volta che la loro utilità e rilevanza per le attività investigative sia puntualmente verificata (*recte*: "corroborata"; v. art. 473), con benefici sanzionatori che si manifestano in termini di riduzione o esenzione da pena, di sospensione dell'esecuzione della pena o di "*remisión de la pena*", in proporzione al grado di efficacia o importanza investigativa degli elementi forniti¹⁹, e anche in base alla fase processuale nella quale interviene (*investigación preparatoria*;

delitos de lesa humanidad y otros conexos a ellos, acontecidos en el Perú en la década pasada".

¹⁹ A mente dell'art. 475, co. 2, c.p.p., infatti "[e]l colaborador podrá obtener como beneficio premial, teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los siguientes: exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo».

durante il processo e prima della sentenza; dopo la pronuncia della sentenza). Più precisamente, la esclusione della pena può essere concessa solo nel caso in cui la collaborazione fornita consenta di evitare la commissione di un reato di speciale gravità, oppure di identificare e agevolare la reclusione di coloro che rivestano un ruolo apicale nell'organizzazione criminale, oppure ancora di:

“descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva, o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización” (art. 475, co. 5, c.p.p.).

Gli estremi dello “scambio negoziale” tra la Pubblica accusa e il collaboratore vengono formalizzati all'interno di un accordo (*acuerdo de colaboración*), il quale reca indicazione non solo dei benefici accordati e dei reati ai quali sono applicabili, ma anche gli ulteriori obblighi ai quali soggiace l'interessato (ad esempio, non abbandonare il Paese senza previa autorizzazione, o riparare il danno cagionato con il reato, ove economicamente possibile: cfr. art. 479 c.p.p.). L'accordo è quindi sottoposto al controllo giudiziale: il giudice competente (diverso in base alla fase nella quale interviene l'accordo (il *Juez de Investigación Preparatoria*, per l'ipotesi in cui l'*acuerdo* intervenga nella fase delle indagini ovvero nel caso in cui l'accordo sia raggiunto successivamente alla pronuncia della sentenza: cfr. art. 478, co. 3, c.p.p.; oppure del *Juez Penal*, avanti al quale è pendente il *proceso contradictorio*, se è durante tale fase a prendere avvio il procedimento speciale di *colaboración eficaz*) effettuerà sia una verifica della regolarità formale dell'accordo, sia una valutazione nel merito dei contenuti dell'accordo stesso, in particolare sul piano della proporzionalità tra la gravità dei reati commessi e l'entità dei benefici accordati. All'esito di tale analisi, il giudice potrà approvare o meno l'accordo: tale decisione può essere oggetto di impugnazione (art. 477, co. 4 c.p.p.).

4.6. *Comparazione conclusiva*

L'analisi condotta sui sistemi penali centro e sudamericani, diversi da quello colombiano, ha consentito di evidenziare come tutti gli ordinamenti considerati —con la sola “eccezione” rappresentata dal *CP federal* messicano— prevedono un insieme, più o meno ampio,

di circostanze attenuanti comuni, in quanto tali applicabili anche ai reati di corruzione, comprese le fenomenologie associate alla criminalità organizzata transnazionale (cfr. art. 41 c.p., per l'Argentina; gli art. 16, 65 e 66 c.p., per il Brasile; gli art. 11 e 12 c.p., per il Cile; l'art. 46, per il Perù).

Per converso, si è evidenziata l'assenza, in tutti gli ordinamenti esaminati, di circostanze attenuanti speciali previste per i soli delitti di corruzione.

Ciò tuttavia non toglie che, in linea peraltro con le indicazioni contenute nell'art. 26 della Convenzione di Palermo e nell'art. 37 della Convenzione di Merida (cfr. *supra*), nella maggior parte dei sistemi penali considerati (ancora una volta, l'eccezione è rappresentata dal Messico, atteso che l'art. 88 della *Ley General de Responsabilidades Administrativas* si riferisce ai soli illeciti amministrativi e non anche a quelli penali) siano stati introdotti degli istituti, variamente denominati (*arrepentimiento*, *colaboração premiada*, *cooperación eficaz*) in virtù dei quali viene accordato al reo un "premio", *sub specie* di riduzione della pena (quando non addirittura di esclusione della pena stessa), laddove quest'ultimo collabori con le Autorità procedenti.

Ferma la sostanza attenuante (o finanche esonerante) del beneficio sanzionatorio concesso, in via generale deve peraltro rilevarsi che i meccanismi collaborativi esaminati si presentano con forme giuridiche diversificate. Mentre in Brasile e in Perù la *colaboração premiada* e la *cooperación eficaz* assumono la natura di istituti processuali a matrice *negoziale*, disciplinati al di fuori del codice penale (nella *Lei* n. 12.850/2013, per ciò che concerne il Brasile; negli articoli da 472 a 481-A del codice di procedura penale, emblematicamente dedicati al *proceso por colaboración eficaz*, con riferimento al sistema peruviano), diversamente in Argentina può notarsi una connotazione "mista", sostanziale e processuale (infatti, accanto alle disposizioni di cui agli art. 195-208 del codice di rito, regolanti gli "*acuerdos de colaboración*" quali mezzi di prova, va ricordata la parallela disposizione sostanziale dell'art. 41 ter c.p., che indica, oltre ai contenuti che deve presentare la *delacion*, anche l'entità delle riduzioni di pena applicabili). Solamente in Cile, la *cooperación eficaz* è chiaramente configurata come un istituto di natura sostanziale (l'attenuante di cui all'art. 260 quater c.p.).

Pare peraltro opportuno porre a confronto gli istituti premiali dei vari Paesi esaminati, allo scopo di individuare —ferma ovviamente la diversità che li caratterizza (istituti di natura sostanziale, di natura processuale etc.)— eventuali profili di analogia e di diversità: tale analisi risulta funzionale a porre le basi per la successiva elaborazione di una proposta di strategia regolativa per l'America Latina, prima, e per la Colombia, poi.

4.6.1. La tipologia di reati che rilevano ai fini della collaborazione premiata

Innanzitutto, pare rilevante esaminare quale sia la tipologia di reati per i quali è ammissibile il ricorso ai meccanismi di collaborazione.

Da questo punto di vista, si osserva che l'art. 41 ter del codice penale argentino non si applica a tutti i reati, ma solo a quelli espressamente richiamati nell'elenco di cui al secondo comma della disposizione. Si tratta di un elenco eterogeneo, al cui interno compaiono, oltre ai più gravi tra i reati contro la pubblica amministrazione (Titolo XI, capitoli VI, VII, VIII, IX, IX bis e X), i delitti in materia di traffico di stupefacenti (*Ley 27.737*), *delitos adeuaneros*, le *acciones delictivas con finalidad terrorista*, alcuni delitti di natura sessuale (Titolo III, [*d*]elitos *contra la integridad sexual*, in particolare quelli disciplinati dal capitolo III), taluni reati “*contra la libertad individual*” (in tema di sequestro, *desaparicion de personas e tratas de personas*: art. 142 bis, 142 ter, 145 e 145 bis c.p.), il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 170 c.p.) e i delitti di “*asociación ilícita*” (art. 210 e 210 bis c.p.). Sono espressamente esclusi i *delitos de lesa humanidad*.

La *colaboração premiada* disciplinata dalla *lei* n. 12.850/2013 brasiliana è istituito processuale applicabile ai reati commessi nell'ambito di un'associazione criminosa, intesa come “*a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais*” che siano punite con pena della reclusione superiore, nel massimo, a 4 anni, ovvero aventi carattere transnazionale (art. 1, § 1).

Quanto all'ordinamento cileno, il nuovo art. 260 quater c.p., nel disciplinare l'istituto della *colaboracion eficaz*, stabilisce che lo stesso possa operare in relazione ai delitti di cui ai precedenti paragrafi 5, 6, 9 e 9bis del codice. Trattasi di reati tendenzialmente omogenei, ricompresi nel *Titulo quinto* del codice relativo a *de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos*, e più precisamente dei delitti di *malversación de caudales públicos* (§ 5), *fraudes y exacciones ilegales* (§ 6), *cohecho* (§ 9) e *cohecho a funcionarios públicos extranjeros* (§ 9).

Infine, l'art. 474, co. 2, del *Código Procesal Penal* peruviano contiene un elenco tassativo dei reati per i quali è possibile attivare il procedimento speciale di *colaboracion eficaz*. Anche in questo caso, si tratta tipologie di illeciti eterogenee tra loro, in quanto vengono in rilievo i delitti di *asociación ilícita*, *terrorismo*, *lavado de activos*, *delitos informáticos*, ma anche i *delitos contra la humanidad*, *trata de personas y sicariato* (lett. a), così come i reati di *concusión*, *peculado*, *corrupción de funcionarios* e i *delitos tributarios*, *delitos aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio*, *siempre que el delito sea cometido en concierto por pluralidad de personas* (lett. c). Inoltre, l'istituto si applica "*para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia*" (lett. b).

Quindi, dal punto di vista della tipologia dei reati per i quali è astrattamente previsto l'accesso a meccanismi di *arrepentimiento*, di *colaboração premiada* o di *colaboracion eficaz*, si osserva che (con l'eccezione del Cile, ove l'art. 260- quater c.p. opera solo in relazione a taluni tra i più gravi reati contro la pubblica amministrazione) i diversi Paesi esaminati non circoscrivono l'operatività degli istituti premiali ai reati di corruzione, ma li estendono anche ad altre forme gravi di criminalità, con particolare riferimento ai delitti di criminalità organizzata (l'*asociación ilícita* argentina e peruviana, l'*organização criminosa* brasiliana). Peraltro, solo l'ordinamento argentino espressamente stabilisce un limite normativo, escludendo dalle misure premiali i *delitos de lesa humanidad*.

4.6.2. La collocazione temporale della collaborazione

Il secondo parametro di comparazione è rappresentato dal profilo temporale. Si tratta di verificare cioè se i diversi ordinamenti stabiliscano un termine entro il quale la collaborazione deve essere prestata affinché possa attivarsi il meccanismo premiale.

Per ciò che concerne l'ordinamento argentino, l'art. 41 ter, co. 1 c.p., stabilisce l'ambito processuale della collaborazione nella “*su-stanciación del proceso*” in cui è coinvolto il soggetto che intende collaborare. In questo senso, la disposizione in parola sembra abbracciare la totalità del procedimento penale, consentendo di raggiungere l'accordo di collaborazione in qualunque momento del procedimento stesso. Occorre però considerare l'art. 3 della *ley* n. 27.304, il quale fissa un limite temporale più circoscritto: “[e]l acuerdo con el imputado arrepentido [...] deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente”.

Lo strumento processuale della *colaboração premiada*, disciplinato dalla *lei* n. 12.580 del 2013, non sconta invece limiti temporali: l'accordo con il Pubblico Ministero (poi oggetto di omologazione da parte del giudice) può essere raggiunto in fase di indagini, nel corso del processo e anche successivamente alla pronuncia della sentenza di condanna a carico dell'imputato (v. art. 4, § 5).

Con riguardo alla circostanza attenuante della *colaboración eficaz*, di cui all'art. 260 quater c.p., il riconoscimento della stessa non può che avvenire nell'ambito del procedimento a carico del potenziale collaboratore, entro il limite —riteniamo— della pronuncia dell'eventuale sentenza di condanna. Trattasi di un limite desumibile dalla disposizione dell'art. 260 quater, co. 3, c.p., in virtù della quale l'eventuale riconoscimento, da parte del Pubblico Ministero, che “*la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz*” (ai sensi del primo comma dell'art. 260 quater) deve intervenire “en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación”.

Infine, la *colaboración eficaz* preveduta dal codice processuale penale peruviano radica un *proceso especial* che può attivarsi in qualunque *etapa* del processo principale: durante la fase della *investigación preparatoria*, o addirittura *prima* l'interessato sia formalmente sottoposto ad indagini (art. 477 c.p.p.); durante *el proceso contradictorio en el Juzga-*

do *Penal y antes del inicio del juicio oral* (art. 478, co. 1, c.p.p.); dopo la pronuncia della sentenza di condanna (art. 478, co. 3, c.p.p.).

In definitiva, sotto il profilo temporale, i sistemi normativi esaminati (con l'eccezione della disciplina cilena e, parrebbe, anche di quella argentina) tendono a non stabilire dei paletti procedurali entro i quali l'eventuale collaborazione deve intervenire ma, nella prospettiva di favorire quanto più possibile la *delacion* dell'indagato, riconoscono rilevanza anche a collaborazioni attivate dopo la pronuncia della sentenza di condanna a carico dell'aspirante collaboratore. Ciò osservato, preme tuttavia rappresentare che la *fase* procedimentale nella quale interviene la collaborazione non è irrilevante, in quanto —come si avrà modo di esaminare a breve— l'offerta di informazioni è tanto meglio “remunerata” dall'ordinamento quanto più presto essa interviene nel corso del procedimento (o addirittura prima che un procedimento penale sia formalmente aperto a carico del *delator*).

4.6.3. L'oggetto della collaborazione

Nei sistemi ordinamentali esaminati si può cogliere un dato costante: le misure premiali possono essere concesse al *delator* o al *collaborator* a condizione che le informazioni da questi fornite siano concrete e oggettivamente utili, nella prospettiva di agevolare l'attività investigativa e di disarticolare “dall'interno” le diverse fenomenologie criminali a cui egli ha partecipato, tra le quali compaiono anche i delitti di matrice corruttiva. Solo al ricorrere di tale condizione la collaborazione viene considerata *eficaz* e il premio può dirsi meritato (significativa, ad esempio, la previsione dell'art. 4, *Ley* n. 27.304/2016 argentina, dove si indica, quale criterio di determinazione del beneficio riconoscibile all'*arrepentido*, quello della “*utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas*”).

In particolare, può osservarsi che i diversi legislatori nazionali hanno scelto di tipizzare il contenuto che l'informazione deve presentare, per poter assumere rilevanza ai fini della collaborazione e dei correlati benefici. La richiesta normativa è tendenzialmente omogenea, ferma la diversità di istituti volta a volta previsti. Così, in tutti gli ordinamenti si attribuisce rilievo solo a informazioni che

consentano di individuare gli altri compartecipi o i coloro che rivestono ruoli apicali nelle organizzazioni criminali (l'art. 475, co. 1, lett. c), del codice di procedura penale peruviano espressamente evidenzia il fine di informazioni sulla struttura e sul funzionamento dell'organizzazione: “*desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros*”); di prevenire la commissione di reati; di confiscare i proventi dei reati commessi. La *ley de arrepentido* argentina e la *Lei* n. 12.850/2013 brasiliana, inoltre, attribuiscono rilievo anche a informazioni che consentano di individuare il luogo nel quale si trovano *in vinculis* le vittime del reato (v. art. 41 ter del CP argentino, così come l'art. 4, n. V, della *Lei* n. 12.850 brasiliana, ove peraltro si precisa che la vittima deve avere “*sua integridade física preservada*”). Il sistema argentino, ancora, così come anche la disciplina peruviana in tema di *colaboracion eficaz*, riconoscono rilevanza in chiave collaborativa anche alle informazioni che consentano di identificare le fonti di finanziamento dell'organizzazione criminale (per l'Argentina, v. art. 41 ter c.p.; quanto al Perù, v. art. 475, co. 2, lett. d), c.p.p.).

4.6.4. Il beneficio astrattamente concedibile e i criteri di scelta

A fronte della collaborazione prestata, l'indagato o l'imputato potrà beneficiare di una o più misure premiali: salve le differenze contenutistiche di seguito segnalate, tutti gli istituti premiali analizzati prevedono, quale possibile effetto, quello della attenuazione della pena altrimenti prevista per il delitto per il quale si procede.

Ancora, tutti gli ordinamenti esaminati fissano a livello normativo la tipologia di benefici che possono essere astrattamente concessi al *colaborador* o all'*arrepentido*: entro quei limiti legali, è tuttavia assicurato un margine di discrezionalità più o meno ampio all'organo procedente nella individuazione in concreto del beneficio volta per volta concedibile.

L'art. 41-ter del Codice penale argentino prevede che il collaboratore possa beneficiare di una riduzione della pena fino all'equivalente previsto per la forma tentata del delitto per il quale si procede, con due precisazioni ulteriori: che in caso di delitti puniti con la *prisión y/o reclusión perpetua*, si può sostituire tale sanzione con quella di 15 anni di *prisión*; che la misura premiale non può comunque riguar-

dare “*las penas de inhabilitación o multa*”. A tale *beneficio principal* può peraltro accompagnarsi un effetto favorevole “indiretto”, in quanto l’art. 4 della *ley* n. 27.304 stabilisce che, laddove la riduzione della pena ai sensi dell’art. 41-ter appaia come probabile, tale prognosi potrà incidere anche sul piano cautelare, ai fini cioè “*de la excarcelación o de la exención de prisión*”.

Entro tale perimetro legale, l’individuazione del premio concretamente concedibile al collaboratore deve però avvenire tenendo conto di alcuni criteri, più o meno stringenti: ai sensi dell’art. 5, *ley* n. 27.304, si dovrà infatti considerare:

a) El tipo y el alcance de la información brindada; b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas; c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración; d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir; e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término.

Analogamente, la *Lei* n. 12.850 stabilisce che in caso di collaborazione effettiva e volontaria prima della sentenza di condanna, il giudice può, su richiesta delle parti, concedere “*o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos*” (art. 4), mentre laddove la collaborazione intervenga dopo la pronuncia della sentenza di condanna, allora si prevede che “*a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos*” (art. 4, § 5). La concreta misura del beneficio deve peraltro essere stabilita tenendo conto non solo della utilità concreta (in termini di ampiezza, precisione etc.) dell’informazione offerta ai fini della lotta alla criminalità organizzata (la *eficácia da colaboração*; v. art. 4, § 7, n. II-III), ma anche di una serie di parametri più generici, quali la “*personalidade do colaborador*”, la “*natureza*”, le “*circunstancias*”, la “*gravidade*” e la “*repercussão social do fato criminoso*” (art. 4, § 1), i quali evidentemente lasciano ampio margine di manovra all’organo procedente.

Oltre a ciò, si ricorda che laddove l’informazione riguardi illeciti (commessi nell’ambito della criminalità organizzata) di cui la Pubblica Accusa non aveva conoscenza, allora il Pubblico Ministero può decidere di “*oferecer denúncia*”, di rinunciare a perseguire il collabora-

tore, a condizione che questi non sia il “*líder da organização criminosa*” e che sia il *primo* ad aver fornito le informazioni (art. 4, § 4).

Decisamente meno dettagliate sono le indicazioni normative offerte dall’art. 260-*quater* del *Código Penal chileno*: il legislatore si limita infatti a stabilire, come visto *supra*, quali informazioni rilevano ai fini della concessione dell’attenuante in parola e a indicare l’entità massima della riduzione di pena accordabile dal *tribunal*, il quale può “*reducir la pena hasta en dos grados*”. Il dettato normativo non fissa tuttavia alcun criterio che possa orientare la scelta del giudice in concreto.

Infine, per ciò che riguarda la disciplina della *colaboración eficaz* peruviana, i benefici premiali astrattamente concedibili dal *Fiscal* (salvo il successivo controllo di adeguatezza del *juez*) sono quelli della “*exención de la pena*”; della “*disminución de la pena*” senza quantificazioni ulteriori; della “*suspensión de la ejecución de la pena*”, che può essere concessa cumulativamente alla attenuazione della sanzione (art. 475, co. 3, c.p.p.); della “*remisión de la pena para quien la está cumpliendo*” (art. 475, co. 2, c.p.p.). Se la collaborazione avviene successivamente alla pronuncia di sentenza di condanna, i benefici accordabili dal *Juez de la Investigación Preparatoria* su iniziativa del Pubblico Ministero sono “*la remisión de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena, la conversión de pena privativa de libertad por multa, la prestación de servicios o la limitación de días libres*” (art. 478, co. 3, c.p.p.).

Il legislatore peruviano ha peraltro precisato che la *exención de la pena* può essere applicata solo laddove l’informazione offerta dal collaboratore consenta di realizzare degli obiettivi specifici (“*evitar un delito de especial connotación y gravedad*”, oppure “*identificar categóricamente y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva*”, oppure ancora “*descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva, o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización*”: v. art. 475, co. 5, c.p.p.), e non può essere concessa a “*los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves*”: costoro potranno infatti accedere solo alla riduzione della pena o alla sospensione della pena, a condizione che le loro informazioni consentano di identi-

ficare “*miembros de la organización con mayor rango jerárquico*” (art. 475, co. 6, c.p.p.).

5. LA DISCIPLINA DELLE CIRCOSTANZE ATTENUANTI IN COLOMBIA

5.1. *Contesto legislativo e giurisprudenziale. Dal beneficio per la collaborazione al Principio de oportunidad*

Nell’ambito delle politiche criminali improntate alla cosiddetta “tolleranza zero”, la Ley n. 1474 del 2011 (“*[p]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”) ha comportato un significativo inasprimento della risposta punitiva per i reati in materia di corruzione. In particolare, con tale provvedimento normativo sono state aumentate le pene per alcuni reati, quali evasione fiscale, peculato colposo aggravato, arricchimento illecito, corruzione transnazionale; inoltre, sono state aggiunte al codice penale diverse condotte punibili, tra le quali figura l’omissione di controllo nel settore sanitario o la corruzione privata (v. Tamayo Arboleda & Ariza, 2021). Oltre agli inasprimenti punitivi ed alla introduzione di nuovi reati, la legge in questione ha inciso in senso rigorista sui termini di prescrizione, sui tempi e delle indagini e sui termini massimi della carcerazione preventiva per i soggetti indagati per reati contro la pubblica amministrazione o contro il patrimonio economico (Tamayo & Ariza, 2021).

Per quanto attiene alle circostanze attenuanti, vengono innanzitutto in rilievo le fattispecie circostanziali di carattere generale, applicabili (ove ne ricorrano i presupposti) a tutti i reati, compresi quelli di corruzione. In questo senso, si segnala che il Capitolo II del codice penale colombiano, nel dettare i criteri e le regole per la determinazione della pena (art. 54-65), all’art. 55 c.p. elenca una serie di “*circunstancias de menor punibilidad*”: tra queste, nella prospettiva dei delitti di corruzione, sembra particolarmente significativa l’ipotesi di chi,

dopo aver commesso il fatto, volontariamente si presenta all'autorità o eviti il rinvio a giudizio di un terzo innocente²⁰.

Oltre a tali istituti di portata generale, l'art. 401 c.p. (così come modificato dall'art. 25 della *Ley* 1471 del 2011) disciplina le “*circunstancias de atenuación punitiva*” applicabili al delitto di *peculato* (nelle loro diverse varianti di cui ai precedenti art. 397-400). Ai sensi di tale disposizione, sono previste delle attenuazioni di pena a fronte di condotte di tipo riparatorio da parte del reo: riduzioni che sono tanto più consistenti quanto più esse siano temporalmente tempestive e contenutisticamente ampie. L'art. 401 stabilisce infatti che:

Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corregiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte. Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.

Non è tuttavia prevista una disposizione analoga in relazione ai delitti di *cohecho*, disciplinati dagli art. 405-407, né in relazione al reato di *corrupción privada*, di cui all'art. 250-A c.p., a sua volta introdotto dall'art. 16, della già citata *Ley* n. 1474/2011.

Nonostante non siano attualmente previste, sul piano sostanziale, figure premiali per il caso in cui il soggetto, coinvolto in una dinamica corruttiva (anche con elementi di “internazionalità”) collabori con l'Autorità giudiziaria, fornendo elementi o informazioni utili per l'individuazione dei compartecipi, o dei proventi illeciti ottenuti dall'organizzazione etc. (a differenza di quanto accade in materia di concorrenza sleale: v. in particolare art. 14, legge n. 1340 del 2009). L'ordinamento colombiano ha previsto anche, nel corso del tempo, alcuni meccanismi *processuali* volti a consentire all'indagato, all'imputato o anche al condannato, di poter ottenere dei benefici sanzionatori laddove collaborino efficacemente con le Autorità procedenti.

²⁰ Art. 55, n. 7: “*Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros*”.

Più precisamente, nel *Código de Procedimiento Penal* approvato con *Ley* n. 600 del 2000, il *Título II* del *Libro III*, era specificamente dedicato alla figura del *beneficio por colaboración*, applicabile anche ai reati corruttivi. In particolare, a seconda del grado di utilità della collaborazione fornita, che comunque doveva essere *eficaz*, potendosi considerare tale, ai sensi ell'art. 413, co. 3, la collaborazione:

Quando al menos haya sido soporte de resolución de acusación, incautación de bienes y establecimiento de las fuentes de financiación o localización del secuestrado, salvo que por negligencia del funcionario no hubiese sido posible establecerlo, al reo poteva essere accordata una disminución de una sexta (1/6) hasta una cuarta (1/4) parte de la pena que corresponda al sindicado en la sentencia condenatoria, sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional en los términos previstos en el Código Penal e incorporación al programa de protección a víctimas y testigos (art. 413, co. 4).

Con il limite rappresentato dal fatto che, in nessun caso, sarebbe stato possibile concedere l'impunità totale e ferma la non necessità della confessione²¹.

Tale regolamentazione non è stata tuttavia confermata nel successivo *Código de Procedimiento Penal* del 2004 (*Ley* n. 906 del 2004, applicabile in relazione ai reati commessi dopo il 1 gennaio 2005). Nella prospettiva di decongestionare la giustizia penale colombiana è stato infatti adottato un nuovo paradigma processuale di stampo tendenzialmente accusatorio, nell'ambito del quale non solo si è attribuito un ruolo importante ai nuovi meccanismi di risoluzione anticipata del processo penale, ma dove ha anche trovato spazio il *principio de oportunidad* (stabilito dall'art. 250 della *Constitución Política*), che si pone come una eccezione al principio della obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e del *principio de legalidad*, e per il quale viene rimessa alla pubblica accusa la facoltà di non esercitare l'azione penale in relazione a talune notizie di reato (purché ricorrano specifiche condizioni e nel rispetto della *Política Criminal de Estado*) di modo da poter quindi focalizzare l'attenzione sulle manifestazioni di criminalità più gravi e pericolose (v. Lamardid Luengas, 2018).

²¹ Art. 413, co. 6: “*En ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena, ni estarán condicionados a la confesión del colaborador*”.

Il nuovo codice di rito non ha dunque rinunciato alla previsione di misure premiali, veicolate tuttavia per il tramite di meccanismi processuali di tipo negoziale finalizzati a consentire la definizione anticipata dei procedimenti e quindi ad evitare —ove possibile— le lungaggini del procedimento ordinario (articolato sulle due “tappe” della *indagacion* e *investigacion*, da un lato, e del *juzgamiento*, dall’altra).

Ai fini della presente analisi, assume rilievo innanzitutto il citato *Principio de oportunidad* al quale il Codice processuale penale del 2004 dedica una disciplina normativa *ad hoc* (art. 321-331), mediante la quale viene regolata la facoltà per l’Ufficio del Procuratore Generale della Nazione, da esercitarsi entro alcuni parametri di controllo giudiziale, di sospendere, interrompere o rinunciare all’azione penale, in una qualunque delle fasi del procedimento penale (*investigación* o *juicio*) e nei casi tassativamente elencati dall’art. 324 del codice di procedura penale.

Tra i diversi casi disciplinati dal citato art. 324, per ciò che concerne specificamente l’applicazione del *principio* rispetto ai reati di corruzione, merita attenzione particolare non solo il caso “generico” in cui “*el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada*” (art. 324, n. 5), ma anche, e soprattutto, il caso “specifico” in cui “*el autor o partícipe en los casos de cohecho formular la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado*” (art. 324, n. 18, ipotesi introdotta dalla *ley* n. 1474 del 2011). Con due ulteriori precisazioni: per un verso, si statuisce che i benefici verranno revocati se il corrotto o il corruttore “*incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento*” e, per altro verso, si prevede che “*el principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas*”.

Stando dunque all’art. 324 n. 18, per potersi applicare il *principio de oportunidad* in relazione ai delitti di *cohecho* (v. art. 405, *cohecho propio*, art. 406, *cohecho improprio*, e art. 407, *cohecho por dar u ofrecer*, del codice penale colombiano) sono previsti molteplici requisiti che devono essere tutti cumulativamente soddisfatti. Infatti è necessario

che il pubblico ufficiale, o il privato, coinvolto nella vicenda corruttiva, fornisca le informazioni necessarie ad avviare un'indagine (prima non pendente: se l'indagine è già stata avviata, non potrà invocarsi l'art. 324, n. 18), produca i relativi mezzi di prova e per di più testimoni (in modo *eficaz*) nell'ambito del procedimento penale contro le altre parti dell'accordo criminoso. Inoltre, costituisce condizione normativa il fatto che il denunciante abbia integralmente riparato al danno causato (v. Cifuentes, 2017: 86-113).

La *ratio* di tale previsione normativa è quella di combattere i fenomeni corruttivi dall'interno, spezzando la solidarietà criminale che intercorre tra corrotto e corruttore: si offre infatti l'impunità a chi si trasformi in *delator* del suo compartecipe, disincentivando la complicità che "fisiologicamente" viene generata dall'accordo corruttivo.

Ciò nonostante, sono stati sollevati dei dubbi circa l'opportunità politica e la compatibilità costituzionale di tale disposizione, soprattutto in ragione della tipologia di beneficio promesso (la impunità) al delatore.

Sin dall'entrata in vigore dell'art. 324, n. 18, è stata infatti evidenziata l'apparente eccentricità della previsione (offrire l'impunità dietro la delazione) rispetto alle altre direttrici normative che hanno animato la *Ley* n. 1474 del 2011, chiaramente finalizzate a promuovere una politica di *endurecimiento punitivo* in materia di corruzione: il rischio paventato è quello che la disposizione codicistica, lungi dal rafforzare la politica di prevenzione dei fenomeni corruttivi (nel senso che il dubbio, circa la possibilità che uno dei compartecipi possa "vendere" gli altri per lucrare l'impunità, dovrebbe spingere gli aspiranti rei a desistere dallo stipulare accordi corruttivi), finirebbe in realtà per stimolare le pratiche corruttive, potendosi contare sulla "carta" della delazione per ottenere la impunità futura.

Sul versante della compatibilità costituzionale dell'art. 324, n. 18, *Ley* 906/2004, non sembra fuori luogo ricordare che il codice penale colombiano prevedeva una disposizione, l'art. 143 (così come modificato dall'art. 24 della *Ley* n. 190/1995) che presentava un contenuto sostanzialmente sovrapponibile a quello dell'attuale art. 324 n. 18, c.p.p., e che tuttavia la Corte costituzionale colombiana aveva censurato (*sentencia* C-790 del 1996). In particolare, la Corte aveva

ritenuto che l'art. 143 generava un “*conflicto entre eficacia e impunidad*”, nel senso che se pure la disposizione *de qua* forniva un efficace strumento di lotta alla corruzione, l'utilizzo dello strumento in questione richiedeva un costo (l'impunità dell'autore o del compartecipe nel delitto²²) non giustificabile alla luce del *principio de moralidad de la función pública* e, possiamo aggiungere, alla luce del principio di eguaglianza. Osservava infatti la Corte che:

[...] las situaciones descritas, entre otras que podrían darse, conducen a la Corte a señalar que la norma acusada carece de un componente y una justificación moral y ética. El ofrecimiento del Estado, la extinción de la pena a cambio de la denuncia de uno de los autores o partícipes del delito, es un trueque inadmisibile, irrazonable, injustificado y no proporcionado a la finalidad que se persigue, la eficacia de la acción penal contra el otro autor o partícipe, que como se dijo antes, genera impunidad.

Tenuto conto della tendenziale sovrapponibilità di contenuti e di effetti (l'impunità) tra l'art. 143 e l'art. 324, n. 18, c.p.p., non può non residuare uno spettro di incostituzionalità sopra la disciplina vigente, quantomeno laddove si ritenesse, in linea con le indicazioni della *Corte Constitucional* del 1996, ancora prevalente il criterio della *moralidad de la función pública* sugli argomenti della efficacia nella lotta alla criminalità organizzata. I dubbi di incostituzionalità della disposizione risultano peraltro ancor più estesi se si evidenzia la difficile compatibilità dell'art. 324, n. 18, c.p.p., con le garanzie fondamentali della presunzione di innocenza, con il diritto a non auto-incriminarsi e anche con il principio di proporzionalità della pena rispetto al fatto di reato commesso.

Oltre al *principio de oportunidad*, un rapido cenno merita l'istituto processuale (di natura negoziale e con effetti premiali per il reo) dei c.d. *preacuerdos* che possono essere stipulati tra la *Fiscalia* e l'indagato o imputato (art. 348-354).

Come efficacemente espresso dalla *Corte Suprema de Justicia*, tali *preacuerdos* costituiscono:

²² “Una perdida por la impunidad que se genera al no perseguir penalmente a una de las personas que participaron en el ilícito”.

[...] *un acuerdo entre la Fiscalía y el imputado (o acusado) para la conclusión abreviada del proceso, mediante el cual este último se alana a los cargos a cambio del reconocimiento de consecuencias punibles más benignas a las que correspondería al delito en aplicación estricta del principio de legalidad*" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado n. 43837 de 2016. M.P: Hernán Jorge Ortega Carrascal).

Infatti, in virtù di tali accordi, chiaramente ispirati ai meccanismi di *bargaining* statunitensi, "*el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor*" (deve quindi accettare, in tutto o in parte, gli addebiti formulati a suo carico), mentre il Pubblico Ministero "*elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico*" oppure "*tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*" (art. 350). In particolare, a fronte dell'accettazione delle accuse, la pena inflitta all'indagato può essere ridotta fino alla metà (art. 351).

Tali benefici sono peraltro previsti per l'ipotesi in cui l'accordo venga raggiunto "*desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación*": laddove infatti l'accordo intervenga dopo la *presentación de la acusación*, ma entro "*el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad*", il beneficio concedibile è minore e consiste nella riduzione di un terzo della pena (art. 352).

E' bene sottolineare che lo scopo di tali accordi non è quello di ottenere informazioni utili ad agevolare la lotta contro tipologie gravi di criminalità, nonostante il Codice precisi che *el Fiscal*, in sede di stipula, debba tenere conto delle "*las pautas trazadas como política criminal*" dello Stato. La finalità dei *preacuerdos* è infatti di tipo prevalentemente deflattivo, come chiaramente indicato dallo stesso legislatore all'art. 348, dove si evidenzia che le *finalidades* sono quelle di "*humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso*".

Quanto al ruolo del giudice nell'ambito dei citati *preacuerdos*, l'art. 351, co. 4, c.p.p. stabilisce che egli è obbligato a riconoscerli,

salvo “*que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”. Occorre tuttavia osservare che la giurisprudenza colombiana ha interpretato in senso estensivo la portata del controllo che il giudice è chiamato a compiere in relazione a tali accordi. In particolare, muovendo dall’affermazione secondo la quale i giudici penali “*son también jueces constitucionales*”, la Corte costituzionale ha precisato che l’intervento del giudice a valle dell’accordo tra indagato e accusa pubblica:

[...] *al realizar el control de un preacuerdo no se limita a la verificación de aspectos formales, sino que se extiende a la verificación de que el mismo no solo cumple con los fines que el legislador previó para el empleo de este mecanismo, sino que también respetó los derechos de las partes y los demás límites previstos por el legislador. En suma, el tipo de análisis que le compete a los jueces penales corresponde a un control de límites constitucionales de los preacuerdos, no a un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría la figura* (Corte Constitucional de Colombia, 15.10.2019, Sentencia SU-479).

Infine, si evidenzia che nel 2019 è stato presentato un disegno di legge (*Proyecto de ley 008/2019*, nota come “*Ley Pedro Pascasio Martínez*”, “[*p*]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de análisis e incentivos de actos para combatir y prevenir la corrupción”), nell’ambito della quale è stata prevista l’implementazione di un meccanismo di *delacion premiada*, finalizzato a ricompensare chiunque porti a conoscenza dell’Autorità elementi utili e concreti in relazione a fatti di natura corruttiva (art. 2-6). Il meccanismo ipotizzato nel disegno di legge sarebbe accessibile tanto a soggetti terzi, estranei ai fatti denunciati, quanto a coloro che (privati o pubblici ufficiali) abbiano preso parte all’accordo corruttivo. Stando a quanto previsto dall’art. 5 della proposta, il *Gobierno Nacional* è chiamato a determinare “*la forma, cuantía, reconocimiento en beneficios laborales, vivienda, educación —en país y/o en el extranjero— y oportunidad de compensar económicamente para cada caso en particular, a los ciudadanos que cumplan integralmente lo previsto en la presente ley, cuando en virtud a su colaboración se prevenga y evite el saqueo de los recursos públicos*”, e nel caso in cui la segnalazione provenga da colui che ha partecipato alle attività corruttive, allora l’art. 4, lett. e), prevede la concessione di benefici disciplinari e pecu-

niari²³, salvo che non si tratti di un soggetto pubblico, in quanto in tal caso si prevede che l'azione disciplinare debba comunque essere iniziata (art. 5, co. 2).

5.2. *Analisi comparata del sistema colombiano con le indicazioni internazionali e con la disciplina normativa dei paesi di riferimento esaminati*

Analogamente a quanto esaminato in relazione agli ordinamenti degli altri Paesi latino-americani analizzati (con esclusione di quanto previsto dall'art. 260 quater c.p. cileno), anche il sistema giuridico colombiano non prevede una disciplina specifica per ciò che riguarda le circostanze attenuanti applicabili ai delitti di corruzione, ferma l'eccezione rappresentata dal delitto di *peculado*: come visto, l'art. 401 c.p. accorda infatti delle riduzioni di pena a fronte di condotte riparatorie dell'agente o del compartecipe.

D'altra parte, anche l'ordinamento colombiano segue la strategia politico-criminale intrapresa dagli altri Paesi dell'America Latina oggetto di analisi, prevedendo dei meccanismi normativi che sollecitano la collaborazione/delazione del reo a fronte della promessa di benefici sanzionatori. Trattasi di strumenti legislativi di natura processuale, espressione di un modello di giustizia penale negoziale, che si concretizzano in particolare nel c.d. *principio de oportunidad* (come ricordato *supra*, i c.d. *preacuerdos* —che pure possono condurre a riduzioni di pena— non presuppongono una collaborazione investigativa, ma richiedono “solamente” l'accettazione di una o più imputazioni elevate a proprio carico).

Infatti, tra i diversi casi nei quali il Pubblico Ministero può valutare di non esercitare l'azione penale pur dinanzi a un fatto di reato, ve ne è uno specificamente dedicato all'ipotesi in cui il pubblico ufficiale, oppure il privato, collabori con l'autorità, portandola a conoscenza di un fatto corruttivo e fornendo il necessario supporto probatorio

²³ “Beneficios, fiscales y disciplinarios, en caso de que el denunciante o quejoso, se encuentre inmerso o hubiere participado en los hechos materia de investigación, siempre y cuando sea acordado entre las partes”.

e testimoniale, nonché provvedendo a risarcire il danno causato (art. 324, n. 18): il premio per tale collaborazione è quello della rinuncia a perseguire penalmente il *delator*, che resterà pertanto impunito.

Tale previsione normativa —che, come ricordato sopra, solleva alcuni dubbi di opportunità politica e di compatibilità costituzionale— presenta un profilo di somiglianza con talune disposizioni previste dalla *Lei* n. 12.850/2013 brasiliana, con la disciplina peruviana in materia di *colaboración eficaz* e anche con la speciale causa di non punibilità stabilita dall' codice penale italiano: tutti gli istituti (*principio de oportunidad* colombiano; *colaboração premiada* brasiliana; *colaboración eficaz* peruviana; l'art. 323-ter, codice penale italiano) possono infatti condurre all'effetto della impunità per il delatore. Impunità che, si ricordi, stando alle indicazioni delle convenzioni internazionali può in astratto essere concessa dai singoli legislatori nazionali (v. art. 26 Convenzione di Palermo e art. 37 Convenzione di Merida).

Occorre però osservare che i sistemi giuridici consentono il riconoscimento del beneficio al sussistere di requisiti normativi ben differenti tra loro e che l'ordinamento colombiano fissa plurime condizioni di applicazione, per certi versi simili a quelle stabilite dall'art. 323 ter c.p. italiano. La *Lei* n. 12.850 brasiliana postula che il delatore non sia il capo dell'organizzazione che ha commesso gli illeciti "svelati" al Pubblico Ministero e che sia il primo a fornire tali informazioni; la disciplina processuale peruviana consente l'accesso alla *exención de la pena* solo laddove le informazioni consentano di realizzare obiettivi investigativi specifici e, inoltre, a condizione che il delatore non sia uno dei vertici dell'organizzazione criminale; l'art. 323 ter, c.p. stabilisce infine che l'impunità può essere concessa al compartecipe di un reato corruttivo solo se questi denunci volontariamente il fatto, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini (e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto), fornisca indicazioni utili per assicurare la prova del reato o per individuare gli altri responsabili e, ai sensi del comma 2, metta a disposizione il provento del reato o una somma di valore equivalente.

Come il citato art. 323 ter c.p. italiano, anche l'art. 324, n. 18, c.p.p. colombiano richiede plurimi requisiti: l'informazione fornita deve riguardare un fatto non noto alla Pubblica Accusa, dando origine alla *investigacion penal*; deve essere corredata da supporti probatori

utili in giudizio e dall'impegno a testimoniare; il denunciante deve reintegrare integralmente il danno. Il beneficio, inoltre, è concesso al pubblico ufficiale solo se egli sia il *primo* a denunciare il delitto.

Peraltro, i plurimi requisiti fissati dalla legge non risultano sempre di agevole concretizzazione pratica. In dottrina si è in particolare focalizzata l'attenzione sul presupposto della integrale riparazione del danno causato, sottolineandosi come “*en la casi totalidad de los delitos de cohecho, no existe detrimento patrimonial, ni perjuicio económicamente valorable a la administración pública*” (Cifuentes, 2017: 112), sicché il requisito in parola risulterebbe sostanzialmente impossibile da realizzare.

Inoltre, non può non osservarsi che il requisito per cui le informazioni fornite devono essere “*útil en el juicio*” appare generico e apre spazi di incertezza applicativa. Infatti, a differenza degli altri sistemi latino americani esaminati, dove viene stabilito a livello legislativo il *contenido objetivo* che l'informazione deve possedere (ad es., condurre a identificare la struttura gerarchica dell'organizzazione; individuare le fonti di finanziamento; scoprire i proventi dei reati etc.), il legislatore colombiano non ha specificato quale è l'oggetto delle informazioni, ma si è limitato a fissare uno standard generico di “utilità in giudizio” (analogo, per certi versi, al sistema italiano: anche l'art. 323-ter c.p. stabilisce che le indicazioni fornite debbano essere “utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili”): si pone così il problema della possibilità di concedere il beneficio al *delator* che abbia indicato gli altri compartecipi dell'accordo corruttivo e che abbia offerto degli elementi di prova che, tuttavia, non sono ritenuti sufficienti a *llevar a juicio* a carico dei compartecipi stessi. Analoghe considerazioni possono compiersi per l'obbligo di testimoniare in processo contro i denunciati: se il collaboratore testimonia contro i compartecipi, ma comunque questi vengano assolti, non vi è certezza che il *delator* possa beneficiare dell'impunità.

In definitiva, la disciplina colombiana in tema di *principio de oportunidad* e reati di corruzione sconta non solo dei consistenti dubbi di opportunità politica e costituzionale (il difficile equilibrio tra efficacia della repressione e prevenzione dei reati, promessa di impunità totale e principio di legalità; la compatibilità con la presunzione di

innocenza e il divieto di auto-incriminarsi) ma anche delle rilevanti incertezze di carattere applicativo, tali da rendere poco plausibile che, in concreto, un soggetto coinvolto in una vicenda corruttiva, il quale sappia di non essere indagato, si attivi per portare all'attenzione della Pubblica Accusa informazioni utili a scoprire l'accordo criminoso nel quale è coinvolto: il potenziale delatore si trova infatti a dover adempiere a molteplici requisiti, compreso il dover risarcire il danno e il dover testimoniare a carico degli altri compartecipi, senza avere certezza che i suoi sforzi siano sufficienti e con il rischio, quindi, di ritrovarsi alla fine privo del beneficio sanzionatorio (l'impunità) che mirava a realizzare.

6. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE. PROPOSTE PER UNA STRATEGIA DI SVILUPPO PER I PAESI LATINOAMERICANI

L'analisi condotta in chiave comparata dei diversi "livelli" regolativi (internazionale, regionale, nazionale) consente di evidenziare la tendenziale assenza di una disciplina normativa finalizzata a individuare delle specifiche circostanze attenuanti per i delitti di corruzione associati al crimine organizzato transnazionale.

Per ciò che concerne il piano internazionale, si è osservato come la mancanza di specifiche e precise indicazioni agli Stati parte circa la necessità di introdurre determinate figure circostanziali risulti coerente con la "filosofia" di fondo che anima gli sforzi finora profusi a livello internazionale: quella di individuare un comune "terreno" regolativo per facilitare la cooperazione dei diversi ordinamenti giuridici nazionali, senza ingerirsi tuttavia nelle scelte sanzionatorie specificamente operate da ciascuno Stato e quindi senza occuparsi di un profilo del tutto "ancillare" ed "eventuale" come quello delle circostanze attenuanti (ma il discorso è del tutto analogo per le aggravanti). L'unica indicazione che appare rilevante è quella (art. 26 Convenzione di Palermo, art. 37 Convenzione di Merida) riguardante la facoltà, per i singoli legislatori, di incentivare la collaborazione degli autori o dei compartecipi prospettando loro benefici sanzionatori, in termini di riduzioni di pena o finanche di impunità.

Spostando quindi l'attenzione al piano nazionale, l'analisi condotta sui diversi ordinamenti giuridici (Italia, Spagna, Stati Uniti, Argentina, Brasile, Cile, Messico, Perù e, infine, Colombia) ha consentito di evidenziare come, da un lato, in tutti i sistemi penali considerati siano previste delle circostanze attenuanti comuni (o comunque degli istituti che consentono al legislatore di ribassare la pena-base, valorizzando elementi di fatto che evidenziano un minore grado di colpevolezza: v. art. 51 e 52 del CP *federal* messicano, ad esempio), applicabili anche nel caso di delitti corruttivi associati alla criminalità organizzata e, dall'altro lato, che solo in alcuni ordinamenti sono previste delle specifiche circostanze attenuanti per i delitti di corruzione (in particolare, si tratta dell'ordinamento italiano che, all'art. 323 bis c.p., prevede delle riduzioni di pena per i fatti caratterizzati da "particolare tenuità" o per i casi di collaborazione e di ravvedimento, o dell'ordinamento colombiano con riferimento all'attenuante prevista dall'art. 401 c.p. per i delitti di *peculado*), mentre negli altri sistemi giuridici non si rinvengono delle circostanze attenuanti specificamente dettate per i reati corruttivi.

È invece sul versante della previsione di meccanismi di carattere premiale, indirizzati a chi sia coinvolto in una dinamica corruttiva e basati sull'incentivazione a collaborare con l'Autorità mediante la promessa di benefici sanzionatori, che si può cogliere un punto comune tra i diversi ordinamenti esaminati.

Pur diversificati sia dal punto di vista della natura giuridica di tali meccanismi, ora di matrice sostanziale (come ad esempio accade nell'ordinamento italiano, in quello spagnolo e in quello cileno), ora processuale (si pensi a quanto previsto dai codici processuali brasiliano e peruviano, rispettivamente, in materia di *colaboração premiada* e di *cooperación eficaz*, o anche dal codice di procedura penale colombiano del 2004 in tema di *principio de oportunidad* ai sensi dell'art. 324, n. 18, c.p.p.), oppure ancora di caratura "mista" (vedasi il sistema Argentino, di cui agli art. 195-208 del codice di procedura penale federale e di cui all'art. 41 ter del codice penale), gli ordinamenti esaminati accordano efficacia attenuante (e in alcuni casi, la totale impunità) a colui che abbia collaborato in modo efficace, ossia fornendo elementi concretamente utili, per la conduzione o per la prosecuzione delle indagini: in linea, peraltro, con quanto suggerito

dalle Convenzioni ONU di Palermo e di Merida, dove gli Stati venivano invitati a valutare l'introduzione di benefici premiali, in chiave di riduzione o di esenzione da pena, per chi avesse concretamente collaborato nella lotta contro (tre gli altri) i fenomeni di criminalità organizzata transnazionale e di corruzione.

I citati strumenti di collaborazione premiata presentano una indubbia utilità dal punto di vista pratico-investigativo, dal momento che consentono all'Autorità inquirente di "spalancare" una finestra sulle dinamiche interne, spesso altrimenti inaccessibili, della criminalità organizzata e degli accordi corruttivi: con le informazioni offerte dall'*intraneus* è possibile squarciare il velo di omertà e di solidarietà tra i correi, individuando ruoli, gerarchie, flussi di finanziamento, strategie operative e, inoltre, si rafforza l'efficacia preventiva della risposta sanzionatoria nei confronti dei fenomeni corruttivi. D'altra parte, la concreta attuazione pratica di tali strumenti solleva anche delle perplessità difficilmente superabili sul piano della loro compatibilità con i principi costituzionali che presiedono la materia penale e il giusto processo. L'offerta dell'impunità a favore del collaboratore non solo rischia di consegnare un'immagine indebolita dello Stato —incapace di stanare le manifestazioni criminose e "costretto" a chiedere l'aiuto degli stessi autori dei reati— ma soprattutto rischia di porsi in conflitto con i principi di proporzionalità della pena (a fronte di illeciti effettivamente commessi, lo Stato rinuncia alla pena) e di uguaglianza, nonché con le garanzie fondamentali fissate dalla presunzione di innocenza e dal divieto di auto-incriminarsi, nella misura in cui l'aspirante collaboratore è chiamato ad accettare le imputazioni eventualmente formulate a suo carico quale presupposto per avviare il dialogo con l'Autorità inquirente (v. per esempio l'art. 474, co. 1, lett. *b*), del codice del processo penale peruviano, che fissa il requisito per cui il collaboratore deve "*admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen*") o comunque a rivelare integralmente le informazioni di cui abbia disponibilità sui reati per i quali si procede (ad es., v. art. 3 § 3, *lei n.* 12.850/2013 brasiliana). I citati dubbi di opportunità politica e di compatibilità costituzionale dei meccanismi di collaborazione premiata risultano, per contro, più agevolmente superabili laddove la promessa di beneficio per il collaboratore si traduca in una riduzione di pena, in luogo della prospettiva dell'impunità.

A fronte di tali osservazioni generali pare possibile formulare delle ipotesi di sviluppo futuro delle diverse discipline nazionali in materia di circostanze attenuanti, in particolare in tema di benefici sanzionatori a fronte di collaborazione efficace. Le proposte evolutive tendono a suggerire, da un lato, una possibile strategia comune tra i diversi Paesi latinoamericani esaminati e, dall'altro lato, una strategia specifica per la Colombia.

6.1. Proposte per una strategia di sviluppo comune tra i paesi latino-americani

6.1.1. Sollecitare l'introduzione di meccanismi premiali di collaborazione (in particolare, il caso del Messico)

La previsione di strumenti giuridici, sostanziali o processuali, basati sullo "scambio" tra collaborazione concreta nelle indagini e promessa di benefici premiali, nel caso di reati di natura corruttiva, costituisce un elemento fondamentale della strategia di prevenzione e repressione di tali manifestazioni criminose: l'implementazione di tali strumenti premiali è suggerita a livello internazionale (Convenzione di Palermo e di Merida) ed effettivamente si riscontra la presenza di istituti di collaborazione "premiata" nei diversi Paesi dell'America Latina analizzati.

Si segnala tuttavia un'eccezione, rappresentata dall'ordinamento federale messicano, dove l'articolata disciplina "multilivello" racchiusa nel *Sistema Nacional Anticorrupción* non contempla alcun meccanismo in virtù del quale, a fronte dell'offerta di collaborazione concreta, utile, da parte del corrotto o del corruttore, lo Stato assicuri dei benefici sanzionatori al *delator*. Un istituto di questo genere è infatti disciplinato esclusivamente sul versante amministrativo-disciplinare (cfr. art. 88-89, *Ley General de Responsabilidades Administrativas*), ma non trova riscontro sul piano strettamente penalistico. Con l'effetto che il corruttore (privato) non ha nessuno stimolo a collaborare e il corrotto (pubblico ufficiale) potrebbe non trovare comunque conveniente l'offerta statale, in quanto limitata ai soli profili amministrativo-disciplinari.

Tenuto dunque conto che l'efficacia della lotta ai fenomeni corruttivi, soprattutto nei confronti di quelli associati alla criminalità organizzata di stampo internazionale, postula la tendenziale omogeneità della risposta sanzionatoria tra i diversi Stati, e considerato altresì che gli strumenti di collaborazione premiata offrono delle opportunità uniche di ampliamento e di rafforzamento della capacità di indagine e quindi di repressione nei confronti delle organizzazioni criminali (anche transnazionali), la mancata previsione da parte del sistema messicano di istituti di questa tipologia, sul versante delle conseguenze penali e non meramente amministrativo-disciplinari, rischia di aprire un punto debole nella linea difensiva degli ordinamenti latinoamericani contro la corruzione: in Messico, corrotti e corruttori difficilmente avranno interesse a collaborare, a fornire informazioni sulle attività dell'organizzazione criminale, sulla sua struttura gerarchica, sulle fonti di finanziamento etc., con l'effetto che la capacità investigativa e repressiva di tali fenomenologie criminali risulterà inevitabilmente inferiore che altrove.

6.1.2. Armonizzare i presupposti di accesso ai meccanismi di collaborazione

L'obiettivo delle diverse tipologie di misure premiali, a matrice collaborativa, previste nei singoli ordinamenti nazionali è di tipo pratico-operativo. La valorizzazione in chiave premiale della volontaria collaborazione alle indagini da parte dell'indagato, dell'imputato e (in alcuni casi) del condannato, si basa esclusivamente su dati oggettivi: ciò che "interessa" agli inquirenti non è la respiscenza del reo, ossia il fatto che quest'ultimo abbia compiuto un percorso di rivisitazione interiore, in senso critico, della condotta da lui tenuta. Talvolta l'ammissione del reato commesso costituisce un presupposto della collaborazione, ma ciò che realmente rileva è solo la concreta utilità investigativa dei contributi offerti dal reo, la loro idoneità a rivelare la struttura, i ruoli, le dinamiche di funzionamento dell'organizzazione criminale, o di identificare altri partecipi nel reato in cui egli è coinvolto, oppure ancora di scoprire altri e diversi fatti di reato non noti all'Autorità pubblica.

In questa prospettiva, si può osservare che non tutte le legislazioni penali esaminate subordinano la concessione dei benefici sanzionatori al requisito del fornire informazioni sulle fonti di finanziamento dell'organizzazione criminale (ciò è previsto dall'ordinamento Argentino e dal Perù). Eppure, si tratta di un dato fondamentale al fine di scoprire quali siano le "linee di ricchezza" che alimentano le associazioni, specialmente quelle di matrice transnazionale, per colpirle alle fondamenta della loro struttura. Si ritiene dunque opportuno che i singoli ordinamenti nazionali valutino l'opportunità di prevedere, quale condizione di accesso ai benefici (eventualmente anche in alternativa ad altre informazioni), che l'interessato indichi quali siano le fonti di sostentamento dell'associazione per delinquere.

6.1.3. Armonizzare gli effetti premiali riconosciuti in caso di collaborazione

Estremamente variegato risulta poi lo scenario relativo alla tipologia di premi che possono essere concessi al collaboratore, che spaziano dalla mera attenuazione e fino alla esclusione della pena, così come anche alla rinuncia da parte dell'Autorità inquirente di esercitare l'azione penale.

Premesso che sembra difficile ipotizzare una omogeneizzazione dei diversi ordinamenti giuridici, in quanto ogni proposta di modifica dovrebbe essere necessariamente calibrata sulle peculiarità del sistema normativo volta per volta esaminato (ad esempio, in ragione del fatto il meccanismo premiale operi come istituto di diritto penale sostanziale, oppure processuale e, in questo secondo caso, occorrerebbe altresì considerare se la disciplina procedimentale sia basata sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, oppure se al titolare dell'azione penale sia lasciato un margine di discrezionalità nell'esercizio della stessa), e considerato che la promessa dell'impunità costituisce (come intuibile) l'incentivo più appetibile per spingere il partecipante a collaborare, può tuttavia osservarsi che, nell'alternativa tra semplice attenuazione di pena e esclusione radicale di ogni conseguenza afflittiva, dal punto di vista della compatibilità con i principi fondamentali del diritto penale sembra astrattamente preferibile la via della mera attenuazione della sanzione. Infatti, il ricono-

scimento di una mitigazione della pena in virtù dell'oggettiva (utile) collaborazione prestata, non sembra porsi in contrasto frontale con il principio di legalità e, soprattutto, con il principio di proporzionalità della pena: contrasto che invece potrebbe sorgere laddove il reo, a fronte della collaborazione, dovesse essere posto al riparo da ogni conseguenza penale, pur a fronte di un reato effettivamente commesso.

La via dell'impunità potrebbe, eventualmente, essere esplorata qualora la collaborazione "investigativa" avvenisse in una fase assolutamente iniziale del procedimento (se non addirittura *prima* che l'autorità inquirente scopra il reato), così massimizzando l'utilità pratica delle informazioni fornite, e si accompagnasse anche a dei comportamenti idonei ad elidere l'offesa cagionata con il reato: ad esempio, si pensi a colui che, oltre a fornire informazioni utili per l'approfondimento delle indagini, consegni anche il provento del reato e risarcisca le persone danneggiate dal reato stesso (peraltro, con non poche difficoltà pratiche a quantificare il risarcimento a fronte di reati di corruzione). Dal punto di vista sistematico, il venire meno dell'offesa potrebbe infatti, astrattamente, giustificare il disinteresse dello Stato alla punizione.

D'altra parte, una strategia premiale capace di calibrare adeguatamente le esigenze di efficienza investigativa, da un lato, con i principi cardine del diritto penale –*in primis* quello di proporzionalità, dall'altro, potrebbe articolarsi attraverso una concessione graduata dei benefici, come accade nel sistema peruviano, dove la concessione della *exención de la pena* è subordinata ad alcuni requisiti specifici (art. 475, co. 5, c.p.p.) e, al di fuori di quei casi, il collaboratore può ottenere una riduzione della pena. Sulla scorta di tale modello, ad esempio, si potrebbe stabilire il premio dell'impunità per collaborazioni che intervengano nei primi momenti di sviluppo del procedimento, che rechino ampie informazioni (sulla struttura del sodalizio, sulle fonti di finanziamento etc.) e a condizione, altresì, che il collaborante metta a disposizione il profitto del reato e risarcisca (nei limiti del possibile) il danno. Diversamente, negli altri casi, si potrebbe invece limitare il beneficio alla riduzione di pena, peraltro graduandola ulteriormente a seconda della concreta utilità delle informazioni fornite (tenendo conto quindi di quanto eventualmente già rivelato da

altri soggetti) e della fase processuale nella quale la collaborazione intervenga.

6.2. *Proposte per una strategia di sviluppo per la Colombia*

Per ciò che riguarda l'ordinamento colombiano, una prima proposta di sviluppo in materia di circostanze attenuanti è quella di estendere anche ai delitti di corruzione l'ipotesi prevista dall'art. 401 c.p., e attualmente riferita al solo delitto di *peculado*, con la quale si riconosce una riduzione di pena per colui che tenga una condotta di tipo riparatorio-restitutorio prima dell'inizio delle indagini.

Infatti, la restituzione del provento del reato corruttivo, così come la riparazione del danno cagionato in ragione del mercimonio della pubblica funzione, contribuisce alla riduzione (se non all'eliminazione) dell'offesa arrecata con il reato: in chiave di proporzionalità, la concessione di una attenuazione di pena non pare eccentrica. Inoltre, la previsione di una circostanza attenuante speciale per i reati di corruzione, nella quale venga stabilito in termini normativi precisi sia il comportamento richiesto al reo, sia il beneficio che può conseguire (peraltro diversificato in base alla fase processuale nella quale la collaborazione interviene), sarebbe funzionale a garantire una maggiore certezza del diritto: a fronte di un impegno preciso richiesto al reo, questi saprebbe in anticipo e in modo "sicuro" quale premio l'ordinamento gli riconoscerebbe.

Tale certezza, per contro, non viene garantita dalla disciplina in tema di *principio de oportunidad* che, pur essendo un istituto di diritto processuale penale, si presta a valorizzare anche comportamenti che, in altri sistemi giuridici, integrerebbero delle fattispecie sostanziali di collaborazione premiata o di delazione premiata.

Infatti, l'art. 324, n. 18, c.p.p. indica molteplici requisiti affinché possa applicarsi tale *Principio* (e quindi affinché possano concedersi i premi correlati) in caso di reati di *cohecho*, tra i quali emerge il fatto che la collaborazione debba essere "*acompañada de evidencia útil en el juicio*". Il problema è che, come ricordato *supra*, a differenza di altri ordinamenti nazionali, il sistema colombiano non indica quale debba essere il contenuto delle informazioni che il collaboratore fornisce e,

pertanto, non viene fissato a livello normativo un parametro contenutistico che possa orientare l'aspirante collaboratore: al contrario, il legislatore colombiano si limita a stabilire uno standard generico, ossia che gli elementi probatori forniti dal *delator* siano "utili in giudizio", il cui superamento è rimesso alla discrezionalità dell'Autorità nel caso concreto.

In altri termini, il potenziale collaboratore dovrebbe compiere un "atto di fede": oltre a risarcire il danno causato, dovrebbe portare a conoscenza del Pubblico Ministero l'esistenza di reati corruttivi di cui quest'ultimo ancora non aveva informazione, fornendo una serie di prove a supporto di quanto affermato ed esponendosi come testimone nel procedimento aperto grazie alla sua delazione, ma *senza avere* la certezza che il proprio sforzo collaborativo verrà successivamente premiato in quanto, ad esempio, il giudice ritenga gli elementi adottati non sufficienti per *llevar a juicio* nei confronti dei compartecipi segnalati dal delatore.

Il tema è rilevante anche in una diversa prospettiva.

Sul piano del contenuto del beneficio ottenuto dal delatore, si ripropone infatti anche nell'ordinamento colombiano il problema della "moralità" (oltre che della compatibilità con il principio di proporzionalità) della scelta di concedere l'impunità a un soggetto che, comunque, ha partecipato alla realizzazione di un grave delitto contro la pubblica amministrazione. Se è vero che il contributo offerto dal collaboratore può avere un rilievo decisivo per scardinare dall'interno un patto corruttivo (o addirittura una associazione criminosa attorno alla quale orbita un sistema di corruzioni), e se pare quindi comprensibile la scelta dello Stato di incentivare le collaborazioni con la prospettiva dell'impunità può essere coerente con una moderna strategia di lotta alla corruzione, d'altra parte è necessario evitare che l'impunità concessa al delatore venga percepita dalla società civile come un ingiustificato privilegio.

Un punto di equilibrio tra le diverse esigenze in gioco potrebbe consistere nel subordinare il beneficio della esclusione della pena al fatto che l'*intraneus* fornisca informazioni fondamentali sulla struttura criminosa. In questo senso, sarebbe opportuno che il legislatore limitasse l'esercizio del principio di opportunità (in relazione ai reati

di corruzione) ai soli casi in cui, ad esempio, il collaboratore indichi all’Autorità giudiziaria chi siano i capi o i promotori dell’associazione, di modo da colpire “la testa” dell’organizzazione criminale.

Ancora, sempre nella prospettiva di garantire una maggiore certezza nell’individuare presupposti e contenuti che la delazione deve possedere affinché possa condurre alla concessione del beneficio, sarebbe opportuna l’elaborazione e la pubblicazione delle statistiche (da parte della *Fiscalía General de la Nación* delle statistiche relative all’applicazione del *principio de oportunidad* (oltre che della stipula dei *preacuerdos*) in materia di delitti di corruzione): si tratterebbe infatti di un utile contributo per comprendere ovviamente al netto delle peculiarità di ogni caso concreto quale sia lo standard di contenuti che deve presentare la collaborazione affinché possa essere considerata utile e, quindi, affinché possa condurre all’applicazione dei benefici.

REFERENZE BIBLIOGRAFICHE

Dottrina

- Aguilar, G. (2017). *La Colaboración Eficaz en el Proceso Penal Peruano*, Primera Edición.
- Almeida, A. & Pereira, F. (2016). “A Eficácia da Colaboração Premiada no Combate à Corrupção: O Efeito Dominó na Operação Lava Jato”. En: Prando, M.-Staffen & Ribeiro (Eds.). *Direito Penal e Constituição*. Brasília: CONPEDI.
- Alves, S. & Silva, E. (2017). “O instituto da delação premiada como forma de obtenção da verdade”. *MOARA – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Letras*. Vol. 47 Pp. 175-193.
- Ardizzone, S. (1995). “La proposta di semplificazione in tema di corruzione e i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto”. *Riv. trim. dir. pen. econ.* Vol. 8. Pp. 1 Et. seq.
- Bartoli, R. Pelissero, M. & Seminara, S. (2021). *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*. Torino: Giappichelli. Pp. 551 et. seq.
- Biglieri, A. & Casares, M. (2021), “Las dificultades en la incorporación de los compromisos internacionales contra la corrupción a los derechos nacionales y locales”. en Lopez Gonzalez S. P. & Gomez Pavon P. (Eds), *Delitos contra la administración pública y corrupción*. Ciudad de México: Editorial Tirant lo Blanch. Pp. 80-81.

- Chaparro, A. (2019). “¿Puede la delación compensada ser útil para el sistema de justicia penal chileno?”. *El Mercurio Legal*. Pp. 11-15.
- Cunha, R. (2014). *Colaboração Premiada Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado Lei nº 12.850/2013*. Salvador: Jus Podium, 2ª ed.
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- De La Rúa, J. & Tarditti, A. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Vol. 2*. Buenos Aires: Hammurabi. Pp. 523-524.
- De Magistris, G. (2014). *I delitti di corruzione in un confronto fra l'ordinamento italiano e spagnolo*, in *Dir. pen. cont.* Vol. 2. Pp. 1-57.
- Fiandaca, G. (2000). *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.* Pp. 833 Et. seq.
- Giraldo, R. (2017). “El principio de oportunidad en los delitos contra la administración pública. Análisis crítico” *Revista Pluriverso*. Vol. 9. Pp. 86-113.
- Gomez J. & Sivo, R. (2020). *Ley del “arrepentido”*. Buenos Aires: Hammurabi. Pp. 1-254.
- Gomez, G. (2011). *Comentarios al código penal*. Valladolid: Lex Nova. Pp. 1594 Et. seq.
- Greco, V. (2014). *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº12.850/13*. São Paulo: Saraiva Jur. Pp. 1 Et. seq.
- Grosso, F. (1994). “L’iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione tra utopia punitiva e suggestione premiale”. *Cass. Pen.* Pp. 2341-2347.
- Hairabedian, M. (2019). *Regimen penal y procesal penal del arrepentido y la delación premiada*. Buenos Aires: Ad Hoc. Pp. 1-147.
- Lamardid, A. (2018), *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Bogotá: Editorial Ediciones Jurídicas Morales. Pp. 63.
- Masullo, M. (2020). “L’emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali investigativi”. En: Fidelbo, G. (Ed.). *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla “spazzacorrotti” alla riforma dell’abuso d’ufficio*. Torino: Giappichelli. Pp. 75-102.
- Morales, F. & Rodriguez, M. (2009). “Comentario a Lib. II, Tit. XIX, Cap.V - Nuevo Código Penal”. En: Quintero Olivares, G. (Ed.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi. Pp. 171 Et. seq.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal, Parte especial, XVIII*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Pp. 1028 Et. seq.

- Muñoz, F. & Arán, M. (2010). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Pp. 484 Et. seq.
- Novo, N. (2017). *A importância do instituto da delação premiada*. Pp. 1 Et. seq.
- Nunes B. (2017). *Operação Lava Jato*, En: *Jus.com.br*. Pp. 1 Et. seq.
- Oré, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica. Vol. III Pp. 623-624.
- Ortiz, J. (2017). “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”. *Rivista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 3. (1). Pp. 39-70.
- Politoff, S. & Matus, J. (1999). *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. Santiago: Lexis Nexis. Pp. 229 Et. seq.
- Prado, V. (2015). “Las circunstancias atenuantes genericas del articulo 46 del codigo penal”. *THEMIS Revista De Derecho*, Vol. 68. Pp. 33-39.
- Righi, E. (2001). *Teoria de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi. Pp. 221-231.
- Rodrigues, M. (2017). “A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Vol. 3(1). Pp, 285-314.
- Rojas, F. (2012). “Alcances y Cuestiones Generales del Procedimiento Especial de Colaboración Eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal”. *Derecho & Sociedad*. Vol. 39. Pp. 52-60.
- Romano, M. (2019). *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano: Giuffrè. Pp. 387 Et Seq.
- San, C. (2015), *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: INPECCP. Pp. 871 Et Seq.
- Sánchez, M. (2013). “Cohecho”. En García, J., *Tratado de Derecho Penale Español. Parte especial, Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*. Vol. III. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 375 Et. seq.
- Sanchez, P. (2004). “Criminalidad organizada y procedimiento penal: La colaboración eficaz”. En: Hurtado, J. (Ed.), *Anuario de Derecho Penal de 2004. La reforma del proceso penal peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 245.
- Santos, M. (2016). *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm. Pp. 1 Et. seq.
- Stella F. (1994). “La *“filosofia” della proposta anticorruzione*”. *Riv. trim. dir. pen. Econ.* Pp. 937.
- Suxberger, A. (2020). “Colaboração Premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública”. En: de Vasconcellos, V.G. (Ed.) *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pp. 64.

- Suxberger, A. & Gomes, D. (2016). “Funcionalização e expansão do direito penal: o Direito Penal negocial”. *Revista de Direito Internacional*. Vol. 13 (1). Pp. 377-394.
- Tamayo, F. & Ariza, L. (2021). “Colombia”. En: Olasolo, Buitrago, Mané, & Sarmiento (Eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Pp. 237-263.
- Uriburu, G. (2021). “Análisis sobre la constitucionalidad de la ley del arrepentido”. *Revista Jurídica Austral*. Vol. 2 (1). Pp. 81-129.
- Ziffer, P. (2019). “Arts. 40/41”. En: Zaffaroni & De Langhe (Eds.). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi. Pp. 105-140.

Capítulo 3
Las circunstancias agravantes

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA*
JUAN CARLOS COLLANTES CAMACHO*
JESSIE LILIANA TREVEJO NUÑEZ*
LUIS ALEJANDRO YSHII MEZA*

-
- * Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y Doctor en derecho por la Universidad de Valencia (España). Catedrático principal de derecho penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia. Ha sido Presidente del Poder Judicial del Perú. Actualmente es Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Autor de varios libros y artículos de derecho penal y política criminal.
- * Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello de Cajamarca y con estudios de Maestría en derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido adjunto de docencia de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario General de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Actualmente es Relator de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Ha colaborado con la edición de varias publicaciones de derecho penal.
- * Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en corrupción y Estado de derecho por la Universidad de Salamanca y candidata a doctora por la misma casa de estudio. Ex Jefe de Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial. Secretaria Técnica de la Comisión de Integridad Judicial del Poder Judicial, Secretaria Técnica de sub sistemas especializados y de Comisiones de investigación del Poder Judicial. Coordinadora de equipos de trabajo en la Procuraduría Ad Hoc Anticorrupción y en la Procuraduría de Lavado de Activos. Asesora legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú. Consultora en temas de crimen organizado transnacional, lavado de activos, lucha contra la corrupción y cooperación judicial internacional.
- * Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en derecho penal por la Universidad San Martín de Porres. Candidato a doctor en derecho por la Universidad de León (España). Profesor de derecho penal en la Universidad San Martín de Porres y en la Pontificia Universidad Cató-

1. INTRODUCCIÓN

Los analistas han denunciado con insistencia que la corrupción constituye un factor determinante para el fortalecimiento y expansión transnacional que ha alcanzado la criminalidad organizada en el tercer milenio. Por ejemplo, refiriéndose al caso latinoamericano, Bartolomé (2020: 50) ha puesto de relieve que son tres los condicionantes etiológicos que han promovido de modo relevante el desarrollo y diversificación de dicho fenómeno delictivo en la región, “la corrupción, la impunidad y la fragilidad estatal. En cuanto al primero de ellos su ligazón con la criminalidad organizada es tan nítida que eximiría de mayores comentarios”. Igualmente, otros analistas han sostenido que en la actualidad la corrupción es un componente esencial para la actividad criminal de las “nuevas mafias”. Al respecto Tartaglia (2020: 1-2) ha mencionado que:

El crimen organizado moderno utiliza la corrupción como una herramienta privilegiada para operar. Se infiltra en la administración pública y en la economía por métodos no violentos que también se declinan mediante el ejercicio de actividades comerciales (lícitas e ilícitas, blanqueando los enormes capitales producidos por las actividades delictivas primarias). La corrupción, lavado de activos y empresas ilícitas permiten a las mafias trazar enteros ciclos económicos sobre vastos territorios.

Por su parte, algunos autores (Yshii, 2022) y ciertos organismos internacionales, como la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen (UNDOC, 2021), han considerado que la corrupción asociada con la criminalidad organizada ha adaptado con mayor facilidad y eficiencia sus estructuras operativas y negocios ilegales a escenarios virtuales que caracterizan la “nueva convivencia social” impuesta por la pandemia global del Covid-19 en la mayoría de los países (Riquert, 2023).

lica del Perú. Ha sido Alto funcionario del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú y también Secretario de Confianza en la Corte Suprema de Justicia de la República. Es autor de varias publicaciones sobre derecho penal.

Esta percepción, y realidad, que ponen en evidencia la importancia estratégica y táctica que tiene la corrupción para la criminalidad organizada contemporánea (tanto a nivel nacional como internacional), han motivado la formulación e implementación urgente de un amplio y variado sistema de políticas y estrategias dirigidas a potenciar el control frontal y efectivo de la corrupción pública y privada en los ámbitos internacional, regional y nacional. En ese contexto, diferentes organismos especializados (Maúrtua de Romaña, 2018) han requerido que los Estados adopten medidas punitivas más severas contra esas tipologías delictivas (Escribano Ubeda-Portugués, 2015). Asimismo, se ha puesto énfasis en la necesidad de asegurar que las disposiciones y procedimientos legales que activan los sistemas judiciales para la aplicación de penas, permitan una medición e imposición de sanciones punitivas más acordes con la trascendente entidad que tienen aquellos delitos y los bienes jurídicos comprometidos en la conciencia individual o colectiva de la ciudadanía.

Como resultado de tales demandas y propuestas reguladoras, en los últimos veinte años se han introducido sucesivas reformas legales en el derecho interno de los Estados, que se han caracterizado por su notable orientación sobrecriminalizadora de los comportamientos relacionados con prácticas de corrupción y criminalidad organizada. Una manifestación recurrente de esa actitud político-criminal ha sido la incorporación o ampliación de catálogos de circunstancias agravantes.

Al respecto, el sustento común de estas decisiones legislativas ha argumentado que tales hechos punibles merecen un alto grado de desvalor social, porque la corrupción afecta a la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, socava los principios de la buena administración, equidad y justicia social, desdibuja las reglas de la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y sus fundamentos. En consecuencia, debe recaer sobre sus autores y partícipes una mayor intensidad de reproche por el abuso de poder y el fraude a la confianza ciudadana que sus actos representan.

En coherencia con ello, el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (Convención ConsEur) planteaba ya en 1999 su pleno convencimiento de la necesidad de establecer un sistema

legal armonizado y eficaz en los niveles regional y universal para enfrentar la corrupción. Tal es así que un pasaje de su preámbulo destacaba esta tarea porque consideraba primordial la aplicación de una política penal común que buscara la protección de la sociedad contra la corrupción, e incluyese la adopción de la legislación pertinente, el establecimiento de mecanismos preventivos y la agilización de los mecanismos de cooperación internacional en materia penal.

En este capítulo se enunciarán las recomendaciones y principales propuestas que en materia de circunstancias agravantes recogen los principales convenios internacionales sobre corrupción y criminalidad organizada, a saber: (a) la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena 1988); (b) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo 2000); (c) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida 2003); (d) la Convención para combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 (Convención OCDE);

(e) la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (CICC) y los Informes Hemisféricos del Comité de Expertas y Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) sobre los Avances Jurídico Institucionales de los Estados Miembros de la OEA en Materia de Corrupción; (f) el ConsEur; y (g) las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la lucha contra la corrupción, y de 23 de octubre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el lavado de activos.

Asimismo, con enfoque comparativo se describirán los modelos de catálogos de circunstancias agravantes que han adoptado los sistemas nacionales de los países no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) de referencia en la presente obra colectiva, dedicando un apartado especial al derecho penal colombiano. Finalmente se concluye con un análisis comparado y toda una serie de recomendaciones para América Latina en general, y Colombia en particular.

2. SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La doctrina especializada ha destacado la condición autónoma o accesoria de las circunstancias frente al delito. Por consiguiente, si bien ellas no son parte integrante del hecho punible, su configuración y realización repercuten directamente sobre la pena aplicable. Mantovani (2015), por ejemplo, se ha referido a esa condición de las circunstancias señalando que “son elementos accidentales, accesorios del hecho ilícito. Como tales, no son necesarios para su existencia, pero inciden sobre su gravedad o interesan como índices de la capacidad de delinquir del sujeto, comportando una modificación, cuantitativa o cualitativa de la pena. Su presencia transforma el hecho ilícito simple en un hecho ilícito circunstanciado, agravado o atenuado”.

Ahora bien, al referirse la doctrina y la jurisprudencia penal a las circunstancias agravantes, se les ha identificado siempre como indicadores legalmente regulados, que hacen referencia a condiciones o situaciones de naturaleza objetiva o subjetiva de la realidad. Asimismo, al concurrir las circunstancias agravantes con la comisión de un hecho punible se desencadena una mayor desvaloración de la conducta criminalizada (intensificándose la antijuricidad del hecho punible), o un mayor grado de reproche social sobre su autor o partícipe (incrementando su culpabilidad). Como resultado, señalan Fiandaca y Musco (1997), este tipo de circunstancias determinan “un aumento de la pena conminada para el delito-base de tipo cuantitativo”.

En lo que atañe a sus efectos, se ha sostenido que las circunstancias atenuantes producen una mayor punibilidad o posibilidad de penalidad abstracta y concreta del delito. Por tanto, qué es propio de su utilidad funcional que las circunstancias agravantes autoricen al legislador y al juez a considerar siempre la aplicación de escalas punitivas, y penas más elevadas y severas (Prado Saldarriaga, 2018). Este efecto de sobrecarga punitiva de las circunstancias agravantes las coloca, pues, como una herramienta esencial y de primera línea en el marco de las estrategias contemporáneas de prevención, control y represión de la corrupción asociada a la criminalidad organizada nacional e internacional.

La literatura especializada se ha ocupado también de distinguir diferentes clases de circunstancias agravantes, distinguiéndolas sobre todo a partir de su modo de regulación, pero también atendiendo a las particularidades de su operatividad para potenciar la penalidad de los delitos. Comúnmente se suele reconocer la existencia en el derecho comparado de tres clases de circunstancias agravantes: genéricas, específicas y cualificadas.

Las circunstancias agravantes genéricas son aquellas que se regulan en la parte general de los códigos penales, y operan en la determinación de la pena concreta para cualquier clase de delito que carezca de circunstancias agravantes diseñadas específicamente para el mismo. Los textos legales suelen ubicarlas bajo la denominación de “circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”. Su eficacia consiste en promover una mayor punibilidad o posibilidad de aplicar al delito y al delincuente, una pena concreta mayor que aquella que correspondería al delito sin la presencia concurrente de tales circunstancias agravantes. Esto significa que la pena se proyectará siempre por encima del extremo mínimo de la escala penal fijada para cada delito como pena conminada o abstracta, pero sin rebasar nunca el extremo final o máximo legal de dicha escala punitiva (Prado Saldarriaga, 2019).

Las circunstancias agravantes específicas se prevén en la parte especial de los códigos penales, y están mayormente agrupadas en bloques que constituyen los denominados catálogos circunstanciales, y en normas penales diferentes a las que tipifican y reprimen los delitos. Por esta razón, es frecuente encontrar arts. que contienen catálogos circunstanciales, si bien pueden incluirse también como párrafos adicionales que van conexos a los mismos arts. donde se describen los delitos para los que se han diseñado (Prado Saldarriaga, 2019). Además, en algunas ocasiones, también se regulan agravantes específicas en disposiciones legales fuera del Código penal e integradas en leyes penales complementarias o accesorias a él (por ejemplo, el art. 4 del Decreto Legislativo 1106 que regula en el Perú las circunstancias agravantes específicas del delito de lavado de activos).

En cuanto a la operatividad y eficacia de las circunstancias agravantes específicas, es de destacar que ellas se limitan de modo exclusivo a interactuar en la determinación de la pena de los delitos para

los cuales han sido consideradas por el legislador, y en el marco de las escalas penales diseñadas para delimitar la mayor punibilidad que su concurrencia genera en la conducta punible (Prado Saldarriaga, 2018).

Las denominadas circunstancias agravantes cualificadas se distinguen claramente de las otras modalidades antes mencionadas, por el tipo de efecto que activan directamente sobre la estructura y composición jurídica de la pena conminada para el delito cometido, al alterar o crear un nuevo marco de penalidad conminada, que modifica y eleva los límites mínimos y máximos de la penalidad legal prevista para el delito. Generalmente, convierten el máximo de pena originalmente establecido en un nuevo mínimo, para luego autorizar la configuración de un nuevo máximo por encima de aquel, y sólo en la proporción que la propia ley determine (Prado Saldarriaga, 2019).

Para concluir con esta caracterización normativa y teórica de las circunstancias agravantes, es pertinente mencionar que los sistemas jurídicos se han ocupado también de establecer reglas vinculadas a la concurrencia de circunstancias, que se da cuando, en un mismo caso penal confluyen de manera simultánea o de modo sucesivo, varias circunstancias agravantes. Al respecto, se han desarrollado en el derecho comparado y en la doctrina penal varias alternativas de tratamiento que sugieren que en unos casos, se acumulan los efectos de aumento de la penalidad por la presencia plural de circunstancias agravantes compatibles, mientras que, en aquellos otros casos en los que concurren varias circunstancias agravantes incompatibles entre sí, se excluyen sus efectos. No obstante, las reglas que se establecen para atender y resolver estas dos situaciones varían según cada legislación (Prado Saldarriaga, 2018).

3. EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Los instrumentos internacionales y regionales diseñados para orientar la prevención y el control de las manifestaciones delictivas de la corrupción asociada a la criminalidad organizada, no han sido del todo precisos al formular recomendaciones acerca del tipo, ca-

racterísticas y efectos que resulten ser los más idóneos para la incorporación y regulación de circunstancias agravantes en el derecho interno de los Estados. Por ejemplo, la Convención de Mérida no incluye disposiciones al respecto, en el capítulo III correspondiente a la “Penalización y aplicación de la ley”. Lo mismo ocurre con la CICC, la cual pese a incluir una amplia y detallada tipología de delitos no alude en ninguno de sus arts. a la regulación de circunstancias agravantes. Tales vacíos en los documentos multilaterales especializados han ayudado poco a que los sistemas jurídicos nacionales coincidan en la configuración legal de agravantes reguladas, así como sobre las dimensiones de su eficacia de potenciación punitiva sobre los hechos punibles de corrupción.

Sin embargo, la situación es distinta en los instrumentos internacionales sobre delitos de criminalidad organizada, especialmente en aquellos referidos al tráfico ilícito de drogas o al lavado de activos. Tal es así que, el art. 3(5) de la Convención de Viena, formula algunas recomendaciones específicas para que en el derecho interno de los Estados suscriptores se opte por incluir determinadas circunstancias agravantes. Sobre todo, se ha insistido en la incorporación de aquellas relacionadas con la ejecución del delito desde una organización criminal, o cuando el autor o participe posee la condición de funcionario público, el hecho punible se realizó con abuso del cargo público que se ostentaba o el autor del delito era reincidente.

Por su parte, la Directiva 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal consignó expresamente en su séptimo considerando que “debido al impacto que los delitos de blanqueo de capitales cometidos por quienes ostenten un cargo público producen en la esfera pública y la integridad de las instituciones públicas, los Estados miembros deben poder considerar la posibilidad de prever sanciones más severas para los titulares de cargos públicos según sus respectivos marcos nacionales y de conformidad con sus tradiciones jurídicas”. Pero también dispuso la configuración de un listado de circunstancias agravantes que debían tomar en cuenta, entre otros, los siguientes supuestos: “(a) que el delito se haya cometido en el marco de una organización delictiva en el sentido de la Decisión marco 2008/841/JAI; o (b) que el autor sea una entidad obligada en

el sentido del art. 2 de la Directiva (UE) 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional”.

Lamentablemente, la Convención de Palermo no contiene esta pertinente recomendación, a pesar de incorporar en su articulado reglas específicas sobre “penalización de la corrupción”, e invocar a los Estados parte a castigar los hechos punibles tipificados en ella “con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos”.

Cabe destacar que el impacto legislativo de esta poco coherente actitud de los convenios internacionales frente a la regulación específica de las circunstancias agravantes, ha sido gravitante para el derecho comparado, el cual tampoco registra como una praxis usual la configuración de catálogos que contengan este tipo de circunstancias como se podrá apreciar más adelante.

4. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

Para una presentación sistemática y analítica de los modelos de regulación de las circunstancias agravantes en los diferentes sistemas jurídicos que comprende el estudio comparativo, hemos dividido a los países de la muestra en dos bloques. El primero, corresponde a los países no latinoamericanos y está integrado por España, Italia y Estados Unidos. Por su parte, en el segundo bloque estarán incluidos los países latinoamericanos que son Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. Finalmente, Colombia será objeto de una descripción y evaluación de manera separada de ambos bloques.

Es pertinente precisar, que en la gran mayoría de los sistemas jurídicos incluidos en la muestra se detecta la regulación de las tres modalidades de circunstancias agravantes a las que hemos hecho referencia, aunque con las particularidades propias de cada sistema jurídico, que iremos puntualizando al realizar el análisis comparativo integral.

4.1.1. España

El CP español de 1995 regula como circunstancia agravante genérica el que el delito sea cometido prevaliéndose del cargo público que ostenta el sujeto activo del hecho punible. Lo mismo ocurre con la reincidencia. Ambas se encuentran reguladas en el art. 22, el cual hace parte del capítulo IV relativo a “las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”.

Respecto a la circunstancia agravante genérica por prevalerse del cargo público, la jurisprudencia española ha marcado claras diferencias con los delitos de corrupción de funcionarios públicos que requieren un ejercicio ilícito de actos funcionales propios del cargo o autoridad que ostenta el agente del delito. En ese sentido se ha señalado que la “circunstancia agravante se refiere expresamente al prevalimiento del carácter público y no al abuso de la función por parte del autor, es decir, que el agente obra como particular más prevaliéndose de las funciones o carácter público que ejerce, haciendo valer su posición oficial para llegar al objeto propuesto, a la realidad del proyectado hecho. Aprovecha la cualidad de funcionario, pero no dentro de la actividad que le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su delictuoso móvil” (Amadeo Gadea, 2015). De allí, pues, que se considere que tal circunstancia agravante “es incompatible con todos los delitos en los que la condición de funcionario público es un elemento del tipo” (López Barja de Quiroga, 2010).

En lo que concierne a la reincidencia, esta sólo se configura de manera específica, ya que se exige que la condena previa se haya generado por la comisión de un delito “de la misma naturaleza”. Como precisa la doctrina española, el CP de 1995 “ya no contempla la reincidencia genérica” (Diez Ripollés, 2020). En efecto, se ha asumido que “la reincidencia supone la recaída en el mismo delito o en otro comprendido en el mismo título que el anterior delito” (López Barja de Quiroga, 2010). Esta circunstancia agravante sí puede ser aplicada a los delitos de corrupción que comentan los funcionarios públicos.

En cuanto a la regulación de circunstancias agravantes específicas, estas son muy limitadas y han sido considerados sólo para determinados delitos de corrupción. Por ejemplo, para los delitos de co-

rrupción en los negocios y competencias deportivas el art. 286 *quater* recoge, entre otras, el que la acción del autor no haya sido meramente ocasional o que los hechos hayan sido cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Luego, en lo que concierne al delito de tráfico de influencias que registran los arts. 428 y 429 del CP español, se adiciona como circunstancia agravante específica el que el autor de tales conductas “obtuviera el beneficio perseguido”. Y en el delito de malversación previsto en el art. 432 se consignan en su numeral 3 las siguientes circunstancias agravantes específicas: (a) causar un grave daño o entorpecimiento al servicio público; o (b) superar los 50.000 euros el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados. Además, si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados, excede de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Cabe señalar que los catálogos de circunstancias agravantes específicas son más frecuentes en los delitos de criminalidad organizada. En efecto, en los arts. 369, 369 *bis* y 370 del CP español, se incluye un nutrido listado de circunstancias agravantes específicas para el delito de tráfico ilícito de drogas. Lo mismo ocurre en los párrafos segundo y tercero del art. 570 *bis* que incorpora las circunstancias agravantes del delito de organización criminal. Coexisten también, circunstancias agravantes específicas para los actos de lavado de activos en los párrafos segundo y tercero del art. 301(1) y en el art. 302(1). En esta última disposición, se prevé una circunstancia agravante específica para tres grupos de sujetos: (a) el primero, conformado por los jefes, administradores o encargado de las organización dedicada a fines criminales; (b) el segundo, por los sujetos obligados especificados en las normas sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; y (c) el tercero, por cualquier persona que en el ejercicio de su actividad profesional, despliegue las actividades delictivas contempladas en el art. 301¹.

¹ En esta última disposición se configura la circunstancia agravante específica con la siguiente redacción: “1. En los supuestos previstos en el art. anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados

Cabe agregar, finalmente, que el art. 66 (5) del CP español recoge la multirreincidencia como circunstancia agravante cualificada². En torno a esta modalidad los juristas españoles también la designan como reincidencia cualificada y su regulación ha merecido severas críticas por la desproporcionalidad del efecto punitivo que genera, así como de cuestionamientos de constitucionalidad, pese a que el Tribunal Constitucional español ha legitimado su regulación y eficacia (Diez Ripollés, 2020).

Sobre la concurrencia de circunstancias agravantes, el derecho penal español establece en su párrafo primero reglas para la determinación de la pena en los numerales 3 y 4 del art. 66 del CP. En estas normas, se diferencia el aumento de la punibilidad a partir del número de circunstancias agravantes que estén presentes en la realización del delito. También, se regula una modalidad de concurrencia heterogénea entre circunstancias agravantes y atenuantes en el numeral 7 de la citada disposición legal, planteando la necesidad de aplicar una compensación de efectos para la individualización de la pena (Diez Ripollés, 2020).

La comunicabilidad de las circunstancias agravantes también cuenta con normas especiales, como el art. 65 del CP, que permiten resolver sobre su eficacia para la pluralidad de intervinientes en la

en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. También se impondrá la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional”.

² Según el art. 66 (5) del CP español: “Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

realización del delito, diferenciando su condición de autor o partícipe³.

Finalmente, cabe destacar que, en delitos de infracción de deber, como suelen ser la mayoría de los delitos de corrupción que tienen por autor a funcionarios públicos, contar con este tipo de regulaciones resulta ser de suma ayuda para las decisiones judiciales como lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo español en su jurisprudencia (López Barja de Quiroga, 2010).

4.1.2. Italia

El CP italiano de 1930 es uno de los de mayor antigüedad en Europa. Su articulado original ha sido objeto de múltiples reformas, y en torno a él se ha ido generando una amplia compilación de leyes especiales y complementarias. Una de las últimas reformas tuvo lugar a través de la denominada ley anticorrupción de 2019⁴. Sin embargo, su articulado no produjo cambio alguno sobre el régimen de circunstancias agravantes preexistente para los delitos de corrupción o de criminalidad organizada asociada a ellos.

Por tanto, la regulación de las circunstancias agravantes se mantiene integrada en las normas de las partes general y especial del CP, adoptando una estructura y sistemática muy propias de la tradición histórica legislativa del derecho penal italiano, que la distingue de

³ Según el art. 65 del CP español: “1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. 3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

⁴ Vid.: Legge n. 3-9, gennaio 2019, sobre *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*.

otros sistemas jurídicos (Mantovani, 2015). Además, la antigüedad de su articulado ha dado lugar a sucesivas renovaciones o ampliaciones en su redacción y configuración original, como se puede apreciar, por ejemplo, en el modo de regular las circunstancias agravantes del art. 112⁵, y en las que actualmente contiene el art. 61 bajo la denominación de circunstancias agravantes comunes⁶.

⁵ El art. 112 del CP italiano relativo a las *circostanze aggravanti* prevé lo siguiente: “*La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: 1) se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più salvo che la legge disponga altrimenti; 2) per chi, anche fuori dei casi preveduti dai due numeri seguenti, ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l’attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo; 3) per chi nell’esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza ha determinato a commettere il reato persone adesso soggette; 4) per chi, fuori del caso preveduto dall’articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l’arresto in flagranza. La pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, o con la stessa ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l’arresto in flagranza. Se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri o con questi ha partecipato nella commissione del delitto ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, nel caso previsto dal numero 4 del primo comma la pena è aumentata fino alla metà e in quello previsto dal secondo comma la pena è aumentata fino a due terzi. Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1, 2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile*”.

⁶ El art. 61 del CP italiano relativo a las *circostanze aggravanti comuni* establece lo siguiente: “*Aggravano il reato quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali le circostanze seguenti: 1) l’aver agito per motivi abietti o futili; 2) l’aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato; 3) l’aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell’evento; 4) l’aver adoperato sevizie, o l’aver agito con crudeltà verso le persone; 5) l’aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; 6) l’aver il colpevole commesso il reato durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato; 7) l’aver, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità; 8) l’aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso; 9) l’aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione*”.

De todas ellas, guardan relación con los delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada las circunstancias agravantes que se describen en el numeral 10 del art. 61, y las contenidas en los numerales 1 y 2 del art. 112. La primera porque alude a la comisión del delito con abuso de la función o del servicio público que desempeña el agente. Sin embargo, es pertinente señalar que la doctrina penal italiana ha precisado que operativamente, ella sólo puede producir sus efectos en “aquellos casos en los que el abuso de los poderes o la violación de los deberes del cargo no son elementos constitutivos del delito como en los delitos contra la administración pública” (Franceschetti, 2017).

Además, se ha sostenido igualmente que no es suficiente para que tal circunstancia agravante común se configure y tenga eficacia, el que el autor del delito ostente la condición de funcionario público, sino que se requiere que haya abusado de los poderes, o haya violado

o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto; 10) l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio; 11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità; 11-bis) l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale; 11-ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o formazione; 11-quater) l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere; 11-quinquies. l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza; 11-sexies) l'aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative; 11-septies. l'aver commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni; 11-octies. l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività”.

los deberes que le son propios de su condición funcional. Por lo que, resulta necesario e indispensable que “entre el abuso y el delito debe haber una relación, por lo menos en el sentido de que haya facilitado la ejecución del delito mismo” (Antolisei, 1960). En consecuencia, como señala Mantovani (2015), es necesario que el “abuso debe ponerse en relación de medio a fin con respecto al hecho cometido”.

Las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1 y 2 del art. 112 del CP italiano toman en cuenta la pluralidad de agentes que concurren de modo conjunto y organizado a la realización de un delito, lo cual de alguna manera, guarda conexión con la praxis operativa de los grupos criminales organizados de nuestra época. Sobre estas circunstancias, y salvando la distancia cronológica de sus comentarios, Antolisei (1960) destacaba que la razón de considerar tales circunstancias agravantes se justificaba por:

[...] la mayor capacidad criminal demostrada por los participantes en ellas considerados; la primera, concerniente a los promotores, organizadores y dirigentes también con el papel más importante que estos han tenido en la realización del delito. La cuarta circunstancia se justifica por la mayor alarma que normalmente produce el hecho cometido por un número considerable de personas y por las más elevadas posibilidades de éxito que presenta en tal caso el plan delictivo.

Una importante innovación en el régimen de circunstancias agravantes del derecho penal italiano ocurrió el año 2018, cuando se incorporó el art. 61 *bis*. Sobre todo, porque en dicho numeral se incluyó como agravante genérica el que en el delito haya intervenido una organización criminal con operatividad transnacional. Esto es, que se trate de una estructura criminal que desarrolla actividad delictiva en más de un país⁷.

⁷ El art. 61-bis del CP italiano, relativo a la *circostanza aggravante del reato transnazionale* prevé lo siguiente: “*Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà. Si applica altresì il secondo comma dell’articolo 416-bis.1°*”.

En lo que corresponde a las circunstancias agravantes específicas, llama la atención la parquedad legislativa que se detecta en el caso de los delitos de corrupción recogidos en el CP italiano. Por ejemplo, no se han incluido circunstancias agravantes específicas en los delitos de colusión y malversación de caudales. Solo se han considerado circunstancias agravantes específicas para algunas modalidades de los delitos de peculado (art. 316)⁸, corrupción de funcionarios (art. 319 *bis*)⁹ y de corrupción en procesos judiciales (art. 319 *ter*)¹⁰. Los otros delitos que contemplan circunstancias agravantes específicas, se refieren a modalidades de tráfico de influencia y se encuentran previstas por los arts. 346(2)¹¹ y 346 *bis* (3) y (4)¹².

⁸ El art. 316 del CP italiano relativo al *peculato mediante profitto dell'errore altrui* señala lo siguiente: “*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e il danno o il profitto sono superiori a euro 100.000*”.

⁹ El art. 319 *bis* del CP italiano relativo sobre *Circostanze aggravanti* establece lo siguiente: “*1. La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene nonché il pagamento o il rimborso di tributi*”.

¹⁰ El art. 319 *ter* del CP italiano relativo sobre *Corruzione in atti giudiziari* prevé lo siguiente: “*1. Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni. 2. Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni*”.

¹¹ El art. 346 del CP italiano, relativo al *millantato crédito* señala lo siguiente: “*1. Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 309 euro a 2.065 euro. 2. La pena è della reclusione da due a sei años e della multa da 516 euro a 3.098 euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di Dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare*”.

¹² El art. 346 *bis* del CP italiano, relativo al *traffico di influenze illecite* establece lo siguiente: “*1. Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319*

En contraste, la presencia de circunstancias agravantes específicas es más significativa en los delitos de criminalidad organizada, como el de organizaciones criminales o el de lavado de activos, tal y como se puede apreciar en los arts. 416¹³, 416 bis (1)¹⁴, 648 bis¹⁵, 648 ter¹⁶ y 648 ter (1)¹⁷ del CP italiano.

e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. 3. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. 4. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività Giudiziarie 5. Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita".

¹³ El art. 416 del CP italiano, relativo a la asociación per delinquere prevé lo siguiente: "Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori. Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più. Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 601-bis e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-bis, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma. Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma".

¹⁴ El art. 416 bis.1 del CP italiano, relativo a las circunstancias agravantes e attenuantes per reati connessi ad attività mafiose señala lo siguiente: "Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste all'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà. Le circostanze attenuanti, di-

verse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante. Per i delitti di cui all'articolo 416-bis e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà. Nei casi previsti dal terzo comma non si applicano le disposizioni di cui al primo e secondo comma".

- 15 El art. 648 bis del CP italiano, relativo al riciclaggio establece lo siguiente: "1. Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 euro a 25.000 euro. 2. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale. 3. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. 4. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648".
- 16 El art. 648 ter del CP italiano, relativo al Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita prevé lo siguiente: "1. Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648-bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 euro a 25.000 euro. 2. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale. 3. La pena è diminuita nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo 648. 4. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648".
- 17 El art. 648 ter.1 del CP italiano, relativo al autoriciclaggio prevé lo siguiente: "1. Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. 2. Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. 3. Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152,

Sobre la presencia de circunstancias agravantes cualificadas, la legislación penal italiana ha incluido históricamente la reincidencia, la cual aparece regulada en el art. 99 del CP¹⁸.

Un aspecto que adquiere relevancia particular en la normatividad italiana sobre las circunstancias agravantes es el que corresponde a las reglas que rigen la concurrencia de circunstancias agravantes. Sobre esta materia tratan los arts. 66 (relativo a la concurrencia homogénea de varias circunstancias agravantes genéricas)¹⁹ y 69 (que se

convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni. 4. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale. 5. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. 6. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. 7. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648'.

¹⁸ El art. 99 del CP italiano, relativo a la *recidiva* señala lo siguiente: “1. Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo. 2. La pena può essere aumentata fino alla metà: 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole; 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena. 3. Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà. 4. Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi. 5. Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto. In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo”.

¹⁹ El art. 66 del CP italiano, relativo a los *Limiti degli aumenti di pena nel caso di concorso di più circostanze aggravanti* establece lo siguiente: “Se concorrono più circostanze aggravanti, la pena da applicare per effetto degli aumenti non può superare il triplo del massimo stabilito dalla legge per il reato, salvo che si tratti delle circostanze indicate nel secondo capoverso dell'articolo 63, né comunque eccedere: 1) gli anni trenta, se si tratta della reclusione; 2) gli anni cinque, se si tratta dell'arresto; 3) e, rispettivamente, euro 10.329 o euro 2.065, se si tratta della multa o dell'am-

refiere a casos de concurrencia heterogénea de circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes)²⁰. De las regulaciones establecidas se puede inferir que, para el primer caso, rige la acumulación de los efectos agravatorios, mientras que para el segundo supuesto se adopta un criterio de prevalencia o compensación entre los efectos agravantes y atenuantes según predominen unos sobre los otros. Sin embargo, siempre se establecen límites de punibilidad concretos para cada situación.

Finalmente, el sistema penal italiano regula de manera muy particular sobre la comunicabilidad e incommunicabilidad de los efectos agravantes cuando varias personas intervienen en el delito como autores o partícipes. Efectivamente, el art. 118 del CP precisa que sólo son incommunicables las circunstancias agravantes de tipo subjetivo incluyendo la reincidencia. En cambio, como se viene afirmando desde la doctrina histórica italiana, “las circunstancias objetivas sean agravantes o atenuantes, se tienen en cuenta a favor o en contra de todos los que participan en el delito, aunque no fueran conocidas por ellos” (Antolisei, 1960).

menda; ovvero, rispettivamente, euro 30.987 o euro 6.197 se il giudice si avvale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'articolo 133-bis”.

²⁰ El art. 69 del CP italiano, relativo al *concorso di circostanze aggravanti e attenuanti* prevé lo siguiente: “*Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti. Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti. Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato”.*

4.1.3. Estados Unidos

El sistema jurídico norteamericano ha procurado, a partir de mediados de 1970, configurar un sistema unificado de determinación de la pena para los delitos federales. Los resultados de este proceso se concretaron en un conjunto de directivas y manuales operativos que fueron integrados en las *USSG* para la aplicación de la pena. Estas directrices son, en general, mucho más flexibles que aquellas que recogidas en los códigos penales de origen y estructura euro-continental como los anteriormente analizados y los latinoamericanos (como se aprecia, por ejemplo, en el art. 46 del CP peruano, que incluye un catálogo cerrado con 14 circunstancias agravantes genéricas, el cual viene acompañado en el art. 45-A de un esquema rígido para aplicarlas) (Prado Saldarriaga, 2016).

El objetivo del sistema norteamericano es impulsar la uniformidad e impacto de las circunstancias agravantes sobre la pena aplicable para cada delito y delincuente. Como explica Zysman Quiroz (2013), “la tabla es un cuadro de doble entrada, en el que se mide la gravedad del delito y la historia delictiva. Esta intersección señala un rango expresado en meses, para resolver la determinación de la pena”.

Las circunstancias agravantes de la pena van aparejadas al tipo de delito cometido, así como a las características y formas de la participación punible (como, por ejemplo, la crueldad, la falta de remordimiento y las condenas previas por otros delitos). Su presencia genera una pena más severa para el condenado (Cornell University, 2023). Mientras las circunstancias agravantes recogidas en el 18 *US Code* son de aplicación obligatoria a nivel federal, las previstas en los *USSG* son discrecionales para los jueces (salvo que la ley determine expresamente su aplicación)²¹. Además, según la Corte Suprema, un

²¹ Si bien a partir de los casos *Booker vs. Estados Unidos* (Certiorari to the United States court of appeals for the seventh circuit. No. 04-104. Argued October 4, 2004. Decided January 12, 2005) y *Rita vs Estados Unidos* (Certiorari to the United States court of appeals forty fourth. No. 06-5754. Argued February 20, 2007. Decided June 21, 2007), los *USSG* dejaron de ser de aplicación obligatoria en tanto se apliquen penas “razonables”, la judicatura norteamericana continúa admitiendo que la *USSG* contiene princip-

jurado sólo puede utilizar circunstancias agravantes para imponer una pena más severa de lo normal cuando halle que los factores para incrementar la pena parecen ciertos, más allá de toda duda razonable (*Cunningham v. California*, 549 US. 270 (2007)) (Cornell University, 2023)²².

En lo que atañe a su regulación y efectos punitivos, las circunstancias agravantes varían según la condición del delito. Al respecto, es de tener en cuenta que el sistema federal distingue y categoriza las infracciones penales adscribiéndoles la condición de delitos muy graves (pena de diez años o más de prisión), graves (pena superior a un año de prisión) o menos graves (*petty offense* o *misdemeanor*)²³.

ios y presupuestos necesarios y razonables para la correcta aplicación de las penas al momento de determinar su gravedad y, por tanto, su naturaleza cualitativa y extensión cuantitativa. Esto último se ha visto reflejado en una variada línea jurisprudencial tratada en varios fallos de la Corte Suprema norteamericana (*Zysman Quiroz*, 2013: 175-203).

²² Para los casos de aplicación de pena de muerte, la Corte Suprema ha señalado además en el caso *Loving v. U.S.*, 517 U.S. 748 (1996) que la Octava Enmienda requiere factores agravantes adicionales con alta demostración de culpabilidad para justificar la imposición de la pena capital, como el hecho de ser asesinado mientras se cumple con el deber de comisario (*Magwood v. Patterson, Warden, et al.* 561 U.S.320 (2010)). Además, autorizar a un juez a encontrar las circunstancias agravantes para justificar la pena de muerte no contraviene, según la Corte Suprema, la Sexta Enmienda, ni el derecho a ser juzgado por un jurado (*Hilwin v. Florida*, 490 U.S. 638 (1989)).

²³ De su categorización dependerá su adecuación a las subclasificaciones contenidas en las tablas A, B, C, D y E, así como la gravedad que tendrá la pena a imponer al autor o partícipes del hecho punible. El procedimiento penal establecido en el US Code (CP federal de los Estados Unidos), en la parte relativa al procedimiento penal, establece las definiciones y reglas vinculadas al concepto de delito. Vid. 18 U.S.CODE. Code Part II. Criminal Procedure. Chapter 227. Sentences. Subchapter A – General provisions. A diferencia, pues, de lo que ocurre con los sistemas penales euro-continentales en el sistema estadounidense tales disposiciones no se incluyen en la parte general del código penal sino en la correspondiente al procedimiento penal e incluyen las penas autorizadas, los informes prejudiciales, la imposición de la pena, la orden de decomiso penal, la orden de notificación a las víctimas, la orden de restitución, la revisión de la pena, la implementación de una pena y la clasificación de las penas para los delitos.

Además, el *US Code* explica el modo general en que los jueces deben aplicar para determinar la pena lo dispuesto en los USSG²⁴, incluyendo los siguientes aspectos: (a) la víctima (la razón agravante toma en cuenta la motivación de odio o la mayor vulnerabilidad de la víctima, en delitos de terrorismo o contra los derechos humanos); (b) la conducta del acusado en el delito (agravante que se configura sobre la base de la conducta que desplegó el acusado en la comisión del delito y es aplicable a todas las clases de delitos); (c) la obstrucción de la justicia; y (d) la existencia de múltiples condenas (agravante referida al historial delictivo del acusado y su condición equivalente a la reincidencia).

Particularmente, relevantes para este trabajo son las circunstancias agravantes relativas al abuso de la posición de dominio o al uso de habilidades especiales, tales como: (a) si el acusado fue un organizador o líder de una actividad delictiva que involucró a cinco o más participantes o fue extensiva (cuatro puntos); (b) si el acusado era un gerente o supervisor (pero no un organizador o líder) y la actividad delictiva involucró a cinco o más participantes o fue extensiva (tres puntos); (c) si el acusado fue un organizador, líder, gerente o supervisor en cualquier actividad delictiva distinta a la de ser organizador (dos puntos); y (d) si el acusado abusó de una posición de dominio pública o privada, o utilizó una habilidad especial, de manera que facilitó significativamente la comisión u ocultación del delito (dos puntos). Estos ajustes no son aplicables si el abuso de confianza o de habilidad está incluido en el delito base, o en la característica específica del delito.

²⁴ Al respecto, se precisa que el tribunal impondrá una pena del tipo y dentro de los rangos establecidos, salvo que el tribunal asuma que en el caso concurre una circunstancia agravante de un tipo o grado no considerado adecuadamente, y que por tal circunstancia agravante se tendría que imponer una penalidad diferente a la considerada en la USSG. En estos casos, la ausencia de una Directriz sobre la pena aplicable habilita al tribunal para aplicar la pena que estime apropiada. En tales supuestos, además, y siempre que no se trate de un delito menor, el tribunal podrá también tener en consideración para su decisión punitiva la relación de la pena que ha de aplicar con las penas que debe imponerse según las Directivas para otros delitos o delinquentes con características o condiciones similares.

Para imponer las penas privativas de libertad, multa e inhabilitación a un condenado por delitos de corrupción de carácter federal, el juez sigue las reglas, niveles y rangos que la ley federal ha establecido para cada tipo de delito, sin embargo, incluso con las agravantes, como en los casos de encubrimiento, la puntuación para imponer la pena no excede de 30. Una vez que el juez determina el nivel del delito y categoriza los antecedentes penales, él consulta la US Sentencing Table con el fin de obtener el rango de la pena aplicable (expresado en meses). Al juez solo le está permitido dictar en sentencia, una pena por encima del rango que define la *Sentencing Table*, hasta el máximo que autorice por ley.

4.1.4. Análisis comparado

Los tres sistemas jurídicos no latinoamericanos analizados configuran sus catálogos de circunstancias agravantes de manera muy diferente. Si bien, en los sistemas europeos prima la regulación taxativa, y por tanto limitada, de circunstancias agravantes genéricas, específicas, y cualificadas, en el sistema norteamericano la amplitud, dispersión, y complejidad de los supuestos agravantes considerados es su nota distintiva (Zysman Quiroz, 2013).

Sin embargo, las notorias diferencias detectadas trascienden el impacto que en términos de incremento de la pena, generan las diferentes clases de circunstancias agravantes. Esto se debe a los procedimientos heterogéneos de determinación de la pena que se aplican en cada uno de los sistemas jurídicos evaluados. En efecto, la búsqueda de una pena justa (en el sentido de merecida) que procura el modelo norteamericano a través de sus complejas reglas de individualización de la pena (Zysman Quiroz, 2023), contrasta con la discrecionalidad que se concede al juez en el derecho italiano (Mantovani, 2015) y, con el detalle reglado y cuasi aritmético que rige para la determinación de la pena en el sistema español (López Barja de Quiroga, 2010). En consecuencia, tan notables variantes legislativas hacen que resulte poco útil o relevante intentar valorar comparativamente bondades o defectos en el modo de la regulación de las circunstancias agravantes que se han diseñado en cada país.

En todo caso las mayores similitudes se dan únicamente en cuanto a las circunstancias agravantes que están reguladas en el CP italiano y el CP español²⁵. Sin embargo, autores muy familiarizados con los modelos eurocontinentales, como Zysman Quiroz (2013), estiman que estos sistemas buscan alinearse al modelo norteamericano desde las últimas décadas del siglo pasado, situación que, antes o después, terminará también trasladándose al escenario de las circunstancias agravantes.

Ahora bien, tomando en cuenta los objetivos y estándares internacionales anticorrupción vigentes (CNUCC, 2003), resulta pertinente la inclusión en todos los sistemas jurídicos no latinoamericanos de circunstancias agravantes específicas que permiten sancionar con mayor severidad los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado que tienen la condición de personas expuestas políticamente (PEP) como, por ejemplo, los jefes de Estado, los Ministros, los Parlamentarios o los Magistrados de la Corte Suprema (Lamas Puccio, 2019). También es conforme a dichos estándares internacionales, la incorporación de otras circunstancias agravantes específicas, como las relativas a la cuantía del beneficio económico ilegal obtenido por el mal funcionario con la comisión del delito, o la constitución e integración en los altos niveles del poder estatal de organizaciones criminales para planificar y cometer delitos de corrupción. Además, todos los sistemas jurídicos estudiados contemplan circunstancias agravantes similares para los delitos de criminalidad organizada, como el tráfico ilícito de drogas o el lavado de activos, por lo que su aplicación solo debe ser extendida a los delitos de corrupción.

4.2. Sistemas jurídicos de los países latinoamericano

4.2.1. Argentina

En el CP Federal de Argentina de 1921 (referido en esta sección como “CP”), las circunstancias agravantes genéricas no han sido identificadas con precisión sobre su configuración y efectos.

²⁵ Arts. 61 del CP italiano y 22 del CP español.

Así, mientras el art. 40 del CP señala que los tribunales fijarán la pena tomando en cuenta las circunstancias agravantes “particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. siguiente”, el art. 41 del CP se limitará a recoger un variado sistema de indicadores circunstanciales abiertos, sin especificar si los mismos tienen eficacia agravante o atenuante. Lo cual pone en evidencia el amplio arbitrio concedido a la autoridad judicial para darles contenido en cada caso concreto.

Sin embargo, el empleo de tal técnica legislativa ha suscitado controversia en la doctrina especializada. Por ejemplo, Zaffaroni et al. (2000), ha sostenido que la regla general del art. 40 del CP se queda vacía de utilidad y eficacia al direccionarse a los supuestos del art. 41 del CP que contemplan la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño, el peligro causado, la edad, la educación, las costumbres, la conducta del sujeto condenado, el o los móviles para el despliegue de la conducta delictiva, el grado de participación, la reincidencia, los antecedentes personales, los vínculos personales, las circunstancias de tiempo, lugar y modo, todo lo cual deberá ser analizado por el juez para determinar su mayor o menor peligrosidad²⁶. En cambio, otros autores como Gómez (1939) o Righi (1996), consideran que ambas disposiciones se complementan pues el art. 40 se refiere al esquema operativo que seguirá el juez para aplicar en el caso concreto la eficacia de las circunstancias agravantes que define el art. 41.

²⁶ Entre los indicadores o circunstancias que el órgano jurisdiccional deberá de identificar, valorar y dar una eficacia agravante en el caso de delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada, destacan la naturaleza de la acción, la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, etc.

La situación es diferente en los arts. 41 *bis*²⁷ y 41 *quater*²⁸ del CP argentino, donde también se hace referencia taxativa a otras circunstancias agravantes genéricas: empleo de la intimidación, uso de medios violentos como armas de fuego e intervención de menores de dieciocho años en el delito. La ley les asigna un incremento punitivo expresamente determinado (aumento de un tercio en el mínimo y en el máximo de la pena fijada para el hecho punible o para las personas mayores de edad que intervinieron en su realización). Ahora bien, estas circunstancias agravantes no son frecuentes en los delitos de corrupción, si bien se encuentran contempladas para los delitos de concusión y exacción ilegal. Su presencia es, en cambio, más frecuente en los delitos violentos de criminalidad organizada como el secuestro o la extorsión.

Finalmente, en cuanto a la inclusión en los delitos de corrupción de circunstancias agravantes específicas, es de mencionar que ellas solo han sido consideradas para los delitos de cohecho y tráfico de influencias regulados en los arts. 256 *bis*²⁹ y 258³⁰. En ambas disposi-

²⁷ Art. 41 *bis* del CP Federal de Argentina: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”.

²⁸ Artículo 41 *quater* del CP Federal de Argentina: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo”.

²⁹ Art. 256 *bis* del CP Federal de Argentina: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones”. [...] Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión

ciones, se agrava la pena, debido a la condición de funcionario del sistema de justicia de la persona a quien se ofrece influenciar, o a quien se tiene la finalidad de corromper, lo que genera que se incremente la pena privativa de libertad aplicable.

4.2.2. Brasil

El CP federal de Brasil de 1942, modificado por la Ley 9.777 (1998), regula un amplio catálogo de más de diez circunstancias agravantes genéricas en el art. 61. Entre ellas destaca, en primer lugar, la contenida en el numeral II, literal (g), relativa a la comisión del delito “*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*”. Sin embargo, al igual que en otros sistemas jurídicos su eficacia está condicionada a que dicha circunstancia no forme parte del tipo penal. Esto es consecuencia de la prevalencia del principio *ne bis in ídem*, el cual prohíbe la doble valoración de un mismo hecho en perjuicio del reo (Sánchez Cunha, 2020).

Por consiguiente, dicha circunstancia agravante genérica no podrá ser aplicada a los delitos sancionados por la Ley 13.869 (2019), que *dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade* (legislación especial diseñada para hacer frente a los graves actos de corrupción derivados del caso *Lavajato*). Por lo tanto, el art. 61.II(g) del CP, se aplica solo en otros delitos donde se desplieguen actos de abuso de poder o de transgresión del ejercicio regular de la función pública que ostentan autoridades, funcionarios y/o servidores, representantes religiosos o profesionales en general. No obstante, para los casos donde existiera coincidencia entre el acto de abuso y el acto de corrupción, el Su-

de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

³⁰ Art. 258 del CP Federal de Argentina: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. [...] Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años.[...] Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”.

premo Tribunal Federal, ha precisado que para la consideración de esta agravante será indispensable que el agente se haya valido de su posición para cometer la infracción (De Suoza, 2014).

En segundo lugar, la reincidencia constituye también una circunstancia agravante genérica y su configuración sólo requiere que el agente cometa un nuevo delito luego de haber sido condenado por sentencia firme por un delito anterior en el país o en el extranjero. Sin embargo, coexiste una exigencia de temporalidad o “período depurador” de la reincidencia. Esto es, para que despliegue su eficacia agravante es necesario que no hayan transcurrido más de cinco años entre la fecha de ejecución total de la pena impuesta por el primer delito, y la fecha en que se cometió el segundo delito. Al respecto, Sánchez Cunha (2020) señala que en la práctica pueden distinguirse dos modalidades de reincidencia. Por un lado, la “reincidencia real” que coincide con el supuesto antes descrito. Y por otro lado, la “reincidencia ficticia o de facto” que se presenta cuando el nuevo delito se produce antes del efectivo cumplimiento de la condena impuesta por el primer hecho punible. Cabe añadir que la reincidencia no surte sus efectos cuando se trate de delitos militares o políticos.

En la parte especial del CP, se regulan circunstancias agravantes específicas que son aplicables a los delitos contra la administración pública, incluyendo el cohecho activo y pasivo, así como la corrupción de funcionarios extranjeros o el tráfico de influencias. Las circunstancias contempladas son desarrolladas en virtud de la ventaja o promesa recibida: (a) el empleado público retrasa u omite un acto de oficio, o lo practica en incumplimiento del deber oficial (incremento de la pena en un tercio según el art. 333 del CP); (b) el empleado público retrasa o deja de realizar cualquier acto oficial o lo realiza en incumplimiento del deber oficial (incremento de la pena en un tercio según el art. 317 del CP); (c) el funcionario extranjero demora u omite el acto oficial, o lo practica en incumplimiento del deber oficial (incremento de la pena en un tercio según el art. 337-B del CP); y (d) el funcionario extranjero retrasa u omite el acto oficial, o lo practica incumpliendo el deber oficial (art. 332 del CP).

En lo relativo a las modalidades de criminalidad organizada, el ordenamiento penal brasileño en la Lei n° 12.850 (2013), sobre *organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção*

da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, incluye en su art. 2³¹ tres niveles de circunstancias agravantes específicas. En primer lugar, se consigna aquella que aumenta la pena hasta en una mitad, en razón a la mayor peligrosidad que representa una organización que emplea armas de fuego. En segundo lugar, se incrementa la pena respecto de la calidad del agente que ejerce el mando de la organización. Y, en último lugar, se prevé acrecentar la pena de un sexto hasta dos tercios cuando la organización criminal ejecuta el delito con empleo de intermediarios materiales, funcionarios públicos o cuando opera con conexiones internacionales.

Con respecto al delito de lavado de activos, se han incorporado también circunstancias agravantes específicas, como la reiteración delictiva o la comisión del delito a través de una organización criminal³²,

³¹ Art. 2 Lei n° 12.850 (2013): “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas: § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I – se há participação de criança ou adolescente; II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV – se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização”.

³² Art. 1 de la Lei n° 9.613 (1998): “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa: “§ 1o Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2o Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único

en la Lei n° 9.613 (1998)³³. Por su parte, con respecto al delito de tráfico ilícito de drogas, la Lei n° 11.343 (2006), *sobre Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad)*, incluye en su art. 40 un amplio catálogo de circunstancias agravantes específicas en función a la naturaleza, el origen de la sustancia o el producto incautado, la transnacionalidad del delito, la calidad del agente, el lugar de comisión del delito, la participación de menores de edad, y el financiamiento del delito.

Es de precisar, que a diferencia de la normatividad penal de otros países latinoamericanos, en el CP Federal de Brasil no se han previsto circunstancias agravantes cualificadas, ya que la reincidencia es tratada como una circunstancia agravante genérica determinada por los antecedentes delictivos del agente.

Ahora bien, en lo que corresponde a la concurrencia de varias circunstancias agravantes o atenuantes genéricas o a la concurrencia heterogénea de circunstancias de igual naturaleza y eficacia, es de mencionar que tales casos se resuelven con reglas que diferencian si se trata de circunstancias genéricas o específicas. Todas estas disposiciones están reguladas en los arts. 67³⁴ y 68³⁵ del CP. Finalmente, cabe

do art. 14 do CP. § 4o A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa”.

³³ Esta Ley dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

³⁴ Art. 67 del CP Federal de Brasil: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

³⁵ Art. 68 del CP Federal de Brasil: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único – “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

agregar que, según lo establece el art. 30³⁶ del CP, en la legislación federal brasileña rige también, el criterio de incomunicabilidad de circunstancias y de condiciones de carácter personal que afectan la punibilidad de un delito.

4.2.3. Chile

El CP chileno de 1874, de notable influencia española, y uno de los más antiguos de Latinoamérica, incluye en su art. 12, un amplio catálogo de circunstancias agravantes genéricas. Se trata de las siguientes: cometer el delito con alevosía, mediante precio, recompensa o promesa; ejecutarlo por medio de inundación, incendio veneno u otro que pueda ocasionar estragos o dañar a terceros; obrar con premeditación; emplear astucia, fraude; abusar de su posición de dominio; abuso de confianza, emplear medio o hacer que concurran circunstancias como la ignominia; ejecutarlo con el uso de gente armada; ejecutarlo de noche o en zona despoblada; ejecutarlo despreciando u ofendiendo a la autoridad pública; cometer delito mientras se cumple otra condena; ser reincidente por delito de la misma especie; realizarlo en lugares de culto; ejecutar el delito ofendiendo o despreciando la dignidad, autoridad, edad o sexo del agraviado, o de su morada cuando no haya provocado el suceso, entre otras.

Este extenso listado de veintinueve agravantes genéricas, ha sido criticado por la doctrina del país al considerar a las agravantes allí contenidas como casuísticas y repetitivas, lo que cercena la autonomía del juzgador, imponiendo al juez una mayor rigidez en la ponderación del caso concreto, con la finalidad de imponer la pena justa de acuerdo a las circunstancias de hecho concurrentes y las características del delincuente (Kunsemuller, 2021).

De todas las circunstancias agravantes genéricas mencionadas, la que podría vincularse a los delitos de corrupción funcional es la que considera que el agente del delito actúe prevaliéndose del cargo público que ostenta (art. 12, inciso 8). Es más, se ha interpretado

³⁶ Art. 30 del CP Federal de Brasil: “*Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”.

que su aplicación requiere el uso del poder, prestigio, oportunidades o medios que se ponen a disposición del empleado público. No obstante, es de precisar que los juristas chilenos han señalado que tal circunstancia solo opera con la realización de delitos comunes, excluyéndose por tanto la posibilidad de considerarla para aquellos delitos especiales propios o de infracción de deber (Politoff et al., 2003). Agrega Navas que en estos casos la víctima presenta mayor indefensión por la confianza que le proporciona un empleado público; esto es, un funcionario público tendría mayores posibilidades de ejecución del delito debido a su calidad o condición (Navas, 2022).

El CP chileno, también ha considerado la reincidencia como una circunstancia agravante genérica en los incisos 14³⁷, 15³⁸ y 16³⁹ de art. 12, respondiendo a la idea clásica de que el reincidente no ha aprovechado suficientemente el castigo anterior para enmendar su rumbo. Además, esta agravante ha sido configurada de manera muy amplia y puede, por tanto, aplicarse a toda clase de delitos, incluyendo a los delitos de corrupción y a los cometidos por el crimen organizado (Politoff et al., 2003: 520)

Sobre las circunstancias agravantes específicas su inclusión en la legislación chilena es muy limitada para los delitos de corrupción. En efecto, solo se han añadido agravantes específicas en los delitos de: (a) peculado (art. 233⁴⁰) donde se toma en cuenta el valor del daño

³⁷ Art. 12 del CP chileno: “[...] 14.º Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”.

³⁸ Art. 12 del CP chileno: “[...] 15º Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena”.

³⁹ Art. 12 del CP chileno: “[...] 16º Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”.

⁴⁰ Art. 233 del CP chileno: “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraere o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere

patrimonial calculado en unidades tributarias mensuales; (b) fraude al fisco que se configura en atención al valor del bien objeto de defraudación (art. 239⁴¹); y (c) corrupción, donde se recoge como circunstancia agravante específica la especial condición o jerarquía del funcionario público (art. 251 *quinquies*⁴²).

de cuarenta unidades tributarias mensuales. [...] En todos los casos, con las penas de multa del doble de lo sustraído y de inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

⁴¹ Art. 239 del CP chileno: “El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo. [...] En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. [...] Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. [...] En todo caso, se aplicarán las penas de multa de la mitad al tanto del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.

⁴² Art. 251 *quinquies* del CP chileno: “En el caso de los delitos previstos en los arts. 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos: 1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones; o 2° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos: a) La designación de una persona en un cargo o función pública; b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos; c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a

No obstante, en la legislación penal chilena las circunstancias agravantes específicas si tienen una mayor presencia en los delitos de criminalidad organizada. Así ocurre en el caso de los delitos de asociación ilícita (art. 293⁴³ del CP), tráfico ilícito de drogas (art. 2 de la Ley 20000) y lavado de activos (art. 27 de la Ley 19913). Por ejemplo, en el primero de estos delitos las circunstancias agravantes específicas consignadas, toman en cuenta la finalidad delictiva de la estructura criminal o la posición del agente dentro de ella.

Finalmente, es de mencionar que la normativa penal chilena no recoge circunstancias agravantes calificadas.

4.2.4. México

El CP Federal de México de 1931 (referido en esta sección como “CP”), recoge las circunstancias agravantes genéricas en sus arts. 51⁴⁴ y 52⁴⁵. En ambas disposiciones legales sólo se alude a indicadores

dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento; o d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento. Para los efectos de este art., se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito”.

⁴³ Art. 293 del CP chileno: “Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior”.

⁴⁴ Art. 51 del CP Federal mexicano: Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

⁴⁵ Art. 52 del CP Federal mexicano: “El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabi-

generales y abiertos sin precisar si los mismos generan un efecto agravante o atenuante, lo cual la ley lo delega a la valoración concreta que realice el juez en cada caso penal. Dos aspectos son importantes de destacar en las normas penales mexicanas de la materia. Por un lado, la aplicación de las mismas circunstancias genéricas para las penas y medidas de seguridad como sanciones en principio no diferenciadas. Y, en segundo lugar, la expresa referencia a una circunstancia de interculturalidad cuando el autor del hecho punible es un indígena con usos y costumbres propios de sus pueblos originarios.

En cuanto a circunstancias agravantes específicas, en primer lugar, el art. 222 del CP establece en relación con el delito de cohecho, la agravación de la pena cuando el valor económico de la dádiva ofrecida o prometida exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal⁴⁶. En segundo lugar, el art. 213

lidad del agente, teniendo en cuenta: I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma”.

⁴⁶ Art. 222 del CP Federal de México: “Cometen el delito de cohecho: I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y II.- El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones. [...] Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento

del CP⁴⁷, que forma parte del Título Décimo sobre Delitos cometidos por Servidores Públicos, contiene una disposición aplicable a todas las modalidades delictivas recogidas en dicho título, según la cual, las siguientes circunstancias han de ser apreciadas para determinar la pena: “si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito”. Además, se otorga un tratamiento de especial circunstancia de agravación a la categoría de funcionario o empleado de confianza.

En cuanto a las circunstancias agravantes cualificadas, el CP Federal mexicano atribuye tal naturaleza a la reincidencia. Sus requisitos y efectos de incremento punitivo están señalados en los arts. 20 y 68 del CP, a saber que, cuando el condenado cometa un nuevo delito en el plazo de prescripción de la pena, la reincidencia será considerada tanto para la individualización judicial de la pena, como para la concesión de beneficios penitenciarios (en caso de delitos graves, y si existe reincidencia por delitos de similar naturaleza, la sanción a

de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, de treinta a trescientos días multa y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. [...] Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión, de trescientos a mil días multa y destitución e inhabilitación de dos a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. [...] En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas, las mismas se aplicarán en beneficio del Estado.

⁴⁷ Art. 213 del CP Federal mexicano: “Para la individualización de las sanciones previstas en este Título, el Juez tomará en cuenta, en su caso si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena”.

imponerse se incrementará en dos terceras partes sin que exceda el máximo permitido por ley).

Finalmente, en el art. 54 del CP prevé la incomunicabilidad de las circunstancias personales de agravación, de manera que las cualidades, relaciones personales u otras circunstancias subjetivas del autor de un delito, no se transmiten a los demás sujetos que intervinieron con el autor en el despliegue de la actividad criminal.

4.2.5. Perú

El CP peruano de 1991, trata de las circunstancias agravantes genéricas en su art. 46(2). Esta disposición legal, ha sido criticada por la doctrina especializada por su “exagerado casuismo”, lo que motiva que varias de “las circunstancias que lo integran colisionen con modalidades idénticas de circunstancias agravantes específicas debilitando así su autonomía operativa” (Prado Saldarriaga, 2018, 197).

De todas ellas, la que guarda relación con actos de corrupción asociada a la criminalidad organizada es la descrita en el literal (h), que alude a la realización por parte del agente de una conducta punible abusando de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función. Se trata pues, de una circunstancia que toma en cuenta la realización de formas de prevalimiento en la ejecución del delito (Prado Saldarriaga, 2018, 212).

Sin embargo, tal como ocurre en otros sistemas jurídicos latinoamericanos, en el caso peruano ella no puede ser considerada para agravar la penalidad de los delitos de corrupción contra la administración pública, en los que se exige en el tipo penal que el autor sea un funcionario público que infringe deberes o abusa de facultades propias de su cargo. Esto último, además, lo descarta expresamente el propio legislador en el párrafo inicial del art. 46(2) cuando señala que “constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible [...]”.

Con relación a la regulación de circunstancias agravantes específicas en el CP peruano, cabe precisar que ellas sólo han sido consi-

deradas para los delitos de colusión (art. 384, párrafo tercero⁴⁸), peculado (art. 387, párrafo tercero⁴⁹), malversación (art. 389, párrafo segundo), cohecho activo específico de abogado (art. 389, párrafo segundo), tráfico de influencias (art. 400, párrafo segundo⁵⁰) y enriquecimiento ilícito (art. 401, párrafo segundo⁵¹). En lo esencial se ha considerado como supuestos de agravación la integración del autor del delito en una organización criminal, en el que los bienes objeto del delito hayan estado destinados a programas de apoyo social, que el delito se realice en una coyuntura de calamidad pública o emer-

⁴⁸ Art. 384 del CP peruano: “[...] La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

⁴⁹ Art. 387 del CP peruano: “[...] Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

⁵⁰ Art. 400 del CP peruano: “[...] Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

⁵¹ Art. 401 del CP peruano: “[...] Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

gencia sanitaria, que el valor de los bienes objeto del delito sea mayor a diez unidades impositivas tributarias (alrededor de 13.000 dólares americanos) y la condición personal del agente.

Los delitos de criminalidad organizada suelen incluir circunstancias agravantes específicas. Ello se aprecia en el CP peruano en el caso, por ejemplo, de los delitos de organización criminal (art. 317⁵²), tráfico ilícito de drogas (art. 297⁵³) y lavado de activos (art.

⁵² Art. 317 del CP peruano: “El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días —multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2), 4) y 8)”. [...] La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días —multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos: Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

⁵³ Art. 297 del CP peruano: “La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días—multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando: 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública. 2. El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza. 3. El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria. 4. El hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión. 5. El agente vende drogas a menores de edad, o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable. 6. El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, o al desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los Arts. 296 y 296-B. 7. La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína o sus derivados ilícitos, diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, cinco kilogramos de látex de opio o quinientos gramos de sus derivados, y cien kilogramos de marihuana o dos kilogramos de sus derivados o quince gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxiánfetamina-MDA,

4 del Decreto Legislativo 1106⁵⁴). Generalmente se consideran circunstancias agravantes en estas disposiciones, cuando la posición que ocupa el agente en la estructura criminal es la condición de, funcionario público o profesional especializado, el empleo de menores de edad o inimputables, el gran volumen de la droga objeto de acción del delito, la adscripción a una organización criminal, la pluralidad de agentes, o el monto de la operación económica realizada, entre otros.

Para la concurrencia de circunstancias agravantes específicas, el CP peruano no cuenta con reglas especiales. Para suplir tal omisión legislativa, la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha emitido el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2021. En dicho documento, se ha establecido que en tales casos deberán ser evaluadas todas las circunstancias agravantes específicas concurrentes aportando cada una sus efectos. Tra-

Metilendioximetanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas. [...] La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años cuando el agente actúa como jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración”.

⁵⁴ Art. 4 del Decreto Legislativo 1106: “La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando: 1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil. 2. El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal. 3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias. [...] La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas. [...] La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los arts. 1º, 2º y 3º del presente Decreto Legislativo”.

tándose de circunstancias concurrentes de diferente grado o nivel, las de mayor nivel absorben los efectos agravantes de las de menor grado (Prado Saldarriaga, 2018: 237-239).

Finalmente, en lo que corresponde a circunstancias agravantes cualificadas, el CP peruano regula dos modalidades compatibles y aplicables a los delitos materia del presente análisis. Se trata de la reincidencia (art. 46-B⁵⁵) y de la habitualidad (art. 46-C⁵⁶). En el caso

⁵⁵ Art. 46-B del CP peruano: “El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. [...] El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los arts. 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del CP, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. [...] En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente art.

⁵⁶ Art. 46-C del CP peruano: “Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los arts. 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del CP, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los arts. 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años. [...] La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualifica-

de la primera, el juez aumentará la pena aplicable al delito hasta una mitad por encima del máximo legal. Para la segunda, en cambio, la pena se incrementará hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito. Sin embargo, en el caso de delitos de corrupción y criminalidad organizada estos incrementos pueden ser mayores. Así pues, las normas mencionadas, establecen para este tipo de delitos un incremento de hasta una tercera parte por encima del máximo legal fijado siempre y cuando concurren determinados supuestos que la ley señala como, por ejemplo, “[s]i el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal” o “[s]i el agente financia la organización criminal”⁵⁷. Pero, además, debe destacarse que la concurrencia

da agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados.

⁵⁷ De acuerdo al art. 22 de la Ley 30077, el Juez aumentará la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, en los siguientes supuestos: a) Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal. b) Si el agente financia la organización criminal. c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito. d) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito. e) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables. f) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas. g) Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley. h) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o

de estos supuestos que están regulados en la Ley 30077 (Ley contra el Crimen Organizado) no excluye la aplicación acumulativa de las agravantes cualificadas de la reincidencia y la habitualidad, así como el incremento punitivo que para estas últimas fija el CP.

4.2.6. Análisis comparado

4.2.6.1. El efecto agravante

Como se mencionó anteriormente, el efecto que producen las circunstancias agravantes no es otro que suscitar un aumento de la punibilidad del delito y, por tanto, del alcance cualitativo o cuantitativo de las penas principales conminadas y concretas (Prado Saldarriaga, 2019: 143). Por lo general, en los sistemas jurídicos examinados, se observa que el estándar del aumento potencial de la pena que produce la presencia de una circunstancia agravante se encuentra predeterminado por la ley. Sin embargo, también se aprecia que la magnitud del mismo se define de modo diferenciado en cada sistema jurídico. Efectivamente, en algunos casos es el propio legislador quien ha registrado normativamente, y de modo semi tasado, el volumen del incremento punitivo, expresándolo cuantitativamente como una escala de penalidad mayor o como una pena cualitativamente más severa que las consignadas para el delito, como ocurre en el sistema mexicano⁵⁸.

En otros modelos, la escala de incremento se obtiene aplicando un porcentaje o múltiplo sobre el máximo de la pena conminada para el hecho punible cometido, tal como se verá en la próxima sección en relación con la legislación colombiana⁵⁹. Ahora bien, puede

persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

⁵⁸ Al respecto, el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 224 establece que cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa.

⁵⁹ Sobre el particular, la Ley N° 1474 establece en su art. 33, como circunstancias de agravación punitiva que los tipos penales de que tratan los arts. 246,

ocurrir también que ambas técnicas de incremento se empleen simultáneamente en un mismo sistema legal, como sucede en la normativa penal peruana⁶⁰.

Es pertinente precisar que, en la mayoría de los sistemas jurídicos analizados se regulan hasta tres clases de circunstancias agravantes: *genéricas*, *específicas* y *cualificadas* cuyas características y efectos particulares se evalúan a continuación.

4.2.6.2. *Circunstancias agravantes genéricas*

Entre las circunstancias genéricas consideradas con mayor frecuencia en los modelos legales comparados figuran: la condición funcional del autor del delito, el abuso del poder o facultades, así como la infracción de deberes propios del cargo o función que se desempeña. Ello se evidencia, por ejemplo, en el CP Federal de Brasil y en el CP peruano⁶¹. Por su parte, en el CP Federal de México

250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

⁶⁰ Por ejemplo, el delito de peculado, previsto en el art. 387, del CP, es sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de cinco a veinte años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Sin embargo, se incrementa la punibilidad a pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de naturaleza perpetua; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa cuando concurre cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. 4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

⁶¹ Véase, literal (h) del numeral 2, del art. 46 del CP peruano y literal g, del art. 61.II, del CP Federal brasileño.

se registra como circunstancia genérica la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que se le hubiere expuesto⁶². Y en lo que respecta al CP Federal de Argentina, sólo se incluyen circunstancias abiertas que no se refieren a indicadores agravantes determinados⁶³.

4.2.6.3. *Circunstancias agravantes específicas*

La inclusión de circunstancias agravantes específicas comprende una variedad heterogénea de delitos de corrupción o criminalidad organizada siendo aquellas muy diferentes de país a país. Pese a ello, las circunstancias de agravación específicas, suelen referirse al tipo del perjuicio producido por el acto funcional delictivo, así como a la magnitud o a la naturaleza del beneficio económico o ganancia ilegal generada para el delincuente.

Ejemplos de ello los encontramos en la legislación chilena y peruana⁶⁴. En este último caso, además, constituye una circunstancia agravante específica para delitos configurados como ilícitos comunes o de dominio (como el tráfico de influencias), el que el hecho punible sea cometido por un funcionario público⁶⁵. Por otro lado, tratándose de delitos especiales propios o de infracción de deber, como el enriquecimiento ilícito, la legislación peruana considera igualmente agravante específica la alta jerarquía que ostenta el funcionario público autor de tal ilícito⁶⁶. Finalmente, la pandemia mundial origi-

⁶² Véase, el numeral I del art. 52 del CP Federal de México.

⁶³ El Libro Primero, Disposiciones Generales, Título II “De las Penas”.

⁶⁴ Segundo párrafo, del art. 238 del CP chileno: “[...] En el delito de malversación, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales.”

⁶⁵ Véase último párrafo, del art. 400, del CP peruano: “[...] cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público, la pena será de 4 a 8 años; inhabilitación conforme los numerales 1, 2 y 8 del art. 36; y, multa de 365 a 730 días multa.”

⁶⁶ Segundo párrafo, del art. 401, del CP peruano: “[...] cuando el agente tiene una condición especial como haber ocupado cargos de alta dirección o tiene prerrogativa del antejuicio la pena será de 10 a 15 años; inhabilitación conforme los numerales 1, 2 y 8 del art. 36.”

nada por el coronavirus determinó que se incorpore a la normativa penal peruana como circunstancia especial de agravación, el supuesto en el que el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria⁶⁷.

4.2.6.4. *Circunstancias agravantes cualificadas*

En lo que concierne a la regulación de circunstancias cualificadas agravadas, la mayoría de los sistemas jurídicos comparados consideran como tales a la reincidencia, siendo ese el caso de la normativa penal argentina⁶⁸, peruana⁶⁹ e italiana⁷⁰. Sin embargo, en los códigos penales brasileño, chileno y español la reincidencia sólo está regulada como parte del catálogo de las circunstancias genéricas⁷¹. En este nivel es importante precisar que ninguno de los sistemas jurídicos analizados, ha incorporado a la reincidencia como una circunstancia agravante específica para los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. También es pertinente distinguir que, en algunos códigos penales como los federales de Argentina y México la reincidencia puede también configurarse y generar sus efectos punitivos contabilizando las condenas que fueron pronunciadas contra el mismo delincuente por tribunales extranjeros⁷².

Finalmente, cabe destacar que solamente en tres de los países analizados: Perú, México e Italia, se contempla también como cir-

⁶⁷ La Ley N° 31178, de 28 de abril de 2021, incorpora esta circunstancia especial agravante para los delitos de colusión simple y agravada (art. 384); peculado doloso y culposo (art. 387); y malversación (art. 389).

⁶⁸ Ver los arts. 50 al 53 del Título VIII “Reincidencia” del CP Federal argentino.

⁶⁹ Confróntese el art. 46-B del CP peruano.

⁷⁰ Véase art. 99 del CP italiano.

⁷¹ Al respecto, el CP español lo regula en art. 27.8. Por su parte, el CP brasileño en el art. 63. En tanto que el CP chileno en el art. 12, numerales 14, 15 y 16.

⁷² Confróntese los arts. 50 y 20, de los Códigos Penales Federales argentino y mexicano, respectivamente.

cunstantia agravante cualificada a la habitualidad⁷³. Además, en el primero de esta trilogía de países se ha configurado igualmente una circunstancia agravante cualificada que toma en cuenta que el autor del delito se aproveche de la calidad de integrante de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público⁷⁴.

Ahora bien, desde un plano comparativo es de mencionar que sólo en la Ley 30077 del Perú, o en la Ley contra el Crimen Organizado, se ha consignado también como una agravante cualificada el que los delitos de corrupción sean ejecutados por funcionarios públicos que integran una organización criminal y abusan de su posición y cargo para facilitarlos o encubrirlos. En efecto, en el literal “c” de art. 22 de dicha ley se refiere expresamente al supuesto en “[...] el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito”.

Estando, pues, a la lamentable experiencia latinoamericana de la participación en estructuras criminales creadas en las dos últimas décadas desde sus posiciones de poder por altos funcionarios —PEP— para cometer delitos de corrupción (Caso Lava jato), consideramos pertinente que una agravante cualificada como la regulada por el derecho penal peruano pueda ser también incorporada en los demás países de referencia.

4.2.6.5. *Concurrencia de circunstancias*

No todos los sistemas penales comparados poseen reglas generales o especiales para resolver estos supuestos de concurso de circunstancias, sean estos de naturaleza homogénea (concurrencia simultánea de varias circunstancias agravantes) o heterogénea (con-

⁷³ Así se tiene, el art. 46°-C del CP peruano; el art. 21 del CP Federal mexicano; y los arts. 103 y 103 del CP italiano.

⁷⁴ Confrontése el Art. 46-A, del CP peruano: “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible [...]”.

currencia simultánea y conjunta de varias circunstancias agravantes y atenuantes).

En efecto, sólo se detectan algunas reglas generales sobre esta materia en el CP italiano y el CP español, aunque con opciones de tratamiento legal distintas. Es así, que el modelo italiano recurre a reglas de acumulación y compensación de efectos, que operan según se trate de una concurrencia heterogénea u homogénea, posibilitando de esa manera la obtención de una sanción concreta equilibrada⁷⁵. Por su parte, la legislación penal española ha regulado una alternativa legal más compleja basada en la compensación de los efectos particulares correspondientes a las circunstancias concurrentes; asimismo tomando en cuenta la condición de estas y fijando límites legales para el resultado punitivo final⁷⁶.

4.2.6.6. *Incomunicabilidad de circunstancias agravantes*

En varios de los sistemas penales nacionales que integran la muestra analizada, la legislación vigente incluye una disposición normativa que declara la incomunicabilidad de los efectos de las circunstancias personales que agravan la penalidad de determinados autores o partícipes de un mismo hecho punible. Lo cual, significa que la eficacia y utilidad legal de estas normas se manifiesta evitando que la mayor punibilidad que puede derivar de la presencia de una circunstancia agravante de carácter personal, sea genérica, específica o cualificada, se traslade e incida en la valoración y medición punitiva concreta de otros autores o partícipes no comprendidos por dicha circunstancia personal. Por ejemplo, este tipo de cláusulas de exclusión se encuentran previstas en la legislación penal argentina, mexicana y peruana⁷⁷. Una regulación algo distinta se da en la legislación italia-

⁷⁵ Véase los arts. 66, 68 y 69 del CP italiano.

⁷⁶ Véase el Capítulo II: De la aplicación de las penas, Sección I: Reglas generales para la aplicación de las penas, Art. 66 del CP español.

⁷⁷ Véase como ejemplo de tales disposiciones legales el art. 48 del CP Federal argentino y el art. 26 del CP peruano

na que si permite la comunicabilidad de las circunstancias agravantes de naturaleza objetiva⁷⁸.

4.3. El sistema colombiano

4.3.1. Desarrollo legislativo

En el derecho penal colombiano, la regulación de las circunstancias agravantes en los delitos de corrupción administrativa tiene un antecedente importante en la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción. En efecto, este sistema normativo especializado incorporó diferentes disposiciones orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción. En ese contexto, la ley citada incorporó en su art. 33⁷⁹ una circunstancia agravante específica que operaría con determinados delitos de corrupción regulados en el CP como el peculado, el cohecho, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito o el soborno internacional, siempre que fueran cometidos por funcionarios de los organismos de control del Estado. Para estos casos se estableció que la pena sería aumentada de una sexta parte a la mitad de la pena establecida para tales delitos.

Ahora bien, en la Parte General del CP colombiano, se ha regulado también en el art. 58⁸⁰, un catálogo de circunstancias agravantes

⁷⁸ Confrontése el Art. 118 del CP italiano.

⁷⁹ Art. 33 del CP colombiano, sobre las circunstancias de agravación punitiva: “Los tipos penales de que tratan los arts. 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado”.

⁸⁰ Art. 58 del CP colombiano, sobre las circunstancias de mayor punibilidad: “Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: 1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. 2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. 3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia,

genéricas, que son denominadas “circunstancias de mayor punibilidad”. De todas ellas, la que conecta con los delitos de corrupción sería la contemplada en el numeral 9, relativa a “[l]a posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”, ya que como destaca la doctrina especializada “se trata de una circunstancia típica que atiende a las calidades del sujeto activo de la conducta que se traduce en un mayor desvalor de acción que agrava el injusto cometido, y es bastante común su utilización en la ley penal como integrante de

la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima. 4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común. 5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe. 6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible. 7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima. 8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio. 10. Obrar en coparticipación criminal. 11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable. 12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal. 13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional. 14. Cuando se produjere un daño ambiental grave, una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales o se cause la extinción de una especie biológica. 15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva. 16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos. 17. Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos. 18. Cuando la conducta punible fuere cometida total o parcialmente en el interior de un escenario deportivo, o en sus alrededores, o con ocasión de un evento deportivo, antes, durante o con posterioridad a su celebración.

diversos supuestos de hecho, caracterizados justamente por la dignidad o cargo ostentado por el autor. Piénsese, verbigracia, en la condición de servidor público que integra varias diversas figuras típicas” (Velásquez, 2009: 1122).

Sin embargo, en cuanto a las circunstancias agravantes específicas, solo para el delito de peculado por apropiación se ha configurado una que toma en cuenta el valor equivalente de los bienes apropiados ilícitamente. En ese sentido, el párrafo segundo del art. 397 del CP colombiano establece: “Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigente”.

Diferente es el tratamiento que se aplica a los delitos de criminalidad organizada, donde sí es frecuente la inclusión de normas con catálogos de circunstancias agravantes específicas. Así se detectan estas disposiciones agravantes en los delitos de tráfico ilícito de drogas que las incorpora en los arts. 377B⁸¹ y 384 del CP. Cabe destacar, que la primera de esas disposiciones surge de la experiencia colombiana de los “narcosubmarinos”⁸². Del mismo modo, para los delitos de lavado de activos y de concierto para delinquir se consignan circunstancias agravantes específicas en los arts. 324 y 342 del CP, respectivamente.

El CP colombiano registra también reglas sobre comunicabilidad e incomunicabilidad de circunstancias agravantes en el art. 62 donde se precisa que:

⁸¹ Art. 377B.- Circunstancias de agravación punitiva
Si la nave o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricación o es usado como medio para la comisión de actos delictivos la pena será de quince (15) a treinta (30) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un Servidor Público o quien haya sido miembro de la Fuerza Pública.

⁸² Narcosubmarinos colombianos, el origen de un viaje por aguas turbulentas. France 24. <https://www.france24.com/es/20200319-narcosubmarinos-colombianos-el-origen-de-un-viaje-por-aguas-turbulentas>.

Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurran en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. [...] Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurran en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.

Finalmente, a diferencia de los códigos penales de otros países⁸³, en el colombiano no se ha incluido a la reincidencia como una circunstancia agravante genérica o cualificada.

4.3.2. Análisis comparado

El sistema jurídico colombiano, no difiere de modo relevante de los otros sistemas jurídicos analizados en cuanto regula catálogos cerrados de circunstancias agravantes genéricas. No obstante, destaca como una singularidad colombiana la inclusión de una circunstancia agravante genérica que alude a la posición de poder que ostenta el autor del delito, contenida en el mencionado numeral 9 del art. 58 del CP relativa a “[l]a posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”.

Consideramos pertinente el que los demás sistemas jurídicos analizados incorporen una circunstancia agravante similar y de la que actualmente carecen. No obstante, en el CP peruano se incluye en el art. 45(1) como criterio de determinación y fundamentación de la pena, una regla parecida pero que con relación al agente del delito toma en cuenta “el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad”. También es frecuente que los sistemas jurídicos comparados consideren como agravante “el prevalerse del cargo público que tenga el culpable”, lo que el CP español contempla en el art. 22, numeral 7.

Finalmente, como se ha indicado anteriormente, resulta pertinente incluir en el derecho penal colombiano una agravante cualificada

⁸³ Confrontar el Art. 46-B del CP peruano.

para reprimir la comisión de delitos de corrupción por organizaciones criminales, creadas e integradas desde sus posiciones de poder por altos funcionarios públicos-PEP tal como ocurre en el art.22.c de la Ley 30077 del Perú.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. *A modo de conclusión general*

El examen comparativo realizado concluye destacando las notables diferencias que subsisten en la regulación, modalidades y efectos que corresponden a las circunstancias agravantes consideradas en los ordenamientos penales de los países analizados. Esta heterogeneidad normativa debilita los objetivos comunes de posibilitar un tratamiento penal de similar magnitud y relevancia para los delitos, y la delincuencia asociada a prácticas de macro corrupción o criminalidad organizada, tal como han expresado los Estados, los organismos internacionales, y regionales especializados.

De momento, los principales convenios multilaterales sobre dicha materia no han incluido pautas de eficacia vinculante que comprometan a sus signatarios con la introducción de modelos y políticas comunes que ayuden a diseñar o dar eficacia similar a los catálogos y a la punibilidad de las circunstancias agravantes actualmente vigentes en los códigos pénales nacionales. En consecuencia, el establecimiento en el ámbito multilateral internacional de pautas vinculantes sería, sin duda, un paso importante para abordar el actual problema detectado de heterogeneidad normativa.

Al respecto, cabe recordar también que los principales convenios sobre la materia datan del primer lustro del presente siglo. Esto es, con anterioridad al descubrimiento de graves episodios de corrupción como los que ocurrieron en la década siguiente y que involucraron sobre todo a PEP del más alto nivel estatal. Ejemplos gráficos de esos acontecimientos con repercusión transnacional fueron los casos *Lava jato* y *Panamá papers*.

Por tanto, una sugerencia inicial al respecto sería la de incluir en los Convenios de Palermo (2000), y Mérida (2003), una circunstan-

cia agravante específica relativa a la condición de PEP del autor o participe de los delitos de corrupción o de criminalidad organizada. Entendemos que una adición a tales instrumentos internacionales generará a la luz de la experiencia reciente un rápido y razonable consenso.

5.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

En lo que a los países latinoamericanos respecta, la estrategia de acción común debería centrarse en la armonización legislativa de los catálogos circunstanciales genéricos, específicos y cualificados. En tal sentido, es pertinente impulsar cambios dirigidos a compatibilizar las normas jurídicas existentes en base a tipologías comunes de circunstancias agravantes que tomen en cuenta, sobre todo, la especial gravedad que actualmente revisten aquellas formas de delincuencia vinculada a la corrupción y la delincuencia organizada en la sociedad globalizada del tercer milenio.

Al respecto, la estrategia operativa e instrumental pertinente sería la de impulsar en el seno del MESICIC, que es el espacio de políticas anticorrupción de la OEA. Donde, además, participan todos los países que han sido analizados, la realización de un foro o encuentro monográfico dedicado al estudio, y aprobación de un catálogo de circunstancias agravantes con los mismos efectos punitivos para que sean incorporadas en todos los códigos penales nacionales.

5.3. Recomendaciones para Colombia

En cuanto al caso particular de Colombia, la estrategia de acción recomendada tendría los siguientes componentes. En primer lugar, la incorporación de efectos agravantes reforzados para la reincidencia, tal como ya ocurre en otros sistemas jurídicos latinoamericanos como el peruano que la incluye de modo especial para los delitos de criminalidad organizada⁸⁴.

⁸⁴ Cfr. Art. 46-B tercer párrafo del CP peruano.

En segundo lugar, se debe promover también la incorporación de una circunstancia agravante cualificada cuando el delito de corrupción sea cometido desde una organización criminal que ha sido creada y está integrada por altos funcionarios públicos —PEP— que abusan de su posición de poder para cometer, facilitar o encubrir tales hechos punibles. Tal agravante cualificada ya existe en el art. 22.c de la Ley peruana 30077 contra el crimen organizado.

Finalmente, en tercer lugar, se recomienda impulsar también una reforma en el CP colombiano que incorpore reglas específicas para resolver los problemas derivados de la concurrencia homogénea o heterogénea de circunstancias agravantes. No obstante, es de señalar que el modelo de determinación de la pena actualmente vigente (“sistema de cuartos”) regula implícitamente posibilidades de acumulación de efectos para la concurrencia de circunstancias homogéneas y de compensación para el supuesto de concurrencia heterogénea de circunstancias.

Ahora bien, con el fin de mejorar la técnica legislativa adoptada se sugiere incorporar de manera expresa tal regla en un artículo propio como se establece en el CP italiano (arts. 66 y 69). En este mismo sentido, la doctrina colombiana viene demandando desde hace tiempo también la revisión de este sistema de cuartos (Velásquez, 2009).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Amadeo, S. (2015). *Código Penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios*. Madrid: Editorial Factum Libri.
- Barja, J. (2010) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- Bartolomé, M. (2020). “La utilidad de una concepción de seguridad nacional moderna y dinámica en la lucha contra el crimen organizado en América latina”. *Revista de Relaciones Internacionales*. Vol. 44. (1). Pp. 45-61.
- De Souza, G. (2014) *CP Comentado*. (14ª Ed). Grupo Editorial Nacional.
- Díez, J. (2020) *Derecho Penal Español. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Fiandaca, G & Musco, E. (1997). *Diritto Penale. Parte Generale*. Bologna: Editorial Zanichelli.
- Franceschetti, P. (30 de marzo de 2017). "Circostanze del reato". *Altalex*.
- Gómez, E. (1939). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.
- Kunsemuller, C. (2021). *Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el código chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lamas, L. (2019). "Corrupción, cleptocracia y globalización". En: Álvarez, E. Carrión, J & Lopez, M. (Eds.) *Derecho Penal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al Profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Lima: Grijley.
- López, J. (2015) *Criminalidad Organizada. Aspectos Jurídicos y Criminológicos*. Madrid: Dykinson.
- López, J. (2015) *Criminalidad Organizada. Aspectos Jurídicos y Criminológicos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Mantovani, F. (2015). *Los Principios del Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales.
- Maúrtua, O. (2018). "La Corrupción: Una Perspectiva Internacional". En: Maúrtua de Romaña, O. (Ed.) *Enfoques sobre la Corrupción en el Perú*. Lima: CENTRUM PUCP. Pp. 52-63.
- Navas, I. (2022). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. Incluye casos prácticos para su aplicación*. Tirant lo Blanch.
- Politoff, S., Matus, J & Ramírez, M. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Prado, V. (2018). *La Dosimetría del Castigo Penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Prado, V. (2019). *Derecho Penal y Política criminal. Problemas contemporáneos*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica
- Righi, E & Fernández, A. (1996). *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Michigan: Buenos Aires: Hammurabi.
- Riquer, M. (2021) *Entre la prevención y el ciberpatrullaje*. En: Álvarez, E. (Ed.). *Derecho Penal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al Profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Lima: Grijley. Vol. I. Pp. 827-858.
- Sánchez, R. (2020) *Manual de Direito Penal. Parte Geral (arts. 1 al 120)* Salvador: JusPODIVM.
- Úbeda, J. (2017). "Desafíos de los Organismos Internacionales Frente a la Delincuencia Organizada". En: Ballesteros, J & Zúñiga, L. (Eds). *Criminalidad Organizada Transnacional. Una Amenaza a la Seguridad de los Estados Democrático*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pp. 287-310.

- Velásquez, F. (2009) *Derecho penal. Parte general*. (4ª Ed.). Bogotá: Librería jurídica Comlibros.
- Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons.
- Zysman, D. (2023). “¿Transformaciones de la justificación del castigo en la modernidad tardía? Directrices para la determinación de la pena en los Estados Unidos y el discurso de la uniformidad del dolor”. En: Alvarez, E. (Ed.). *Derecho Penal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al Profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Lima: Grijley. Pp.487-522.

Informes, resoluciones y otros documentos

- AFP, (2020). “Narcosubmarinos colombianos, el origen de un viaje por aguas turbulentas”. France 24.
<https://www.france24.com/es/20200319-narcosubmarinos-colombianos-el-origen-de-un-viaje-por-aguas-turbulentas>.
- Consejo de Europa, (1999). “Convention penal sur la corruption”.
<https://www.coe.int/fr/web/conventions/fulllistmodule=treatydetail&reatynum=173>.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (16 de noviembre de 2021). “VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel de determinación judicial de la pena”. *Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116*.
- Decreto Legislativo 1106. (2012). “De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado”. Presidencia de la República.
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01106.pdf>.
- Legal Information Institute. “U.S. Code: Title 18”. Cornell Law School.
<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18>.
- Organización de Estados Americanos, (1996). “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/0456163_S.pdf.
- Tartaglia, G. (2020) “Las nuevas mafias”. *El Pacto Europa Latinoamérica*.
<https://www.elpaccto.eu/las-nuevas-mafias/>.
- United States Sentencing Commission, (2021). “Guidelines Manual” §3E1.1 <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>

United Nations Office on Drugs and Crime (2020). “The Impact of COVID-19 on Organized Crime”. *UNODC*.

https://www.unodc.org/documents/dataandanalysis/covid/RB_COVID_organized_crime_july13_web.pdf.

United States Supreme Court, (January, 12 2005) “United States v. Booker. Certiorari to the United States court of appeals for the seventh circuit”. *No. 04-104. Argued October 4, 2004.*

United States Supreme Court. *Rita v. United States*. (February 21, 2007) “Certiorari to the United States court of appeals forty fourth”. *No. 06-5754*

ANEXO I
Tabla relativa a la Pena de Privación de Libertad
United States Sentencing Commission Guidelines Manual

SENTENCING TABLE (in months of imprisonment)							
Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)						
	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4,5,6)	IV (7,8,9)	V (10,11,12)	VI (13 or more)	
Zone A	1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
	4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
Zone B	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
Zone C	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
	13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
Zone D	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
	15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
	16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
	24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
	25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137

ANEXO II

Tabla relativa a la Pena de Multa
United State Sentencing Commission Guidelines Manual

OFFENSE LEVEL FINE TABLE	
Offense Level	Amount
6 or less	\$8,500
7	\$15,000
8	\$15,000
9	\$25,000
10	\$35,000
11	\$50,000
12	\$70,000
13	\$100,000
14	\$150,000
15	\$200,000
16	\$300,000
17	\$450,000
18	\$600,000
19	\$850,000
20	\$1,000,000
21	\$1,500,000
22	\$2,000,000
23	\$3,000,000
24	\$3,500,000
25	\$5,000,000
26	\$6,500,000
27	\$8,500,000
28	\$10,000,000
29	\$15,000,000
30	\$20,000,000
31	\$25,000,000

OFFENSE LEVEL FINE TABLE	
Offense Level	Amount
32	\$30,000,000
33	\$40,000,000
34	\$50,000,000
35	\$65,000,000
36	\$80,000,000
37	\$100,000,000
38 or more	\$150,000,000

3. PENAS

Capítulo 4
Las penas principales y accesorias

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA*
JUAN CARLOS COLLANTES CAMACHO*
JESSIE LILIANA TREVEJO NUÑEZ*
LUIS ALEJANDRO YSHII MEZA*

-
- * Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y Doctor en derecho por la Universidad de Valencia (España). Catedrático principal de derecho penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia. Ha sido Presidente del Poder Judicial del Perú. Actualmente es Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Autor de varios libros y artículos de derecho penal y política criminal.
- * Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello de Cajamarca y con estudios de Maestría en derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido adjunto de docencia de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario General de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Actualmente es Relator de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Ha colaborado con la edición de varias publicaciones de derecho penal.
- * Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en corrupción y Estado de derecho por la Universidad de Salamanca y candidata a doctora por la misma casa de estudio. Ex Jefe de Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial. Secretaria Técnica de la Comisión de Integridad Judicial del Poder Judicial, Secretaria Técnica de sub sistemas especializados y de Comisiones de investigación del Poder Judicial. Coordinadora de equipos de trabajo en la Procuraduría Ad Hoc Anticorrupción y en la Procuraduría de Lavado de Activos. Asesora legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú. Consultora en temas de crimen organizado transnacional, lavado de activos, lucha contra la corrupción y cooperación judicial internacional.
- * Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en derecho penal por la Universidad San Martín de Porres. Candidato a doctor en derecho por la Universidad de León (España). Profesor de derecho penal en la Universidad San Martín de Porres y en la Pontificia Universidad Cató-

1. INTRODUCCIÓN

Sobre el fenómeno de la corrupción se ha escrito e investigado mucho en las tres últimas décadas. En ese proceso y debate cognoscitivo, la definición y explicación de dicho fenómeno ha producido una amplia variedad de conceptos como lo ha puesto de relieve Castro Cuenca (2020: 54) al señalar que “[...] la llamada corrupción política y pública sigue siendo la que mayor atención y preocupación social suscita sobre todo porque surge y se consolida ‘en el marco de las rutinas institucionales del Estado’”. Por consiguiente, los delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional (COT) constituyen uno de los problemas de mayor complejidad y nocividad, ya que afecta y compromete directamente a la institucionalidad y gobernabilidad de los países, sean estos desarrollados, emergentes o pobres. Lamentablemente, en los últimos veinte años, tanto en Europa como en Latinoamérica, ha sido frecuente la presencia de altos funcionarios públicos implicados en delitos derivados o vinculados con prácticas corruptas de abuso del poder y de las prerrogativas que correspondían a los importantes cargos que desempeñaban en la administración pública (Lamas Puccio, 2019). Al respecto, el Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) Luis Almagro (Prólogo en Tablante & Morales, 2018) ha descrito la magnitud de estos sucesos de macrocorrupción en los siguientes términos:

La corrupción engendra corrupción, y a una velocidad más rápida que a la que la democracia puede defenderse. Este abuso causa inestabilidad política y socava la institucionalidad formal mientras construye una paralela, caracterizada por malas prácticas contagiosas. [...] Presidentes que han renunciado, que son enjuiciados y encarcelados, o que son presionados para actuar y terminan adoptando medidas para disimular y orear la presión, son solo la parte visible. [...] Es muy probable que sostener prácticas de corrupción al más alto nivel, implique el apoyo de la estructura detrás y debajo del poder. Además, mandos medios y bajos siguen o forjan el ejemplo sobre el máximo lideraz-

lica del Perú. Ha sido Alto funcionario del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú y también Secretario de Confianza en la Corte Suprema de Justicia de la República. Es autor de varias publicaciones sobre derecho penal.

go respecto a la permisividad de prácticas corruptas. Por esta razón, no es posible el menor margen de tolerancia. Como enfermedad, la corrupción es capaz de permear por completo un sistema político, afectándolo desde la cúpula hasta las actividades más cotidianas de convivencia social, como puede ser obtener un número para hacer un trámite burocrático básico.

Ahora bien, la respuesta ética a la extendida presencia en las sociedades contemporáneas del fenómeno de la corrupción se ha ido formulando, consensuado y concretando a través de un nutrido sistema de instrumentos internacionales y regionales de eficacia vinculante. Todos ellos han sido diseñados para prohibir y actuar sobre los distintos escenarios donde suele instalarse y operar la corrupción administrativa en sus diferentes formas. Por ejemplo, en la Resolución del Parlamento Europeo del 23 de octubre de 2013 sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el lavado de activos, se recomendó establecer:

Sistemas más fuertes para aportar transparencia e integridad a la administración pública y otros organismos públicos, así como para reducir sus cargas burocráticas, debiendo haber pleno acceso a la información sobre todos los aspectos de la organización y la actividad administrativas, el desempeño de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos, entre otras cosas garantizando el derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos (empezando por el delicado sector de la contratación pública); alienta la promoción de una cultura de la legalidad y de la integridad tanto en el sector público como en el sector privado, incluso mediante un programa eficaz de protección de los denunciantes¹.

En ese contexto reactivo, además, se ha requerido también que los poderes legislativos y judiciales de los Estados regulen y apliquen penas eficaces, disuasivas y proporcionales sobre los delitos de corrupción. Considerando, sobre todo, el sensible impacto negativo que esta actividad delictiva produce en la conciencia ciudadana y en la estabilidad política de los gobiernos.

¹ Cfr. Numeral 70.

Así, por ejemplo, el art. 19(1) del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999), al referirse a “sanciones y medidas”, afirma expresamente que:

Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, cada Parte establecerá, con respecto a los delitos tipificados conforme a los arts. 2 a 14, sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyan, cuando sean cometidas por personas físicas, sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) de 2003 exige en su art. 30, sobre “proceso, fallo y sanciones”, que los Estados penalicen “la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo tiene dos finalidades. En primer lugar, dar a conocer las recomendaciones formuladas por los convenios internacionales contra la corrupción y la criminalidad organizada asociada a ella, en torno a la naturaleza y características de las penas principales y accesorias que deben ser reguladas y aplicadas a tales actos ilícitos, así como a sus autores y partícipes. Y, en segundo lugar, describir comparativamente el sistema de penas principales y accesorias que para reprimir aquellas conductas delictivas han sido considerados por los códigos penales de los países no latinoamericanos (España, Italia y EE.UU.), y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile y Perú) objeto de estudio, dedicando un apartado especial al derecho penal colombiano. Se concluye con una visión de conjunto sobre las características comunes y diferencias que se observa en la normatividad interna sobre dicha materia, y con la recomendación de una estrategia de acción para América Latina en general, y para Colombia en particular.

2. SOBRE LOS CONCEPTOS DE PENA, PUNIBILIDAD, PENA PRINCIPAL Y PENA ACCESORIA

Los conceptos de pena y de punibilidad no han sido todavía del todo consensuados por la dogmática penal contemporánea. Por con-

siguiente, para efectos del presente estudio resulta pertinente asignar a ambas categorías conceptuales un significado estrictamente operativo y que permita realizar las finalidades comparativas propuestas. Esto es, que resulte común y adaptable a las características propias de cada sistema jurídico.

En tal sentido, se asume que pena será toda privación o restricción de bienes jurídicos que se conmina en la ley o que los jueces imponen como sanción para el autor o partícipe de un delito, tales como la privación de la libertad ambulatoria, la afectación de la renta patrimonial o del tiempo libre, o la incapacidad para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, etc. (López Barja de Quiroga, 2010; Velásquez, 2009).

Por su parte, por punibilidad se ha de entender la posibilidad legal que tiene todo delito de ser sancionado con una determinada pena. Por tanto, se asocia este concepto al de penalidad y no al de categoría sistemática del delito (López Barja de Quiroga, 2010; García Pérez, 1997). Además, queda referido a una noción de naturaleza cualitativa y de magnitud o extensión. Por tanto, aludirá siempre a la clase de pena y a la extensión que esta tendrá en la ley como sanción para cada delito, y que puede expresarse a través de diferentes unidades de referencia, tales como años, meses o días de privación de libertad o de incapacidad para el ejercicio de derechos, días-multa, o cantidades fijas de dinero para indicar el volumen de renta patrimonial que será afectado.

Mayor consenso suscitan los conceptos de pena principal y de pena accesoria. En efecto, la doctrina especializada y la legislación penal vigente suelen identificar como pena principal a toda pena que acompaña como sanción conminada o consecuencia jurídica a cada delito tipificado en la parte especial de los códigos penales o, en las leyes penales especiales y complementarias (López Barja de Quiroga, 2010; Velásquez, 2009). Cabe mencionar que también se emplean para referirse a esta modalidad de pena otras denominaciones que destacan su regulación legal propia y expresa, así como su aplicación judicial directa y autónoma sin depender para ello de la imposición de otra pena. La más frecuente de estas designaciones alternas es la de pena conminada o pena-tipo (Prado Saldarriaga, VR.2018).

En lo que respecta a la noción de pena accesoria, la bibliografía y normatividad penal la relacionan como una pena que complementa a otra pena de condición principal y, que generalmente suele ser privativa de la libertad. Según Diez Ripollés (2020), se trata de penas que “únicamente pueden ser impuestas junto a una pena principal”. Además, no requieren estar contempladas en la penalidad conminada que se establece en la parte especial de los códigos o leyes penales complementarias para cada delito en particular. Es decir, que “sin mencionarse expresamente en el marco penal abstracto de la figura de delito, van unidas a algunas de las penas en él previstas” (Diez Ripollés, 2020). Sin embargo, como señala Mantovani (2015), su aplicación posee “automaticidad, en el sentido que, por regla, se derivan del derecho a la condena por la pena principal”. Esto es ratificado por López Barja de Quiroga (2010) al destacar que las penas accesorias “acompañan siempre” a las penas principales.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LAS PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las penas que deben recaer sobre los actos de corrupción asociados a la COT, será siempre un dilema político criminal de cada Estado. No obstante, la relevancia global del problema de la corrupción y de sus dañosas consecuencias, demanda que la comunidad internacional acuerde criterios comunes y estándares que sirvan de orientación a las decisiones legislativas y judiciales que deben adoptar las autoridades competentes de cada país para reprimir los delitos de corrupción. Se requiere, por tanto, de estándares de punibilidad o penalización que respondan a la necesidad de contar con penas eficaces, disuasivas y proporcionales para sancionar esta clase de hechos punibles (Buscaglia, 2018).

A modo de ejemplo sobre los estándares internacionales referidos a las penas principales y accesorias que deben aplicarse contra la corrupción asociada a la COT, cabe mencionar lo establecido en los parágrafos 17 y 18 de la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre del 2016, sobre la lucha contra la corrupción. En dicho

documento el citado organismo regional demandó con relación al estándar punitivo lo siguiente:

17. Pide a la Comisión, tomando como base la evaluación de la transposición y aplicación de las normas existentes, que proponga normativas para colmar las lagunas que puedan existir en la lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción, y mejorar la cooperación judicial transfronteriza; pide a la Comisión en concreto que:

a. revise la legislación existente para establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, y clarificar las definiciones comunes de los delitos, incluida la de la pertenencia a una organización o asociación delictiva, que podría interpretarse como un grupo estructurado que existe por un tiempo y está compuesto por dos o más personas que actúan de forma concertada para obtener ilegalmente, y por una vía directa o indirecta, cualquier tipo de beneficios financieros o materiales, y que socava gravemente la cohesión económica y social de la Unión y de sus Estados miembros; [...]

18. Pide a la Comisión que elabore normas mínimas sobre la definición de los delitos y las sanciones.

Ahora bien, resulta oportuno operativizar el significado y las características de lo que los documentos multilaterales califican como penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, ya que no hay especificaciones al respecto en dichos instrumentos. En efecto, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (Convención OCDE), de 21 de noviembre de 1997, fue uno de los primeros textos normativos contra la corrupción internacional que utilizó esta terminología en su art. 3(1) dedicado a las “sanciones”. Según esta disposición, “[e]l cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias”. Sin embargo, en ningún párrafo o artículo posterior se define un estándar cualitativo o cuantitativo que identifique el alcance de dichos términos, o que aluda a la clase o magnitud que permitiría estimar que un determinado castigo penal cumple con tales exigencias. Es más, los comentarios y anotaciones oficiales elaborados para la mejor aplicación de la citada Convención tampoco se han referido a ellos al tratar del art. 3 (OCDE, 2010). Tampoco, en la Recomendación del Consejo para fortalecer la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de fecha 26 de noviembre de 2009, se esclarecieron estos conceptos (OCDE, 2010).

Algo similar se aprecia en los documentos evacuados desde la OEA. Por ejemplo, el Informe Hemisférico de la Quinta Ronda de Análisis del Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC, 1996), de marzo de 2020, destacó como un eje estratégico esencial impulsar “el fin de la impunidad”, fomentando una adecuada y oportuna sanción de los actos de corrupción. No obstante, en sus contenidos no se hizo ninguna indicación expresa sobre las características cualitativas de esa penalidad, concentrando sus recomendaciones, entre otros aspectos, en orientar y alentar la investigación, y el impulso de la acción penal en casos de delitos de corrupción, así como efectuar auditorías de Estado en los procesos por delitos contra la administración pública, y mejorar los mecanismos que ayuden a la eficiencia en la tramitación de los procesos penales por tales hechos punibles (MESISIC, 2020).

Por consiguiente, frente a la limitación de los referentes normativos internacionales, cabe precisar que la doctrina y jurisprudencia especializadas han referido que las sanciones administrativas o penales son eficaces cuando las mismas pueden concretar sus efectos preventivos y sancionadores en un plano material. Así mismo, se les estima como proporcionales en tanto su naturaleza cualitativa y su extensión cuantitativa se correspondan con la gravedad del hecho ilícito y su significado social. Y se las considera disuasorias si poseen capacidad e idoneidad suficientes para producir en el potencial delincuente una desmotivación de su interés por planificar o ejecutar un proyecto ilegal o delictivo (Jaramillo Sierra, 2017).

Sin embargo, la experiencia legislativa muestra que en el contexto internacional los sistemas jurídicos han considerado siempre a las penas principales privativas de libertad, de multa y de inhabilitación como las más idóneas para reprimir delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada. Esto concuerda, en gran medida, con las siguientes estipulaciones que en materia de sanciones han señalado los numerales 5, 6, 8, 9 y 10 del art. 30 de la CNUCC:

5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

8. El párrafo 1 del presente art. no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.

9. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte, y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

10. Los Estados Parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Cabe agregar que este tipo de penas principales también ha sido considerado en otros convenios internacionales relacionados con modalidades de criminalidad organizada como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), en cuyo literal (a) del art. 3.4, sobre delitos y sanciones, dispone que “[c]ada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente art. se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso”.

Sin embargo, no se aprecia entre los estándares internacionales citados una referencia expresa o mandato convencional que disponga la inclusión de una determinada modalidad de penas accesorias. En todo caso, en alguno de estos documentos si se hace particular referencia a la necesidad de aplicar inhabilitaciones funcionales que muy bien podrían configurarse como penas accesorias de inhabilitación. Ello se puede inferir, por ejemplo, de lo dispuesto en el numeral 7 del art. 30 de la CNUCC, el cual establece lo siguiente:

7. Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de esta-

blecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

4. REGULACIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE LOS PAÍSES NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

La presentación sistemática y analítica de las penas principales y accesorias privativas de libertad, de multa o de inhabilitación, que regulan y aplican los sistemas jurídicos de los países que comprende el estudio comparativo, se hará del siguiente modo; primero, será examinado el marco legal de los países no latinoamericano (España, Italia y Estados Unidos); luego, se revisará la normatividad correspondiente a los países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). De manera especial, se evaluarán también las disposiciones legales que sobre las mencionadas penas principales y accesorias contiene el sistema colombiano.

En todo caso, conviene destacar desde un inicio que la mayor parte de los sistemas jurídicos incluidos en la muestra registran en sus catálogos generales, y especiales las tres clases de penas principales o accesorias que serán objeto de descripción y análisis. No obstante, hay también que subrayar que en cada orden jurídico penal nacional se detectan particularidades sobre su forma de conminación, extensión y configuración legal, que se irán precisando al efectuar el análisis comparativo integral.

4.1.1. España

El CP español de 1995, en su art. 32, señala que las penas principales que pueden imponerse a los delitos “son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa”. Estas penas pueden, según se detalla en el art. 33, ser graves, menos graves y leves, según “su naturaleza y duración”. Díez Ripollés (2020) precisa que esta diferenciación

de las penas por su “gravedad”, repercute también en la clasificación de los delitos (graves, menos graves y leves) para los cuales aquellas sanciones punitivas son asignadas como su consecuencia jurídica, tal y como se recoge en el art. 13 del CP².

Las penas graves son la prisión permanente revisable, la prisión superior a cinco años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a cinco años, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo superior a cinco años, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo superior a cinco años y la privación de la patria potestad.

Mientras que las penas menos graves son la prisión de tres meses hasta cinco años, las inhabilitaciones especiales hasta cinco años, la suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años, inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales, y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo de seis meses a cinco años, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras

² Art. 13 del CP español: “1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este art., el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.

personas que determine el juez o tribunal por tiempo de seis meses a cinco años, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de seis meses a cinco años, la multa de más de tres meses, la multa proporcional cualquiera que sea su cuantía y los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año.

Ahora bien, en lo que corresponde a las penas principales privativas de libertad, el art. 35 del CP distingue diferentes modalidades. Sin embargo, solo serán examinadas dos de ellas: la pena de prisión permanente revisable y la pena de prisión. La primera, como lo destaca la doctrina, es una variante de la prisión perpetua con duración indeterminada, aunque con posibilidades de suspensión de su ejecución a través de la libertad condicional y conforme a lo dispuesto en el art. 92 del CP, que establece que la “revisión” sólo puede acontecer después que el condenado haya cumplido cuando menos 25 años “de prisión efectiva”³. Es de señalar que, si bien esta clase de pena privativa de libertad ha sido objeto de razonables cuestionamientos, ha obtenido al mismo tiempo validación constitucional (Diez Ripollés, 2020). La segunda, en cambio, es una pena de duración temporal

³ Art. 92 del CP español: “1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 78 bis para los casos regulados en el mismo. b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. [...] En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. [...] El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado”.

con un mínimo de tres meses y un máximo de veinte años. Las características esenciales y régimen penitenciario especial de ambas penas privativas de libertad se desarrollan en el art. 36 del CP⁴.

⁴ Art. 36 del CP español: “1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el art. 92. [...] La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. [...] En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b). 2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código. [...] Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. [...] En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del art. 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años. [...] El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior. 3. En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad”.

La pena principal de multa en el derecho penal (DP) español se encuentra contemplada en el art. 50 y adopta el modelo de regulación de los días-multa. Su extensión comprende un mínimo de diez días-multa y un máximo de dos años. Sobre sus reglas de determinación del importe dinerario de esta pena pecuniaria, así como de sus límites y plazo de pago tratan también los arts. 50 a 52⁵.

⁵ Art. 50 del CP español: “1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. 2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa. 3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años. 4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. 5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. 6. El tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes”.

Art. 51 del CP español: “Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago”.

Art. 52 del CP español: “1. No obstante lo dispuesto en los arts. anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. 2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable. 3. Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen”.

Tal como destaca López Barja de Quiroga (2010), en el DP español coexisten tres modalidades de multa: la multa típica, la multa sustitutiva y la multa porcentual (para efectos del presente análisis interesan, en particular, los conceptos de multa típica y porcentual). Al respecto, el autor citado precisa que la multa típica “es la prevista en el Código de forma directa asociándola a cada delito en concreto”. En cambio, la multa porcentual es aquella que “debe establecerse en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo”.

La pena principal de inhabilitación en la legislación española está integrada con otras formas de suspensión de derechos como “penas privativas de derechos”. Al respecto Pozuelo Pérez & Bacigalupo Saggese (2019), señalan que se trata de penas que “implican la privación o restricción de *otros* derechos diferentes a los afectados por las penas privativas de libertad y la pena de multa. Este tipo de sanciones pueden imponerse como penas principales y como penas accesorias”.

Siguiendo su tradición histórica, el CP español regula dos formas de inhabilitación: la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial. La primera como pena principal tiene una duración de hasta 25 años. Además, produce, según el art. 41, “la privación definitiva de todos los honores, empleos o cargos públicos que tenga el penado”. Además, genera “la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores y empleos o cargos públicos, y la de ser elegido para cargo públicos, durante el tiempo de la condena”.

El primero de los efectos de esta sanción afecta a todos los cargos o empleos públicos que tuviera el condenado, sin necesidad de que haya existido vinculación con la infracción cometida, e implica su pérdida definitiva, de manera firme e irrevocable, extinguiéndose la relación, funcional o no, del sujeto con los cargos o empleos públicos que tuviera. El segundo de los efectos es la incapacidad para poder desempeñar tanto los cargos o empleos que se tuvieran, como cualesquiera otros honores, empleos o cargos públicos. Implica, por tanto, una imposibilidad de acceder a la función pública, por cualquiera de sus vías, incluida la electiva, y en relación con todas las administraciones: central, autonómica o local (Pozuelo Pérez & Bacigalupo Saggese, 2019).

En cambio, la inhabilitación especial se caracteriza “por privar del ejercicio de derechos específicos. Se le considera como una pena grave si su duración es mayor de cinco años. Su límite máximo de duración es de 20 años. Según el tipo de derechos que son afectados coexisten ‘seis clases de inhabilitaciones especiales’” (Díez Ripollés, 2020). De todas ellas dos resultan pertinentes al presente estudio. Se trata de la inhabilitación especial para empleo o cargo público y de la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria. Según Pozuelo Pérez & Bacigalupo Saggessen (2019), la primera:

[...] tiene su fundamento en el hecho de que el sujeto al que se le impone esta sanción ha utilizado el empleo o cargo público que ejercía como instrumento para la comisión del delito, abusando de la función pública que desempeñaba. Esta sanción, del mismo modo que la inhabilitación absoluta, también tiene dos consecuencias: por un lado, la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayera y de los honores que los acompañen, y, por otro, la incapacidad para obtener el mismo empleo o cargo público u otros análogos durante el tiempo de la condena. Pero, a diferencia de la inhabilitación absoluta, esta sanción solo afecta al empleo o cargo público que se determine en la sentencia (en la cual se han de especificar los concretos empleos, cargos y honores sobre los que recae), lo que significa que el condenado puede tener otros empleos o cargos públicos que no quedarán afectados por la imposición de esta pena.

Por su parte, la segunda implica:

[...] la imposibilidad de dedicarse a una determinada actividad profesional, se requiera o no para su ejercicio una determinada habilitación, licencia o permiso. En caso de que la concreta actividad requiriera algún tipo de título o habilitación, éstos no se pierden y, por tanto, no habría que volver a obtenerlos transcurrido el tiempo de la condena. El fundamento de esta sanción reside en el hecho de haber utilizado la profesión, oficio, industria o comercio para cometer el delito, vinculación que debe motivarse en la sentencia, la cual, además, ha de determinar qué concreta actividad profesional se ve afectada por la imposición de esta sanción (Pozuelo Pérez & Bacigalupo Saggessen, 2019).

Como una particularidad del sistema penal español cabe mencionar que regula también, como otra forma de pena privativa de derechos, la pena principal de suspensión de empleo o cargo público, diferenciándola de manera sistemática y expresa de las penas de inhabilitación. Su duración mínima es de seis meses y la máxima de seis

años. Al respecto sostiene López Barja de Quiroga (2010), que “[l]as diferencias entre esta pena y la inhabilitación son claras: la pena de suspensión se concreta en la privación del ejercicio del cargo durante un periodo de tiempo, mientras que la pena de inhabilitación produce la privación definitiva del cargo, esto es, la pérdida definitiva del mismo”. El CP se refiere a los efectos de estas penas en los arts. 41 (inhabilitación absoluta)⁶, 42 (inhabilitación especial para empleo o cargo público)⁷ y 43 (suspensión de empleo o cargo público)⁸.

En lo que corresponde al rango de la penalidad establecida para los delitos de corrupción en la Parte Especial del CP español, cabe destacar que su composición es mayormente conjunta, tal como se especifica en el listado siguiente:

1. Cohecho activo (art. 424): prisión de 2 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 5 a 9 años.
2. Cohecho pasivo (arts. 419, 420 y 421): prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 9 a 12 años.
3. Corrupción entre sujetos particulares (art. 286 *bis*): prisión de 6 meses a 4 años, multa del triplo del valor del beneficio obtenido e inhabilitación especial de 1 a 6 años.
4. Corrupción de funcionarios en los negocios internacionales (art. 286 *ter*): prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 7 a 12 años.

⁶ Art. 41 del CP español: “La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena”.

⁷ Art. 42 del CP español: “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”.

⁸ Art. 43 del CP español; “La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena”.

5. Peculado (art. 432): prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años.
6. Colusión (art. 436): prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años.
7. Cohecho internacional (art. 427): prisión de 2 a 6 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de 9 a 12 años.
8. Malversación (art. 432): prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años.
9. Tráfico de influencias (arts. 428 al 430): prisión de 6 meses a 2 años e inhabilitación especial de 6 a 10 años.

Con respecto a los rangos de las penas para los delitos de criminalidad organizada, estos son las siguientes:

10. Pertenencia a organización criminal (art. 570 *bis*): prisión de 2 a 5 años e inhabilitación especial de 6 a 20 años;
11. Tráfico ilícito de drogas (art. 368): 3 a 6 años y multa del triple del valor de la droga objeto del delito).
12. Lavado de activos (art. 301): prisión de 6 meses a 12 años y multa del triple del valor de los bienes objeto del delito.

En el derecho penal español, la regulación de las penas accesorias ha mantenido el tradicional modelo consistente en disponer legalmente su imposición en casos de condena a determinadas penas principales de prisión y a las que la doctrina hispana denomina vinculantes (Díez Ripollés, 2020). Ello implica una imposición necesaria y derivada de las penas accesorias, que según el art. 56 del CP, pueden conllevar también la suspensión de empleo o cargo público. No obstante, este efecto vinculante exige que el delito para el cual se establece la pena principal de prisión no tenga conminada, también, como otra pena principal conjunta, una pena principal de inhabilitación. Así, el art. 54 del CP dispone que “las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la ley declare que otras penas las llevan consigo”, mientras que el art. 55 del CP señala que:

[...] la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que

ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.

Finalmente, el art. 56 del CP ordena que, en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impongan, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, la suspensión de empleo o cargo público, entre otras. Cabe además agregar, que tratándose de penas accesorias la normatividad penal española precisa en el numeral 6, del art. 33 del CP, que “tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código”.

4.1.2. Italia

El CP italiano de 1930 es uno de los de mayor vigencia histórica en Europa y ha sido objeto de múltiples y continuas reformas. Una de las más recientes modificaciones ocurrió precisamente en el dominio de los delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada a través de la Ley 3, de 9 de enero de 2019 (De Vita, 2019). En lo que se refiere a las penas principales, el art. 17 del CP regula un catálogo con cuatro modalidades: la muerte, la reclusión perpetua (*l'ergastolo*), la prisión (*reclusione*) y la multa. Sin embargo, como señala Mantovani (2015), la pena de muerte fue eliminada del ordenamiento penal italiano de manera paulatina pero definitiva a través de la Ley 589 de 1994.

Según el art. 18 del CP, las principales penas privativas o restrictivas de la libertad personal son de tres clases, si bien, a los efectos del presente estudio, solo interesan dos de ellas: la reclusión perpetua y la prisión (los arts. 22 y 23 del CP describen las características de estas penas). La primera, es una forma de prisión perpetua, razón por la cual Fiandaca & Musco, referidos por Montavani (2015), se refieren a la misma como una privación de libertad que dura toda la vida del condenado, salvo la excarcelación por liberación condicional. La segunda, en cambio, es una pena privativa de libertad de duración

temporal con un mínimo de 15 días y un máximo de 24 años. No obstante, el máximo de la pena de reclusión puede elevarse hasta treinta años en los casos de concurso de circunstancias agravantes o de delitos (Montavani, 2015). Es de mencionar que para la penalidad de los delitos de corrupción sólo se han considerado penas de reclusión o prisión temporal.

Sobre la pena principal de multa la normatividad italiana regula formas de multa tasada y porcentual. La primera toma como unidad de referencia un monto en euros y la segunda aplica criterios porcentuales o abiertos en base al valor del beneficio ilegal o daño generados, así como también la capacidad económica del condenado. Este proceder legislativo ha sido cuestionado por la doctrina especializada que interpreta que utilizar este tipo de regulación de la pena pecuniaria conlleva defectos de legalidad y constitucionalidad. No obstante, la Corte Constitucional italiana ha convalidado la actual configuración legal de la multa. Al respecto, se ha observado lo siguiente:

El sistema de las penas pecuniarias, en los términos previstos por el CP, ha dado lugar a no pocas críticas y dudas de constitucionalidad. Comenzando, sobre todo, por las penas pecuniarias legalmente determinadas, no con el criterio normal del mínimo y del máximo legal, sino en medida *fija* o bien, sin un límite máximo, pero en medida proporcionada al valor o a la cantidad del objeto del hecho punible (Montavani, 2015).

Cabe agregar que la ley también autoriza al Juez a añadir una pena de multa cuando los delitos cometidos hayan sido “determinados por motivos de lucro” y sean reprimidos legalmente “con la sola pena de reclusión” (Montavani, 2015). Las reglas actualizadas que rigen lo concerniente a la pena de multa están determinados en los arts. 24 (multa)⁹ y 133 *bis* (*condizioni economiche del reo; valutazione agli effetti della pena pecuniaria*)¹⁰.

⁹ Art. 24 del CP italiano. *Multa*: “1. La pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a euro 50, né superiore a euro 50.000. 2. Per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da euro 50 a euro 25.000”.

¹⁰ Art. 133 *bis* del CP italiano. *Condizioni economiche del reo; valutazione agli effetti della pena pecuniaria*: “1. Nella determinazione dell’ammontare della multa o

En lo que corresponde a la penalidad establecida para los delitos de corrupción y de criminalidad organizada en la Parte Especial del CP italiano, es de destacar que para ellos se contempla de modo predominante sólo penas conjuntas de reclusión e inhabilitación especial. No obstante, atendiendo a que tales delitos se encuentran siempre determinados por móviles de lucro es posible agregarles judicialmente como pena acumulativa la de multa en los términos que autoriza el art. 133 *bis*. Este tratamiento punitivo puede apreciarse en los siguientes delitos:

1. Cohecho activo (art. 321): *reclusione* de 3 a 10 años.
2. Cohecho pasivo (art. 318): *reclusione* de 3 a 10 años.
3. Peculado (art. 314): *reclusione* de 2 a 6 años.
4. Peculado o cohecho internacional (art. 322 bis): *reclusione* de 2 a 10 años.
5. Malversación de recursos estatales obtenidos por terceros (art. 316 bis): *reclusione* de 6 meses a 4 años.
6. Tráfico de influencias (art. 346 bis): *reclusione* de 1 a 2 años y 6 meses.
7. Asociación para delinquir (art. 416): *reclusione* de 1 a 5 años.

Sin embargo, otros delitos relativos a la criminalidad organizada incluyen también penas de multa como:

8. Lavado de activos (art. 648 *bis*): *reclusione* de 4 meses a 12 años y multa de 5000 a 25 000 EUROS).
9. El tráfico ilícito de drogas (art. 73 del *Testo Unico sulla Droga* de 9 de octubre de 1990): *reclusione* de 6 a 20 años y multa de 26.000 a 200.000 euros)¹¹.

dell'ammenda il giudice deve tenere conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche del reo. 2. Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa".

¹¹ Para mayores detalles ver la Tabla 2 de los anexos.

Ahora bien, una particularidad del sistema italiano es que el art. 19¹² del CP establece que la pena de inhabilitación (*l'interdizione*) sólo puede aplicarse como pena accesoria. El mencionado dispositivo legal comprende como penas accesorias varias incapacidades. De ellas, las recogidas en los numerales 1 y 5 del mencionado articulado guardan relación con la materia que se analiza.

La pena accesoria de inhabilitación es desarrollada en cuanto a su duración y a las incapacidades que genera por el art. 28 del CP italiano¹³. También se aprecia en el art. 29¹⁴ del mismo cuerpo normativo

¹² Art. 19 del CP italiano. *Pene accessorie: specie*: “1. Le pene accessorie per i delitti sono: 1) l’interdizione dai pubblici uffici; 2) l’interdizione da una professione o da un’arte; 3) l’interdizione legale; 4) l’interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese; 5) l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione; 5-bis) l’estinzione del rapporto di impiego o di lavoro; 6) la decadenza o la suspensión dall’esercizio della responsabilità genitoriale”.

¹³ Art. 28 del CP italiano. *Interdizione dai pubblici uffici*. 1. *L’interdizione dai pubblici uffici è perpetua o temporanea. [...] L’interdizione perpetua dai pubblici uffici, salvo che dalla legge sia altrimenti disposto, priva il condannato: 1) del diritto di elettorato o di eleggibilità in qualsiasi comizio elettorale, e di ogni altro diritto politico; 2) di ogni pubblico ufficio, di ogni incarico non obbligatorio di pubblico servizio, e della qualità ad essi inerente di pubblico ufficiale o d’incaricato di pubblico servizio; 3) dell’ufficio di tutore o di curatore, anche provvisorio, e di ogni altro ufficio attinente alla tutela o alla cura; 4) dei gradi e della dignità accademiche, dei titoli, delle decorazioni o di altre pubbliche insegne onorifiche; 5) degli stipendi, delle pensioni e degli assegni che siano a carico dello Stato o di un altro ente pubblico; 6) di ogni diritto onorifico, inerente a qualunque degli uffici, servizi, gradi o titoli e delle qualità, dignità e decorazioni indicati nei numeri precedenti; 7) della capacità di assumere o di acquistare qualsiasi diritto, ufficio, servicio, qualità, grado, título, dignità, decorazione e insegna onorifica, indicati nei numeri precedenti. [...] L’interdizione temporanea priva il condannato della capacità di acquistare o di esercitare o di godere, durante l’interdizione, i predetti diritti, uffici, servicios, qualità, gradi, títulos e onorificenze. [...] Essa non può avere una durata inferiore a un año, né superiore a cinque. [...] La legge determina i casi nei quali l’interdizione dai pubblici uffici è limitata ad alcuni di questi.*

¹⁴ Art. 29 del CP italiano: *Casi nei quali alla condanna consegue l’interdizione dai pubblici uffici*: “La condanna all’ergastolo e la condanna alla reclusión per un tempo non inferior a cinco años importano l’interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici; e la condanna alla reclusión per un tempo non inferior a tre años importa l’interdizione dai pubblici uffici per la durata di años cinco. [...]”

que dicha pena accesoria puede ser impuesta como un efecto vinculante y derivado de condenas a penas privativas de libertad (*l'ergastolo o reclusione*).

Ahora bien, la pena accesoria de inhabilitación para contratar con la administración pública y de la que tratan los arts. 32 ter¹⁵ y 32 quater¹⁶ del CP, es la que en los últimos años ha adquirido especial utilidad para reprimir a los condenados por delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada. Precisamente, uno de los cambios más relevantes y controvertidos que introdujo la denominada *legge spazzacorrotti* de 2019, fue la modificación de la extensión de dicha pena alcanzando la perpetuidad para el caso de determinados delitos de corrupción en la administración pública a través de lo dispuesto en el art. 317 bis (*pene accessorie*)¹⁷. Se cuestiona, por ejemplo, que

La dichiarazione di abitudinalità o di professionalità nel delitto ovvero di tendenza a delinquere, importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici".

¹⁵ Art. 32-ter del CP italiano. *Incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*. "L'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione importa il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. [...] Essa non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a cinque anni".

¹⁶ Art. 32-quater del CP italiano. *Casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*. "Ogni condanna per i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 423-bis, primo comma, 437, 452-bis, 452-quater, 452-sexies, 452-septies, 452-quaterdecies, 501, 501-bis, 640, secondo comma, numero 1, 640-bis e 644, commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa, importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione".

¹⁷ Art. 317-bis del CP italiano. *Pene accessorie*. "La condanna per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Nondimeno, se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-bis, primo comma, la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni. Quando ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-bis, secondo comma, la condanna per i delitti ivi previsti importa le sanzioni accessorie di cui al primo comma del presente articolo per una durata non inferiore a un anno né superiore a cinque anni".

se afecta el principio de proporcionalidad ya que la pena accesoria tendría una extensión superior que la pena principal de reclusión prevista para los mismos delitos (Cirillo, 2019). Sobre esta reforma legal se ha mencionado que “tendría por objeto vetar a los condenados en delitos contra la administración pública, cualquier forma de nuevo acceso y/o contrato con el sector público. Estas penas alcanzan su mayor rigor con la previsión de su perpetuidad en los casos de condena superior a dos años” (Selim de Sales, 2020). Se estima, además que está atemporalidad tendría relación con “la comprensión de que, en la práctica, el mero endurecimiento de las penas principales previstas en el CP italiano no estaría dando resultados significativos en el contraste con la corrupción” (*ídem*).

Es de mencionar, finalmente, que para algunos juristas italianos la proliferación del uso de las penas accesorias de inhabilitación ha generado una innecesaria dispersión y confusión sobre su condición operativa. Por ejemplo, se advierte que no resulta técnicamente apropiado la inclusión de penas accesorias en la parte especial del CP o en leyes especiales, por tal razón se sugiere que a tales penas se les de la condición de principales. Sobre esta cuestión, Mantovani (2015) señala lo siguiente:

Las penas accesorias por su penetrante incidencia sobre la esfera jurídica del condenado y por su desordenado proliferar en las leyes especiales, son objeto desde hace tiempo de un gran esfuerzo de racionalización. Ello mediante la propuesta de conversión, sobre todo, de aquellas interdictivas, en penas principales o, en todo caso, proponiendo la redimensión de las penas accesorias comunes (previstas en el art. 28 para un indeterminado número de casos) y una potenciación de las penas accesorias especiales (es decir, referibles a específicas categorías de hechos ilícitos y funcionales en términos preventivo-general y preventivo-especial).

4.1.3. Estados Unidos

Para comprender el sistema de penas principales regulado en los Estados Unidos es pertinente partir de varias precisiones que hacen notables diferencias con los sistemas penales euro-continentales. Sobre todo, en lo concerniente al modo de identificar y regular el catálogo de castigos penales. En primer lugar, es de recordar que el sistema político norteamericano no es unitario sino federativo. Pero,

además, que su sistema jurídico sea de origen anglosajón, hace que sea muy distinto en sus construcciones dogmáticas y de técnica legislativa, con respecto al que rige en los demás países analizados en el presente estudio. Asimismo, junto a una Constitución federal en los Estados Unidos coexisten también otras cincuenta constituciones de los Estados que integran la Unión. Además, todos los Estados federados cuentan, a su vez, con sus propios sistemas penales y procesales penales. A todos ellos se deben agregar el sistema penal y procesal penal que rige en el Distrito Federal (*District of Columbia*) y el sistema penal militar, así como las demás regulaciones en materia procesal penal que rigen en varios territorios y la justicia indígena (Cassel, 2015).

En este complejo contexto normativo, se debe distinguir la existencia de varias categorías de hechos punibles como los delitos federales y los delitos estatales, dependiendo de si las conductas delictivas afectan a leyes del gobierno federal o del gobierno estatal. Esta clasificación bipartita de hechos punibles puede generar que una misma conducta que puede ser considerada delito en un Estado¹⁸, pero no en otro, porque los delitos y las leyes estatales sólo se aplican en sus respectivas jurisdicciones, mientras que los delitos federales conservan tal condición en todos los Estados. Hasta antes de las reformas de mediados de la década de 1970, todos esos factores y desarmonías legislativas se reflejaban también en las penas y en sus prácticas de aplicación judicial (Zysman Quirós, 2023).

Otro aspecto importante respecto a las penas principales en el sistema norteamericano está también ligado a los enfoques político criminales de clara orientación neorretribucionista, que comenzaron a consolidarse desde las dos últimas décadas del siglo XX, favoreciendo el establecimiento de penas fijas y proporcionadas con un mismo esquema de determinación judicial. Esto se tradujo en un conjunto de propuestas de reforma legislativas dirigidas a procurar la imposición de penas apropiadas para distintos delitos de diversa gravedad (Zysman Quirós, 2013).

¹⁸ Vid. Office of the Law Revision Council. United States Code. US House of Representatives. https://uscode.house.gov/about_code.xhtml?jsessionid=2F2341FF93B2707456B1EA39CA89BE42

Partiendo, pues, de aquellas particularidades del sistema penal norteamericano, cabe destacar la existencia del *US Code*¹⁹, cuyo título 18 se refiere a los delitos y al proceso penal (que incluye, entre otras, la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, FCPA)²⁰. Allí, se regula todo lo concerniente a los delitos federales, a las penas que le son aplicables y a las reglas, órganos y ritos del proceso penal. Su peculiar técnica legislativa permite inferir que las penas principales pueden ser de muerte, de cadena perpetua, de prisión, multa e inhabilitación. Un aspecto importante a tener en cuenta es que la condición de autor principal, cómplice o encubridor en el delito cometido tiene un efecto directo sobre la configuración cualitativa y cuantitativa de la pena principal aplicable.

Sobre la penalidad conminada es también importante para el sistema norteamericano tener en cuenta su clasificación de los hechos punibles en delitos graves (*felony*) y delitos menores (*petty offense-misdemeanor*). Esta última categoría de hechos punibles, por ejemplo, es sancionada mayormente con penas de multa.

En relación con los delitos de corrupción, se debe precisar que son calificados como *offenses* y se les suele reprimir con penas principales de prisión, multa e inhabilitación. En particular, los delitos contra la administración pública que ocurren en procesos de contratación están tipificados y sancionados en el capítulo 23 (*contracts*: §§ 431-443), mientras que los delitos de peculado se recogen en el capítulo 31 (*embezzlement and theft*: §§ 641-670). Por su parte, en lo que se refiere a las conductas de soborno (*bribery*) en la actividad pública, privada, así como en la realización de transacciones comer-

¹⁹ Idem.

²⁰ El *US Code* es una compilación, codificada y ordenada por materias, de las leyes generales y permanentes de los Estados Unidos a nivel federal. Este sistema normativo está dividido en unidades más pequeñas llamadas títulos. Cada título cubre una amplia categoría temática (como, por ejemplo, el título 7 sobre agricultura, o el título 10 sobre las fuerzas armadas). El *US Code* tiene 54 títulos, estando el 18 referido a los delitos y al proceso penal. Es competencia del Congreso determinar por ley el contenido de los títulos del *US Code*. Además, la sistematización y evaluación permanente de las disposiciones independientes, generales y permanentes que lo integran está a cargo de la Oficina del Consejo de Revisión de la Ley.

ciales internacionales (incorporadas en la FCPA), están sancionadas con penas principales conjuntas de prisión, multa e inhabilitación. Por ejemplo, en el caso de soborno de funcionarios públicos (§ 201), la pena de prisión puede ser de hasta por 15 años y la inhabilitación implica la pérdida del cargo o investidura que ostentaba el autor del delito²¹.

²¹ Vid.: § 201 del Título 18 del US Code. *Bribery of public officials and witnesses*: “(a) For the purpose of this section (1) the term “public official” means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror; (2) the term “person who has been selected to be a public official” means any person who has been nominated or appointed to be a public official, or has been officially informed that such person will be so nominated or appointed; and (3) the term “official act” means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official’s official capacity, or in such official’s place of trust or profit. [...] (b) Whoever — (1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent— (A) to influence any official act; or (B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person; (2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for: (A) being influenced in the performance of any official act; (B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or (C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person; (3) directly or indirectly, corruptly gives, offers, or promises anything of value to any person, or offers or promises such person to give anything of value to any other person or entity, with intent to influence the testimony under oath or affirmation of such first-mentioned person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or with intent to influence such person to absent himself therefrom; (4)

Los delitos de corrupción suelen ser reprimidos con penas alternativas de multa o prisión, pero también estas dos penas podrán ser impuestas conjuntamente atendiendo a la gravedad del delito. El rango de pena de prisión puede tener un mínimo de 1 año y un máximo de 30 años. No obstante, en casos graves se puede aplicar la cadena perpetua. En cuanto a la pena de multa esta se establece de

directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity in return for being influenced in testimony under oath or affirmation as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or in return for absenting himself therefrom; shall be fined under this title or not more than three times the monetary equivalent of the thing of value, whichever is greater, or imprisoned for not more than fifteen years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States. [...] (c) Whoever— (1) otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty— (A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or (B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person;

(2) directly or indirectly, gives, offers, or promises anything of value to any person, for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or for or because of such person's absence therefrom; (3) directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or for or because of such person's absence therefrom; shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both. [...] (d) Paragraphs (3) and (4) of subsection (b) and paragraphs (2) and (3) of subsection (c) shall not be construed to prohibit the payment or receipt of witness fees provided by law, or the payment, by the party upon whose behalf a witness is called and receipt by a witness, of the reasonable cost of travel and subsistence incurred and the reasonable value of time lost in attendance at any such trial, hearing, or proceeding, or in the case of expert witnesses, a reasonable fee for time spent in the preparation of such opinion, and in appearing and testifying. [...] (e) The offenses and penalties prescribed in this section are separate from and in addition to those prescribed in sections 1503, 1504, and 1505 of this title”.

modo tasado y puede ser en casos leves de 1000 dólares, y en los más graves de hasta 10 millones de dólares. Sin embargo, la pena de inhabilitación es definitiva e impedirá ejercer cargo público²².

²² Para una mejor comprensión de la complejidad y particularidad del sistema norteamericano, utilizaremos, como ejemplo, los rangos punitivos específicos en lo concerniente a los delitos de soborno y que dentro de la muestra examinada son los delitos de corrupción más caracterizados. El soborno o cohecho en el sistema Federal de los Estados Unidos está sancionado según su tipología y gravedad. Las penas aplicables son de prisión con un mínimo de un año y un máximo de 15 años. Pero en casos excepcionales se consideran penas de prisión superiores a 15 años e incluso la cadena perpetua. Las otras penas son multa e inhabilitación cuya extensión se ajusta según las características y gravedad del caso.

Así, tenemos que el cohecho pasivo propio está sancionado con multa, o con una pena pecuniaria no superior al triple del equivalente monetario de la cosa de valor. De ambas opciones, la que sea mayor, o con una pena de prisión no superior a quince años, o con ambas. Además, el funcionario público podrá ser inhabilitado para ejercer cualquier cargo de honor, confianza o beneficio en los Estados Unidos. Por su parte, en el cohecho activo genérico, el cohecho pasivo impropio y el cohecho activo específico, el sujeto puede ser objeto de multa, pena de prisión por un período no superior a dos años, o ambas (§ 202 – Definitions. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code). En toda otra serie de supuestos de soborno, la sanción se impone según el grado de la intencionalidad que tuvo el sujeto para cometer el delito. Así, al partícipe simple se le impone pena de prisión no superior a un año o multa (o incluso ambas penas), mientras que al sujeto que despliega la conducta ilícita deliberadamente se le impone pena de prisión no superior a cinco años o multa, o ambas penas (además, de manera independiente, al sujeto condenado se le puede imponer una sanción civil de no más de 50.000 dólares por cada infracción o el importe de la compensación que la persona recibió u ofreció por la conducta prohibida, según cuál sea el importe mayor). Estos casos se refieren a los delitos de soborno o cohecho vinculados a: (a) la remuneración de miembros del Congreso, funcionarios y otras personas en asuntos que afecten al Gobierno (§ 203 - *Compensation to Members of Congress, officers, and others in matters affecting the Government. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code*); (b) la práctica de los miembros del Congreso ante el Tribunal de Reclamaciones Federales de los Estados Unidos o el Tribunal de Apelación del Circuito Federal de los Estados Unidos (§ 204 - *Practice in United States Court of Federal Claims or the United States Court of Appeals for the Federal Circuit by Members of Congress. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code*); (c) actividades de funcionarios y empleados en reclamaciones y otros asuntos que afecten al Gobierno (§ 205 - *Activities of officers and employees in*

claims against and other matters affecting the Government. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (d) restricciones aplicables a antiguos funcionarios y cargos electos de los poderes ejecutivo y legislativo (§ 207 - Restrictions on former officers, employees, and elected officials of the executive and legislative branches. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (e) actos que afectan un interés financiero personal (§ 208 - Acts affecting a personal financial interest. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (f) sueldos de funcionarios y empleados públicos pagaderos únicamente por los Estados Unidos (§ 209 - Salary of Government officials and employees payable only by United States. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code).

Los sobornos o cohechos que tienen una pena de prisión no mayor a un año o pena de multa, o ambas penas, están referidos a: (a) supuestos de oferta para obtener un cargo público por nombramiento (§ 210 - Offer to procure appointive public office. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (b) aceptación o solicitud para obtener un cargo público por nombramiento (§ 211 - Acceptance or solicitation to obtain appointive public office. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (c) oferta de préstamo o gratificación a un examinador de una institución financiera (§ 212 - Offer of loan or gratuity to financial institution examiner. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (d) ofertas para la obtención de un préstamo del Banco de la Reserva Federal (§ 214 - Offer for procurement of Federal Reserve bank loan and discount of commercial paper. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code); (e) aceptación de contraprestaciones para la regularización de deudas agrarias (§ 217 - Acceptance of consideration for adjustment of farm indebtedness. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code).

En el delito de soborno en el marco de una aceptación de préstamo o gratificación por parte del examinador de instituciones financieras, se prevé que se impondrá una multa, una pena de prisión no superior a un año, o ambas penas; pero, también una multa adicional equivalente al monto del dinero prestado o a la gratificación entregada; e inhabilitación para ejercer como examinador (§ 213 - Acceptance of loan or gratuity by financial institution examiner. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code).

Por sobornos en competiciones deportivas la pena es multa o prisión no superior a 5 años, o ambas penas (§ 224 - Bribery in sporting contests. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code).

Tratándose de sobornos o cohechos referidos a remuneraciones ilegales por derivaciones a centros de recuperación, centros de tratamiento clínico y laboratorios la pena es de multa no superior a 200.000 dólares, o una pena de prisión no superior a 10 años, o ambas penas (§ 220 - Illegal remunerations for referrals to recovery homes, clinical treatment facilities, and laboratories. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code).

Para los delitos vinculados a sobornos que afectan a la protección portuaria la pena es multa en virtud del presente título o prisión no superior a 15 años, o ambas penas (§ 226 - Bribery affecting port security. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code).

4.1.4. Análisis comparado

Los tres sistemas jurídicos no latinoamericanos examinados presentan entre sí notables diferencias en la incorporación de las penas principales y accesorias aplicables a los delitos de corrupción y a los vinculados a la COT. No obstante, en todos ellos se aprecia la prevalencia de las penas privativas de la libertad como opción punitiva para tales hechos punibles. En menor medida se incorporan otras penas conjuntas como la multa o la pena de inhabilitación. No obstante, la regulación de estas penas no es homogénea como tampoco los rangos específicos considerados para la penalidad de cada delito y la forma de determinación judicial de la pena. Lo cual, ha sido perfilado en lo esencial en el examen de cada sistema penal y se registra también en las tablas anexas.

En lo referente a sobornos o cohechos relativos a influencia ilícita en las decisiones de empleo de una entidad privada por parte de un miembro del Congreso o un funcionario o empleado del poder legislativo o ejecutivo la pena será multa en virtud de este título o prisión no superior a 15 años, o ambas penas, y el autor del delito podrá ser inhabilitado para ocupar cualquier cargo de honor, confianza o beneficio bajo los Estados Unidos (§ 227 - *Wrongfully influencing a private entity's employment decisions by a Member of Congress or an officer or employee of the legislative or executive Branch. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code*).

Ahora bien, para los sobornos o cohechos vinculados la recepción de comisiones o regalos para la obtención de préstamos se impone multa con un máximo de \$1.000.000 o tres veces el valor de la cosa dada, ofrecida, prometida, solicitada, demandada, aceptada o que se acordó aceptar (en todo caso el monto que sea mayor); o también pena de prisión de hasta 30 años, o se pueden imponer conjuntamente ambas penas. No obstante, si el valor de la cosa dada, ofrecida, prometida, solicitada, demandada, aceptada o que se acordó aceptar no excede de 1.000 dólares, se impondrá multa o pena de prisión por un máximo de un año, o ambas penas (§ 215 - *Receipt of commissions or gifts for procuring loans. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code*).

Finalmente, los sobornos o cohechos relativos a delitos financieros continuados son reprimidos con multa no superior a 10.000.000 de dólares si se trata de un particular, o a 20.000.000 de dólares si se trata de una organización. Además, se impondrá conjuntamente una pena de prisión no inferior a 10 años y que podrá ser en casos muy graves de cadena perpetua (§ 225 - *Continuing financial crimes Enterprise. Chapter 11. Part I. 18 U.S. Code*).

Ahora bien, es de señalar que el sistema norteamericano tiene un modelo de conminación penal y reglas de determinación judicial de la pena muy particulares, que impiden por sus notables diferencias compararlo con los que corresponden a los sistemas español e italiano. Por tal razón, el presente análisis comparativo se hará sólo entre estos dos últimos modelos legislativos.

Comencemos señalando que en España, el extremo mínimo de penas privativas de libertad puede ser de 6 meses y el máximo de 6 años. En cambio, en el sistema italiano si bien el mínimo de la pena de *reclusione* es de 6 meses el máximo de pena aplicable puede llegar a los 20 años.

En lo que respecta a la pena de multa lo que hace la diferencia es el modo de conminación y determinación judicial. En efecto, en el caso español se utiliza el sistema de días multa con un rango entre 12 y 24 meses, mientras que el sistema italiano solo incluye penas de multa para los delitos de COT, más no para los delitos de corrupción. Además, en los casos donde se incluye la multa esta es semi tasada y con montos dinerarios cuyo rango mínimo puede ser de 5000 euros y el máximo de 200.000 euros.

Cabe resaltar una particularidad del sistema hispano para los delitos de tráfico ilícito de drogas y de lavado de activos. Efectivamente, para el primero, la multa se determina en base a un triplo del importe o valor de la droga objeto del delito, mientras que para el segundo la multa se aplica con el equivalente a un triplo del valor de los bienes involucrados en la operación de lavado de activos realizada. Esta modalidad nos parece muy pertinente y podría ser también utilizada por los otros países analizados.

También resulta interesante considerar la opción italiana de incluir una pena de multa conjunta cuando se trate de un delito cometido con fines de lucro como son los delitos de corrupción y de COT.

En lo que atañe a las penas de inhabilitación, es de señalar que en el sistema español esta pena puede aplicarse como pena principal o accesoria y con modalidades de aplicación absoluta o especial. Sus rangos para los delitos de corrupción van desde 1 año como mínimo y hasta 20 años como máximo. En cambio, en el caso italiano solo

puede imponerse la pena de inhabilitación como pena accesoria hasta por 3 años debido a que los delitos de corrupción y de COT son reprimidos con pena de *reclusione*.

Finalmente, es de precisar que ninguno de los tres sistemas jurídicos examinados ha regulado penas atendiendo a conexiones de los delitos de corrupción con delitos de COT. Por consiguiente, tal relación sólo podrá dar lugar a la configuración de circunstancias agravantes específicas en los delitos de COT si así lo regula la ley (por ejemplo, si el delito de COT lo comete un funcionario público), o a un concurso de delitos (sistemas español e italiano) si no se ha incluido tal circunstancia agravante específica.

4.2. Sistemas jurídicos de los países latinoamericano

4.2.1. Argentina

El CP federal argentino de 1921, ha sido objeto de más de 900 reformas y adiciones en su articulado. En su estructura interna el Título Segundo del Libro Primero trata de las penas y el art. 5 registra cuatro modalidades de penas principales: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Sobre ellas Gregorini (2022), señala que se enumeran por su gravedad, siendo la pena de reclusión la más grave, y la de inhabilitación la más leve. Los comentaristas argentinos, además, proponen diferentes clasificaciones sobre estas penas principales. Por ejemplo, Ziffer (2012) las divide en penas absolutas y relativas, y su distinción parte de que las segundas cuentan con extremos cuantitativos mínimos y máximos. Por su parte, Alonso (2016) las diferencia entre penas rígidas y flexibles, atendiendo a su posibilidad de graduación. Así, mientras las primeras, al extenderse a perpetuidad, no otorgan márgenes mínimos o máximos para decidir sobre su extensión en el caso concreto, las segundas facultan al juez a graduar la pena entre un mínimo y un máximo previsto en la ley para el delito. Finalmente, otros autores como Buteler, citado por Alonso (2016), opta por distinguir las como penas divisibles e indivisibles.

En lo que atañe a las penas privativas de la libertad, el CP argentino incluye dos clases: reclusión y prisión en sus arts. 6 y 12²³. Ambas penas pueden tener una duración temporal o ser perpetuas. Si bien, materialmente entre ellas solo existen muy ligeras diferencias, su régimen formal de ejecución las distingue al ser más estricto y severo en la pena de reclusión (Bailone, 2006). Además, las penas privativas de libertad de duración perpetua o indeterminada pueden dar lugar a un régimen de libertad condicional luego de 35 años de ejecución.

La pena principal de multa implica el pago de una suma de dinero al Estado como consecuencia de la infracción penal cometida (Creus, 1999)²⁴. El CP no especifica cual es el modo de calcular y determinar el importe de la multa, señalando únicamente que se deberá tener en cuenta la capacidad económica del condenado. Como bien señala la literatura especializada, esta pena pecuniaria no es

²³ Artículo 6 del CP Federal argentino: “La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares”.

Artículo 12 del CP Federal argentino: “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

²⁴ Artículo 21 del CP Federal argentino: “La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del art. 40, la situación económica del penado. [...] Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio. [...] El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. [...] También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

equiparable a ninguna forma de reparación económica de daños o de sanciones de naturaleza administrativa (Zaffaroni *et al.* 2000).

El CP argentino también incluye la posibilidad de aplicar una pena de prisión efectiva sustitutiva si no se cumple con el pago de la pena de multa en el plazo que fija la sentencia condenatoria. Sin embargo, esta conversión compulsiva no puede extenderse más allá de un año y medio. Asimismo, se autoriza cubrir el monto de la multa haciéndolo efectivo sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. También la ley permite que la pena pecuniaria sea pagada en cuotas. Es de mencionar que en determinados casos como el previsto por el art. 22 *bis*²⁵, la multa puede imponerse como pena accesoria o complementaria de penas privativas de libertad. Además, que ella puede operar como una pena acumulativa en los casos en que el delito haya estado motivado por el lucro.

En lo que corresponde a la pena principal de inhabilitación, la legislación penal argentina registra dos modalidades: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial. Los arts. 19²⁶ y 20²⁷ del CP Fede-

²⁵ Art. 22 *bis* del CP Federal argentino: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”.

²⁶ Artículo 19 del CP Federal argentino: “La inhabilitación absoluta importa: 1°. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; 2°. La privación del derecho electo; 3°. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; 4°. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. [...] El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas”.

²⁷ Artículo 20 del CP Federal argentino: “La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.

ral argentino diferencian la condición de estas penas por el número de incapacidades que generan. Como precisa Terragni (2016), la inhabilitación absoluta rememora el sentido infamante que este tipo de pena tuvo en el pasado y dispone la aplicación imperativa y simultánea de varias incapacidades sobre el condenado. En cambio, la inhabilitación especial solo considera efectos que incapacitan únicamente para el ejercicio de derechos, facultades o actividades de las cuales el condenado abusó al realizar el delito cometido. Se distingue también entre penas de inhabilitación perpetua o temporal según la ley establezca o no un término de duración máximo para las incapacidades impuestas. Cabe agregar respecto a la pena de inhabilitación especial, que el art. 20 *bis*²⁸ dispone que se le aplique una inhabilitación especial temporal de 6 meses a 10 años “aunque dicha sanción no esté expresamente prevista” si el delito cometido estuvo también ligado a una infracción de deberes especiales, o cuando el autor del delito demostró incompetencia o abusó en el ejercicio de un empleo, cargo público o de autorizaciones oficiales concedidas. Pero, además, según el párrafo final de esa misma disposición, la pena de inhabilitación especial será perpetua para delitos donde el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión del hecho punible.

Los delitos de corrupción en la legislación penal argentina son reprimidos mayormente con penas principales conjuntas de privación de libertad y de inhabilitación. En menor medida para determinados hechos punibles se incluye también una pena de multa. Un ejemplo de esta técnica legislativa se aprecia en los delitos de cohecho y tráfico de influencias (arts. 256 al 259 *bis*), malversación de caudales públicos (art. 261), y de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (Art. 265).

²⁸ Art. 20 bis del CP Federal argentino: “Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1°. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público; 2°. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela; 3°. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público”.

En cuanto a la pena de multa es de destacar que en algunos delitos se recurre a una determinación porcentual en base al valor del beneficio ilícito obtenido, tal como se aprecia en el caso del enriquecimiento ilícito (art. 268). Sin embargo, en otros delitos de COT, como el lavado de activos, se utiliza también otra modalidad de determinación de la multa que toma como base el valor económico de la operación realizada (art. 278).

En la parte especial del CP argentino y en las leyes afines pertinentes, las penas aplicables a los delitos de corrupción y COT, tienen los siguientes rangos: (a) corrupción pasiva (art. 256): de 1 a 6 años de reclusión o prisión e inhabilitación perpetua; (b) corrupción judicial (art. 257): de 4 a 12 años de prisión o reclusión e inhabilitación perpetua; (c) corrupción activa (art. 258): de 1 a 6 años de prisión o reclusión; (d) corrupción activa internacional (art. 258 bis): de 1 a 6 años de prisión e inhabilitación especial perpetua; (e) malversación de fondos (art. 260): de 1 mes a 3 años de inhabilitación especial; (f) peculado (art. 261) de 2 a 10 años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta perpetua; (g) colusión (art. 265): de 1 a 6 años de prisión o reclusión e inhabilitación especial perpetua; (h) tráfico de influencias (art. 265 bis): de 1 a 6 años de reclusión o prisión e inhabilitación especial perpetua; e (i) enriquecimiento ilícito (art. 268-2): de 2 a 6 años de prisión o reclusión, inhabilitación absoluta perpetua y multa equivalente al 50% del valor del enriquecimiento.

En cuanto a los rangos de las penas para los delitos de criminalidad organizada, estos son los siguientes: (j) asociación ilícita (art. 210): de 3 a 10 años de prisión o reclusión; (k) tráfico ilícito de drogas (art. 5 de la Ley 23737): de 4 a 15 años de prisión o reclusión y multa de 45 a 900 unidades fijas; y (l) lavado de activos (art. 278): de 2 a 10 años de prisión o reclusión y multa de 2 a 10 veces el monto de la operación.

Finalmente, en lo que corresponde a la regulación de las penas accesorias, la legislación penal argentina las consigna como un efecto inherente y legal de determinadas penas privativas de libertad. Es así que el art. 12 del CP, precisa que se aplicará una pena accesoria de inhabilitación absoluta para todos los casos, incluidos los delitos de corrupción o de criminalidad organizada asociada a aquellos, cuando se impongan penas de reclusión o prisión mayores de tres años.

En estos casos se aplicará una inhabilitación absoluta que no podrá extenderse por más de tres años. Además, con igual eficacia, el tribunal puede imponer la privación de la patria potestad, así como incapacidades para la administración de bienes o su disposición hacia terceros, debiendo el condenado ser sometido a curatela (De la Rúa, 1997).

4.2.2. Brasil

El CP Federal de Brasil de 1940, reformado sustancialmente en la Parte General en 1984, consigna en su art. 32 tres clases de penas principales: privativas de libertad, restrictivas de derechos y multa.

Según el art. 33 las penas privativas de libertad pueden ser de reclusión (*reclusão*) o de detención (*detenção*). Bitencourt (2019) explica que los delitos considerados más graves son punibles con la primera de esas penas y los delitos de menor gravedad con la segunda. Si bien en el CP no se ha diferenciado normativamente a los delitos por su gravedad, su condición es definida por el tipo de sanción privativa de libertad que específicamente le atribuya el legislador en la Parte Especial, tal y como señala el art. 53 del CP. En todo caso la ejecución de las penas privativas de libertad no podrá exceder de treinta años conforme a lo dispuesto en el art. 75 del CP.

Cabe agregar que una clara diferencia entre las dos modalidades de penas principales privativas de libertad reguladas por el CP se registra en su régimen de ejecución. En efecto, la pena de reclusión se cumple en un régimen cerrado, semiabierto o abierto, mientras que la de detención puede ser semiabierto o abierto. Además, el art. 33²⁹ detalla un conjunto de reglas para el cumplimiento de la pena dependiendo del régimen bajo el cual deba ser cumplida.

²⁹ Art. 33 del CP Federal de Brasil: “*A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. 1. Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. 2. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva,*

Como se puede apreciar, el numeral 4 del art. 33 establece una regla específica para los delitos contra la administración pública. En ella se menciona que la variación del régimen de la pena privativa de libertad impuesta está condicionado al cumplimiento del pago de la reparación del daño ocasionado, o a la devolución de la ganancia ilícita obtenida con sus intereses legales. Pero también en el párrafo inicial del art. 59 del CP³⁰ se dispone que para decidir sobre el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad el juez deberá tenerse en cuenta factores relacionados con los antecedentes, la conducta social, la personalidad del agente, así como los motivos, circunstancias y consecuencias del hecho punible.

Las penas principales restrictivas de derechos actualmente tienen cinco modalidades: (a) prestación de servicios (*prestação pecuniária*); (b) pérdida de bienes y valores (*perda de bens e valores*); (c) limitaciones de fin de semana (*limitação de fim de semana*); (d) prestación de servicios a la comunidad o a entidades públicas (*prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas*); y (e) restricción temporal de derechos (*interdição temporária de direitos*). Como destaca la doctrina brasileña, ellas también pueden operar como penas sustitutivas de penas

segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. 3. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. 4. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”.

³⁰ Art. 59 del CP Federal de Brasil: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas. II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

privativas de libertad de hasta cuatro años (Bitencourt, 2019)³¹. En estos casos, el magistrado fija primero una pena de prisión y luego, si fuera el caso, hace la sustitución por la pena restrictiva correspondiente (Bitencourt, 2019).

Las penas de interdicción temporal de derechos se encuentran señaladas en el art. 47 del CP, e incluyen: (a) la prohibición del ejercicio de cargo, función o actividad pública, así como de mandato electivo (*proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo*); (b) la prohibición del ejercicio de una profesión, actividad u oficio que dependa de especial habilitación, licencia o autorización de la autoridad pública (*proibição do exercício*

³¹ Art. 44 del CP de Brasil: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. [...] § 1o (VETADO). § 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5o Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”. La pena restrictiva de restricción temporal de derechos (*interdição temporária de direitos*) es la que constituye una forma de inhabilitación especial y genera incapacidades que son mencionadas en el art. 47. Entre ellas destacan la prohibición del ejercicio del cargo, función o actividad pública así como de cargos obtenidos por elección popular o la prohibición de ejercer profesión, actividad u oficio que dependa de habilitación especial, licencia o autorización del poder público. Asimismo, en el art. 56 se señala que este tipo de penas se aplican cuando el delito es cometido en el ejercicio de la profesión, actividad, oficio, cargo o función, siempre que se hayan violado deberes inherentes a las mismas.

de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público); (c) la suspensión de la autorización o licencia para conducir un vehículo (*suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo*); (d) la prohibición de frecuentar determinados lugares (*proibição de frequentar determinados lugares*); (e) la prohibición de inscribirse en concursos (*proibição de inscrever-se em concurso*); y (f) las valoraciones o exámenes públicos (*avaliação ou exame públicos*). Según el art. 56 del CP, este tipo de penas se aplican para los delitos cometidos en el ejercicio de la profesión, actividad, oficio, cargo o función, siempre que haya violación de los deberes que les son inherentes.

Sobre la pena principal de multa, el art. 49 del CP³² la configura en base al sistema de días multa. Su extensión cuantitativa va desde un mínimo de 10 hasta un máximo de 360 días multa. La determinación del importe dinerario o valor de la multa debe de ser fijado por el juez en base a las capacidades económicas del sentenciado. Además, el monto de la cuota diaria de la multa no puede ser menor a un trigésimo del mayor salario mínimo mensual vigente al momento de realización del hecho punible, ni tampoco puede ser mayor al equivalente a cinco de esos salarios. Bitencourt (2019), explica que para el cálculo de la pena de multa se debe pasar por tres fases: (a) establecer el número de días multa dentro del límite de 10 a 360, tomando en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes, así como causas especiales de aumento y disminución de pena, así como los elementos señalados en el art. 59 del CP; (b) fijar el valor de cada día multa; y (c) excepcionalmente, y siempre considerando la situación económica del reo, se podrá aumentar la multa hasta el triple

³² Art. 49 del CP Federal de Brasil: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.

si se considera que el valor obtenido es insuficiente para prevenir la represión del crimen, conforme lo autoriza los arts. 58 y 60³³.

En lo que corresponde a la penalidad establecida para los delitos de corrupción, en la Parte Especial del CP se advierte que para estos delitos se incluyen penas conjuntas privativas de libertad de reclusión (*reclusão*) y multa. Los rangos punitivos para este tipo de ilícitos son los siguientes: (a) cohecho activo y pasivo: reclusión que va desde los 2 hasta los 12 años (arts. 333 y 317); (b) corrupción de funcionarios públicos extranjeros: reclusión de 1 a 8 años (art. 337-B); (c) tráfico de influencia internacional: reclusión de 2 a 5 años (art. 337-C); (d) concusión: reclusión de 2 a 12 años (art. 316); (e) peculado: reclusión de 2 a 12 años (art. 312); y (f) tráfico de influencias: reclusión de 2 a 5 años (art. 332).

Con respecto a los rangos de las penas para los delitos de criminalidad organizada, estos son las siguientes: (g) lavado de activos: reclusión de 3 a 10 años (art. 1 de la ley 9.613 de 1998); (h) organización criminal: reclusión de 3 a 8 años (art. 2 de la ley 12.850 de 2013); e (i) tráfico ilícito de drogas: reclusión de 5 a 15 años y 500 a 1500 días multa (art. 33 de la ley 11.343 de 2006).

En el caso de la pena pecuniaria, que en el sistema brasileño puede operar como pena accesoria de la pena privativa de la libertad, la regla es que no se establece el número de días multa que corresponde aplicar como mínimo o máximo a cada delito, dejando esa determinación a criterio del juez, salvo en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, cuya ley especial si establece una cantidad, de días multa y que sobrepasa las fijadas en el CP.

Cabe precisar que en el ordenamiento brasileño se debe distinguir entre las penas accesorias y los efectos secundarios derivados de la condena. Estos últimos si bien guardan semejanza con las penas

³³ Art. 58 del CP Federal de Brasil: “*A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código*”.

Art. 60 del CP Federal de Brasil: “*Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º. A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo*”.

restrictivas de derechos, realmente responden a un propósito distinto. Como bien indica Bitencourt (2019), los efectos de la condena apuntan a impedir que el agente cuente con las mismas condiciones para reincidir en el delito, esto es, en que se mantenga la situación criminógena. Su naturaleza se aproxima más a medidas preventivas o tutelares, esto se corrobora por el hecho que su imposición no es automática, sino que exige una específica motivación por parte del juzgador según cada caso. En este sentido, hay que señalar que, en los casos de delitos contra la administración pública que impliquen abuso de poder, la condena puede traer como efecto secundario la pérdida del cargo, de la función pública o del mandato electoral en los supuestos más graves, conforme lo establece el art. 92 del CP³⁴.

4.2.3. Chile

El CP chileno de 1874 es el más antiguo de Sudamérica, su influencia española es muy notoria en lo que respecta a la regulación de las penas. Según los arts. 3 y 21, estas varían según se apliquen a crímenes, simples delitos o faltas. Además, según su operatividad y forma de aplicación las penas pueden ser principales y accesorias.

Al respecto, Ramírez Guzmán y Matus Acuña (2021), las clasifican e identifican en penas principales y accesorias. Las penas principales son: (a) penas privativas de libertad perpetuas: presidio perpetuo calificado y presidio y reclusión perpetuos simples; (b) penas privativas de libertad temporales: prisión, reclusión y presidio; (c) penas res-

³⁴ Art. 92 del CP Federal de Brasil: “São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. [...] Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

trictivas de la libertad: confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro; (d) penas pecuniarias: multa; (e) penas privativas de otros derechos: inhabilidades, suspensiones y otras interdicciones para el ejercicio de: (i) cargos públicos y profesiones titulares; (ii) cargos y empleos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad; o (iii) cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado, o con empresas o asociaciones en que tenga una participación mayoritaria, o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado, o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública; y (f) cancelación de la nacionalización y expulsión del país del extranjero condenado por usura.

Ramírez Guzmán & Matus Acuña (2021), clasifican las penas accesorias en: (a) suspensión e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y profesiones titulares, salvo que la ley las contemple como penas principales; (b) privación temporal o definitiva de la licencia de conducir vehículos motorizados; (c) caución y vigilancia de la autoridad; (d) incomunicación con personas extrañas al establecimiento; y (e) comiso.

En el sistema chileno coexisten, pues, tres clases de penas principales privativas de libertad: presidio, reclusión y prisión (esta última sólo es aplicable a las faltas). Entre las dos primeras la distinción se encuentre en el art. 32 del CP el cual establece que la pena de presidio sujeta al condenado al cumplimiento de determinados trabajos que el reglamento del establecimiento penal señale, mientras que en el caso de la pena de reclusión no se considera trabajo alguno.

La extensión cuantitativa de las penas privativas de libertad temporales o “divisibles” varía en atención a un complejo régimen de grados que se enumera en el art. 56 del CP y que se especifica según cada delito en la Parte Especial. Cabe agregar que esta forma de graduación de la extensión cuantitativa de las penas de presidio y reclusión, también es utilizada para el caso de otras penas temporales como la de inhabilitación. Asimismo, las penas divisibles constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, cuya extensión se determina conforme al siguiente detalle que, a su vez se desarrolla en el citado art. 56 (tabla 5 de los anexos).

Contrasta con la variedad y complejidad que el sistema penal chileno otorga a la pena privativa de libertad, la concreción y simpleza con las que se ha legislado lo referente a la pena principal de multa. Efectivamente, la pena pecuniaria se configura en base a importes que se calculan en función a una unidad de referencia que es la “unidad tributaria mensual” (UTM), cuyos límites máximos están fijados en el sexto párrafo del art. 25³⁵. Además, cuando la ley impone multas cuyo cómputo debe hacerse en relación a cantidades indeterminadas, nunca podrán aquéllas exceder de treinta unidades tributarias mensuales. El art. 49 del CP chileno autoriza que se pueda sustituir la pena de multa por prestación de servicios a la comunidad cuando el sentenciado no tiene bienes para satisfacer su pago.

La pena de inhabilitación en el DP chileno puede ser impuesta como pena principal o como pena accesoria. Ella, además, según el número de incapacidades que produce puede ser de inhabilitación absoluta perpetua, de inhabilitación especial perpetua, o de inhabilitación temporal. Los efectos y alcances de estas modalidades de inhabilitación para cargos y oficios públicos que pueden ser absoluta perpetua o perpetua y temporal, cuando operan como penas principales se precisan en los arts. 38 y 39 del CP³⁶. Además, en el

³⁵ Art. 25 del CP chileno: “[...] La cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de treinta unidades tributarias mensuales; en los simples delitos, de veinte unidades tributarias mensuales, y en las faltas, de cuatro unidades tributarias mensuales; todo ello, sin perjuicio de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior. [...] La expresión “unidad tributaria mensual” en cualquiera disposición de este Código, del Código de Procedimiento Penal y demás leyes penales especiales significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito, y, tratándose de multas, ellas se deberán pagar en pesos, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago”.

³⁶ Art. 38 del CP chileno: “La pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, y la de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos Y profesiones titulares, producen: 1.° La privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aun cuando sean de elección popular. 2.° La privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetua para obtenerlos. 3.° La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos,

art. 39 *quater* se hace expresa indicación de las consecuencias que conlleva la pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal cuando ella recae sobre personas que participen en contratos con el Estado³⁷.

En lo que corresponde a la penalidad establecida para los delitos de corrupción en la Parte Especial del CP chileno, se advierte que tienen previstas penas privativas de libertad de presidio y reclusión, las cuales, en algunos casos se encuentran acompañadas de penas de multa e inhabilitación. Es pertinente mencionar que la pena de mul-

oficios y profesiones mencionados, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y durante el tiempo de la condena si es temporal”.

Art. 39 del CP chileno: “Las penas de inhabilitación especial perpetua y temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen: 1.º La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena si es temporal. 2.º La incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal.

³⁷ Art. 39 *quáter* del CP chileno: “La pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública, prevista en el art. 251 *quáter* de este Código, produce: 1º. La privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones ejercidos en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública. 2º. La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal. [...] La pena de inhabilitación absoluta temporal de que trata este art. tiene una extensión de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales. [...] En este caso, ejecutoriada que sea la sentencia definitiva, el tribunal la comunicará a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro público actualizado de las personas naturales a las que se les haya impuesto esta pena.

ta es regulada para algunos supuestos tomando en cuenta múltiplos sobre los beneficios ilícitos obtenidos. La extensión de estas penas es la siguiente para cada delito:

1. Cohecho activo y pasivo: pena privativa de libertad de reclusión menor en grado medio, pena de multa que asciende al múltiplo del beneficio solicitado o aceptado (si el beneficio fuere distinto la multa será de 25 a 250 UTM), e inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo (arts. 248 y 250).
2. Cohecho judicial: para este delito se ha previsto la exclusión del grado mínimo de las penas del delito de cohecho activo (art. 251 *quinquies*, numeral 1).
3. Corrupción entre particulares: reclusión menor en grado medio y multa equivalente al duplo del beneficio aceptado o solicitado (si el beneficio fuere distinto la multa será de 50 a 500 UTM) (art. 287 bis y ter).
4. Cohecho a funcionarios públicos extranjeros: reclusión menor en grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, multa ascendente al duplo al cuádruplo del beneficio (si no es de naturaleza económica será de 100 a 10000 UTM) e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo (art. 251 *bis*).
5. Peculado: pena privativa de libertad dependiendo del monto sustraído³⁸, multa equivaldrá al doble de lo sustraído e inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos (arts. 233 al 238).
6. Negociación incompatible: pena privativa de libertad de reclusión menor en sus grados medios a máximo, pena de multa equivalente a la mitad al tanto del valor del interés que

³⁸ Así por ejemplo si es de 1 UTM a 4 UTM, presidio menor en sus grados medio a máximo, si es más de 4 UTM A 40 UTM, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y si es más de 40 UTM, presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

hubiera tomado en el negocio e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo (arts. 240 y 240 *bis*).

7. Tráfico de influencias: pena privativa de libertad de reclusión menor en su grado máxima a reclusión mayor en su grado mínimo, pena de multa ascendente al duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado (si el beneficio fuere distinto la multa será de cien a mil UTM) e inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos (art. 248 *bis*, segundo párrafo).
8. Enriquecimiento ilícito: no establece para este delito pena privativa de libertad, pero si una pena de multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido e inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio (art. 241 *bis*).

Por su parte, los rangos de las penas para los delitos de criminalidad organizada son los siguientes:

9. Lavado de activos y tráfico ilícito de drogas: para el primero se prevé pena privativa de libertad de presidio en sus grados mínimo a medio y multa de 200 a 1000 UTM (Unidad Tributaria Mensual); para el segundo, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 40 a 400 UTM; para ninguno de estos delitos se ha previsto la pena de inhabilitación (art. 27 de la ley 19.913 y art. 2 de la ley 20.000).
10. Asociación ilícita: pena privativa de libertad que consiste en presidio mayor en cualquier grado (para los jefes), y presidio menor en grado medio (para los integrantes), (capítulo X del título sexto del CP).

En el CP chileno coexisten distintas tipologías de penas accesorias. Sin embargo, la pena accesoria predominante es la de inhabilitación absoluta perpetua para ejercicio de cargos y oficios públicos. Ella se aplica como complemento de las distintas penas principales

privativas de libertad y según lo estipulado en los arts. 22³⁹ y 27 al 31⁴⁰ del CP. Además, como destacan Ramírez Guzmán & Matus Acuña (2021), con base en el art. 22 del CP, cumple la misma función de pena accesoria la “suspensión e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos y profesiones titulares, salvo que la ley las contemple como penas principales”. Cabe precisar que esta modalidad de pena accesoria se impone sin perjuicio de las consecuencias jurídicas extrapenales que se pudieran generarse, tales como procedimientos sancionatorios ante una autoridad administrativa.

En el art. 23⁴¹ del CP se consignan como penas accesorias la caución y la vigilancia de la autoridad. La primera de ellas consiste en una garantía pecuniaria y es aplicable a determinados delitos de la Parte Especial, como, por ejemplo, el delito de amenazas (art. 298). Es pertinente mencionar que el texto legal alude a la caución como

³⁹ Art. 22 del CP chileno: “Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo”.

⁴⁰ Art. 27 del CP chileno: “Las penas de presidio, reclusión y relegación perpetuos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece este Código”.

Art. 28 del CP chileno: “Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena”.

Art. 29 del CP chileno: “Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena”.

Art. 30 del CP chileno: “Las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados medios y mínimos, y las de destierro y prisión, llevan consigo la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena”.

⁴¹ Art. 23 del CP chileno: “La caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas, en los casos especiales que determinen este Código y el de Procedimientos”.

una pena facultativa. En tanto, la vigilancia de la autoridad es referida como la imposición de obligaciones específicas para la persona del condenado, tales como declarar su lugar de residencia, prohibiciones de acudir a determinados lugares, desempeñar algún oficio o profesión de su preferencia, entre otros (Ramírez Guzmán & Matus Acuña, 2021).

Una particularidad histórica del sistema penal chileno es la inclusión de la pena accesoria de “incomunicación con personas extrañas al establecimiento”. Es más, en el texto original del CP de fines del siglo XIX esta pena accesoria era aplicable para los crímenes simples, y contemplaba además el empleo de la cadena con grilletes o el confinamiento en celdas solitarias (art. 21 del CP).

Finalmente, otra pena accesoria con mayor incidencia entre los delitos de corrupción de funcionarios es el comiso. Destacando su aplicación en las modalidades de cohecho nacional y de funcionarios públicos extranjeros. En ese sentido, en los arts. 251 y 251 *bis* del CP chileno se precisa que “los bienes recibidos por el empleado público caerán siempre en comiso”.

4.2.4. México

El CP Federal de México de 1931, regula conjuntamente en su art. 24 las penas y las medidas de seguridad. Por tal razón, Sánchez Roca (2012), cuestiona que esta inusual unión sistemática determina que no resulte muy claro cuándo son medidas de seguridad y cuándo son penas. No obstante, para efectos de este análisis cabe destacar que entre las 19 modalidades incluidas nos referiremos como penas principales a las mencionadas en los numerales 1, 6 y 13, es decir, la prisión, la sanción pecuniaria, la inhabilitación, la destitución o la suspensión de funciones o empleos⁴².

⁴² Art. 24 del CP Federal de México: “Las penas y medidas de seguridad son: 1. Prisión. 2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4. Confinamiento. 5. Prohibición de ir a lugar determinado. 6. Sanción pecuniaria. 7. [Se deroga]. 8. Decomiso de instrumentos, objetos

A la pena principal privativa de libertad de prisión se refiere el art. 25⁴³ del CP señalando que, su duración será de tres días a sesenta años, salvo que la ley disponga una extensión mayor. Además, se precisa que la pena de prisión también puede extenderse sobre el límite máximo cuando se cometa un nuevo delito estando el autor del hecho punible en reclusión. La doctrina mexicana ha criticado la duración excesiva de la pena de prisión. Por ejemplo, Palacios Pámanes (2014), considera que ello es inútil para disminuir la criminalidad y el legislador es consciente de esta situación. Es de destacar también, que conforme lo dispone el art. 46⁴⁴ del CP la pena de prisión conlleva también una especie de pena accesoria consistente en la suspensión de los derechos políticos y de representación civil o comercial, entre otros.

y productos del delito. 9. Amonestación. 10. Apercibimiento. 11. Caucción de no ofender. 12. Suspensión o privación de derechos. 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14. Publicación especial de sentencia. 15. Vigilancia de la autoridad. 16. Suspensión o disolución de sociedades. 17. Medidas tutelares para menores. 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. 19. La colocación de dispositivos de localización y vigilancia. [...] Y las demás que fijen las leyes”.

⁴³ Art. 25 del CP Federal de México: “La prisión consiste en la pena privativa de libertad personal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en los centros penitenciarios, de conformidad con la legislación de la materia y ajustándose a la resolución judicial respectiva. [...] La medida cautelar de prisión preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta, así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se computarán en forma simultánea. [...] El límite máximo de la duración de la pena de privación de la libertad hasta por 60 años contemplada en el presente art. no es aplicable para los delitos que se sancionen de conformidad con lo estipulado en otras leyes.

⁴⁴ Artículo 46 del CP Federal de México: “La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena”.

El art. 29⁴⁵ del CP mexicano trata de la pena principal de multa. Sobre esta última se señala que se fijará a través de días multa y que no podrán exceder de mil, salvo los casos que la ley disponga algo diferente. Asimismo, se menciona que un día multa equivale a la percepción neta de todos los ingresos diarios del condenado en el momento de consumir el delito. En todo caso el CP, establece que el límite inferior del día multa será siempre el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. No obstante, en determinados delitos de corrupción se emplean otras unidades de referencia como el valor equivalente del beneficio ilícito obtenido y calculado en base a un número de salarios mínimos como ocurre en el delito de cohecho (art. 222).

También la legislación penal mexicana prevé que cuando se acredite que el condenado no puede pagar la multa, o solamente puede

⁴⁵ Artículo 29 de CP de México: “La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. [...] La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de mil, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos. [...] Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación. [...] Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad. [...] Cada jornada de trabajo saldará un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos. [...] Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo. [...] En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el sentenciado hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión”.

cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación de trabajo en favor de la comunidad. En estos supuestos cada jornada de trabajo saldrá un día multa. No obstante, también se acota que cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de trabajo comunitario, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, por un tiempo que no excederá del número de días multa sustituidos. Adicionalmente, se autoriza que, si el condenado se negase sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, este le podrá ser exigido a través de un procedimiento económico coactivo. Finalmente, el art. 36 del CP dispone que cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas⁴⁶.

La pena principal de inhabilitación se encuentra regulada en el art. 24 del CP, numeral 13, conjuntamente con las penas de destitución o suspensión de funciones o empleos. A diferencia de otros sistemas jurídicos analizados en el presente trabajo, el mexicano es muy lacónico en lo que concierne a estas penas, y no hace referencia expresa ni a su temporalidad ni a las incapacidades que puede generar. Además, la jurisprudencia parece haber asumido una interpretación muy restrictiva de sus efectos. Sobre esta insólita omisión legislativa, y restrictivo desarrollo jurisprudencial (que han sido muy cuestionados por los comentaristas mexicanos), Sánchez Rocha (2012) afirma lo siguiente:

Lamentablemente el legislador Mexicano Federal omitió la descripción en el cuerpo del CP Federal, de la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. La jurisprudencia mexicana establece que la inhabilitación, es [...] entendida como la sanción por virtud de la cual se declara al sentenciado como no apto o incapaz de ejercer ciertos derechos, puede ser configurado como una sanción penal, cuando su imposición derive de la comisión de un delito [...]. Dicha pena restringe la facultad de trabajo que consagra el art. 5 Consti-

⁴⁶ Artículo 36 del CP Federal de México: “Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria”.

tucional, donde todo mexicano tiene derecho a un trabajo digno y que sea lícito. La inhabilitación no restringe los derechos civiles, políticos o familiares de los sentenciados, únicamente el derecho a trabajar. Ciertamente, como en la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones, la esencia es quitar del cargo público o privado que tenía el delincuente que utilizó para realizar su ilícito penal en contra de la sociedad y de las normas penales. Por lo anterior citado y manifestado puedo concluir que la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones es una pena o pena accesoria, porque desde el momento en donde el juzgador emite la sentencia condenatoria, con pena privativa de libertad, impondrá como pena accesoria la inhabilitación, destitución o suspensión de las funciones laborales del sentenciado, con una duración equivalente al tiempo de condena.

En cuanto a las penas aplicables según el CP mexicano a los delitos de corrupción, estas suelen ser conjuntas y tienen los rangos de extensión siguientes:

1. Delito de colusión (art. 220): cuando no exceda de 500 salarios mínimos, prisión desde los 3 meses hasta los 2 años, multa de 30 a 300 veces el importe del salario mínimo vigente y destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años. Cuando el monto supere 500 veces el salario mínimo, de 2 años a 12 años de prisión, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal y destitución e inhabilitación de 2 a 12 años.
2. Delito de tráfico de influencias (art. 221): 2 a 6 años de prisión, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo y destitución e inhabilitación de 2 a 6 años.
3. Cohecho (art. 222): si no excede de 500 salarios el valor económico de la promesa o dádiva, prisión de 3 meses a 2 años, de 30 a 300 días multa y destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años. Si el valor de la promesa o dádiva excede de 500 veces el salario mínimo, prisión 2 a 14 años de prisión, de 300 a 1000 días multa, y destitución e inhabilitación de 2 a 14 años.
4. Cohecho internacional (art. 222 bis): mismas penas del art. 222 sobre cohecho.
5. Peculado (art. 223): si el monto no excede de 500 veces el salario mínimo, prisión de 3 meses a 2 años, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo, y destitución e inhabilitación de 3 me-

ses a 2 años. Cuando el monto exceda de 500 veces el salario mínimo, prisión de 2 a 14 años, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo, y destitución e inhabilitación de 2 a 14 años.

6. Enriquecimiento ilícito (art. 224): cuando el monto no exceda de 5000 veces el salario mínimo, prisión de 3 meses a 2 años de prisión, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo, y destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años. Cuando exceda 5000 veces el salario mínimo, prisión de 2 a 14 años, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo, y destitución e inhabilitación de 2 a 14 años. En ambos casos, además, se procederá con el decomiso.

Por su parte, los rangos de las penas para los delitos de criminalidad organizada son los siguientes:

7. Asociación delictuosa (art. 167): prisión de 5 a 10 años y 100 a 300 días multa.
8. Tráfico ilícito de drogas (art. 194): prisión de 10 a 25 años y de 100 a 5000 días multa.
9. Lavado de activos (400 bis): prisión de 5 a 15 años y de 1000 a 5000 días multa.

4.2.5. Perú

El CP peruano de 1991 incluye en su art. 28⁴⁷ cuatro clases de penas principales: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa. Sólo la pena de inhabilitación en los casos que señala el art. 39 del CP puede operar también como pena accesoria.

Según el art. 29 del CP existen dos clases de pena principales privativas de libertad, que son la pena de cadena perpetua y la pena privativa de libertad temporal, que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

⁴⁷ Art. 28 del CP peruano: “Las penas aplicables de conformidad con este Código son: privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y multa”.

Sobre la pena de cadena perpetua que es de duración indeterminada, el Tribunal Constitucional peruano, a través de la sentencia N° 010-2002-AI/TC (fundamento 194), la ha declarado inconstitucional siempre que no se regulen mecanismos temporales de excarcelación como beneficios penitenciarios u otros que posibiliten superar su condición intemporal.

Por tal razón el legislador peruano ha incorporado en el en el art. 66 del Texto Único del Código de Ejecución Penal un procedimiento especial de revisión de la cadena perpetua aplicable luego de treinta y cinco años de cumplimiento, a fin de generar la excarcelación del condenado si se advierte en él efectos resocializadores.

Cabe agregar que mediante Ley 29.499, de 19 de enero de 2010, se adicionó el art. 29-A⁴⁸ del CP, que recoge como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad temporal la pena de vigilancia electró-

⁴⁸ Art. 29-A de CP peruano: “La pena de vigilancia electrónica personal se cumple de la siguiente forma: 1. La ejecución se realiza en el domicilio o lugar que señale el condenado, a partir del cual se determina su radio de acción, itinerario de desplazamiento y tránsito, sujeto a aprobación del Juez. 2. La persona condenada está sujeta a vigilancia electrónica personal, para lo cual el Juez fija las reglas de conducta previstas en la ley, así como todas aquellas reglas que considere necesarias para asegurar la idoneidad del mecanismo de control 3. El cómputo de la aplicación de la vigilancia electrónica personal es a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal.

4.No procede imponer la pena de vigilancia electrónica personal a quien haya sido anteriormente condenado por delito doloso, siempre que sea considerado como reincidente o habitual, conforme a lo dispuesto por los arts. 46-B y 46-C del Código Penal. 5. Para imponer la pena de vigilancia electrónica personal, el Juez debe valorar las condiciones, previamente acreditadas, de vida personal, laboral, familiar o social, de la persona condenada; así como, de ser el caso, si estas se encuentran en alguno de los siguientes supuestos: a) Los mayores de 65 años. b) Los que sufran de enfermedad grave, acreditada con pericia médico legal. c) Los que adolezcan de discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento. d) Las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación. Igual tratamiento tendrán durante los doce meses siguientes a la fecha del nacimiento. e) La madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra de discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella,

nica personal. Sus requisitos y alcances han sido modificados por el Decreto Legislativo 1514, de 4 de junio de 2020 (Prado Saldarriaga, 2018).

La pena principal de multa adoptó en el Perú el sistema de días multa desde el CP de 1924. En el CP de 1991 las reglas para identificar el importe de la pena pecuniaria se recogen en el art. 41 del CP⁴⁹. Además, conforme al art. 42 del CP puede extenderse a entre 10 y 365 días multa, salvo que la ley prevea otros límites. Cuando el condenado solo cuenta con una sola renta proveniente de su trabajo el monto dinerario de cada día multa no podrá ser inferior al 25% ni mayor al 50% de aquel ingreso. El plazo para el pago es de 10 días posteriores a la emisión de la sentencia, salvo que el condenado solicite fraccionar el pago en cuotas mensuales. El no pago de la multa puede generar su conversión en pena privativa de libertad o su ejecución en los bienes del condenado⁵⁰. Además, excepcionalmente podrá convertirse la multa impaga en pena de prestación de servicios a la comunidad (Yshii Meza, 2019).

el padre que se encuentre en las mismas circunstancias tendrá el mismo tratamiento”.

⁴⁹ Art. 41 del CP peruano: “La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. [...] El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza”.

⁵⁰ Art. 42 del CP peruano: “La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenticinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley”.

Art. 43 del CP peruano: “El importe del día-multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo”.

Art. 44 del CP peruano: “La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales. [...] El cobro de la multa se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena, conforme a los límites previstos en el art. 42. [...] El descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia”.

La pena de inhabilitación en la legislación peruana se encuentra integrada a las denominadas penas limitativas de derechos. En el art. 36 del CP se enuncian las incapacidades que ella puede producir⁵¹.

⁵¹ Art. 36 del CP peruano: “La inhabilitación produce, según disponga la sentencia: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; 3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia; 4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; 5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas. 7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; 8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito; 9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los siguientes: a. Terrorismo, previsto en el Decreto Ley 25475. b. Apología del delito de terrorismo, establecido en el art. 316-A. c. Trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual y esclavitud y otras formas de explotación, previstos en los arts. 153, 153-A, 153-B y 153-C. d. Homicidio simple (art. 106), Parricidio (art. 107), Homicidio calificado (art. 108) y Femicidio (art. 108-B). e. Lesiones graves (art. 121) y Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (art. 121-B). f. Libro Segundo: Título IV: Capítulo IX: Violación sexual (art. 170), Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171), Violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (art. 172), Violación sexual de menor de edad (art. 173), Violación de persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174), Violación sexual mediante engaño (art. 175), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento

Además, el art. 37 precisa que la pena puede cumplir una doble función operativa, ser utilizada como pena principal o como pena accesoria (Prado Saldarriaga, 2018).

La pena principal de inhabilitación tiene una duración de seis meses a diez años, salvo los casos especiales que señala el art. 38 del CP⁵², donde la inhabilitación principal puede llegar a veinte años o ser perpetua pero revisable al cumplirse también veinte años de ejecución. Cabe destacar que resulta frecuente que coexistan en la Parte Especial tipos penales que no han fijado el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación principal, por lo que, en tales casos, se debe recurrir al art. 38 para identificar su extensión. Asimismo, dicha disposición legal también consigna ciertos supuestos en los que se prevé una incapacidad definitiva (delitos de financiamiento del terrorismo y lavado de activos).

En la legislación peruana la pena de inhabilitación principal siempre opera como una pena de eficacia especial que sólo afecta los derechos que la sentencia especifica. Al respecto la jurisprudencia vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N°02-2008/CJ-116, ha precisado que las incapacidades o efectos de la imposición de esta pena siempre deben estar en relación con el oficio, cargo o facultad de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito, por lo que el juez debe motivar la conexión existente entre el delito cometido, y el ejercicio del derecho afectado. Ello es muy importante tratándose de delitos de infracción de deber

to (art. 176), Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (art. 176-A), Capítulo X (Proxenetismo) y Capítulo XI (Ofensas al pudor público). g. Tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II, se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal. 10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; 11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o, 12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios. 13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales”.

⁵² Art. 38 del CP peruano: “La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del art. 36 y los supuestos del art. 426 del Código Penal; en el art. 4-A del Decreto Ley 25475 y en los: 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106”.

como lo suelen ser la mayoría de los hechos punibles de corrupción tipificados en la Parte Especial (Yshii Meza, 2019).

Efectivamente, el art. 426 del CP incorpora una disposición común al respecto que comprende a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y a los delitos contra la administración de justicia, señalando los supuestos de aplicación de pena de inhabilitación base, pena de inhabilitación principal de cinco a veinte años y pena de inhabilitación perpetua. Esta última está prevista para los casos en que: (a) el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella; (b) la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo; (c) el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria; o (d) la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional⁵³.

En cuanto a la penalidad establecida para los delitos de corrupción en la Parte Especial del CP peruano, se han regulado para tales conductas ilícitas penas principales conjuntas privativas de libertad, multa e inhabilitación. Sobre los rangos de penalidad para cada delito se han fijado los que se detallan a continuación:

1. Colusión (art. 384): pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años, 180 a 365 días multa e inhabilitación de acuerdo con las incapacidades descritas en los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del CP de 5 a 20 años.

⁵³ Art. 426 del CP peruano: “Los delitos previstos en los capítulos II y III de este título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del art. 36. La inhabilitación en este caso es de uno a cinco años. [...] En el caso de los arts. 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 la pena de inhabilitación principal será de cinco a veinte años. En estos casos, será perpetua cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella. 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional”.

2. Peculado (art. 387, primer párrafo): pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años, y penas de multa e inhabilitación con el mismo rango que para el delito de colusión.
3. Malversación (art. 389, primer párrafo): pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años, y penas de multa e inhabilitación con el mismo rango que para los delitos de colusión y peculado.
4. Cohecho pasivo propio (art. 393, primer párrafo): pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años, 180 a 365 días multa e inhabilitación de acuerdo con las incapacidades descritas en los incisos 1 y 2 del art. 36 del CP por el plazo de 5 a 20 años.
5. Soborno internacional pasivo (art. 393-A): pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años, multa entre 365 a 730 días multa (rango superior al previsto para los otros delitos) e inhabilitación con las incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del CP (mismo rango que en los otros delitos).
6. Cohecho pasivo impropio y cohecho pasivo específico (arts. 394 y 395, primer párrafo): para el primero, pena privativa de libertad no menor de 4, ni mayor de 6 años, mientras que para el segundo no menor de 6, ni mayor de 15 años, respectivamente. Además, para ambos delitos, se establece los mismos rangos de pena de multa e inhabilitación fijados para el delito de cohecho pasivo propio.
7. Cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional y cohecho activo específico (arts. 397, primer párrafo, 397-A y 398, primer párrafo): las penas privativas de libertad oscilan entre 4 y 6 años para el primero, y entre 5 y 8 años para los otros dos. Asimismo, se establece el mismo rango en las penas de multa e inhabilitación para dichos ilícitos: 365 a 730 días multa e inhabilitación por las incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36 del CP por el plazo de 5 a 20 años
8. Negociación incompatible y tráfico de influencias (arts. 399 y 400, primer párrafo): para ambos, pena privativa de libertad

de 4 a los 6 años, 180 a 365 días multa y la inhabilitación por las incapacidades de los incisos 1 y 2 del art. 36 del CP por el un plazo de entre 5 y 20 años.

9. Enriquecimiento ilícito (art. 401, primer párrafo): pena privativa de 5 a 10 años, 365 a 700 días multa e inhabilitación por las incapacidades descritas en los incisos 1 y 2 del art. 36 del CP por un plazo de entre 5 y 20 años (reiteradamente considerado, como hemos visto, para la mayoría de los delitos de corrupción).

En cuanto a los rangos de las penas para los delitos de criminalidad organizada, estos son los siguientes:

10. Pertenencia a organización criminal (art. 317) y tráfico ilícito de drogas (art. 296): misma extensión de pena privativa de libertad de 8 a 15 años. También para estos dos delitos la pena de multa tiene el mismo rango de 180 a 365 días multa. Igualmente la pena de inhabilitación es para ambos hechos punibles de 6 a 10 años e incluye las mismas incapacidades de los incisos 1, 2, 4 y 8 del art. 36 del CP.
11. Delito de lavado de activos (arts. 1,2 y 3 del Decreto Legislativo 1106): pena privativa de libertad de 8 a 15 años, multa de 120 a 350 días multa e inhabilitación de 5 a 20 años con las incapacidades de los incisos 1, 2, y 8 del art. 36 del CP.

Finalmente, la única pena accesoria que regula el CP peruano es la pena de inhabilitación. El art. 39 del CP⁵⁴ regula sus presupuestos y su tiempo de duración. Con relación a lo primero, la norma citada dispone que debe aplicarse siempre una pena accesoria de inhabilitación cuando el agente al cometer el delito, abusó de su posición funcional, cargo o profesión o deberes especiales. No obstante, la condición implícita para su operatividad radica en la exigencia de

⁵⁴ Art. 39 del CP peruano: “La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.

que el delito cometido no debe tener conminada una pena principal conjunta de inhabilitación.

En relación con lo segundo, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que cuando la pena de inhabilitación se imponga como pena accesoria su duración no podrá ser mayor que el límite fijado en la ley para una pena principal de inhabilitación. Asimismo, se ha asumido que la ejecución de la pena de inhabilitación accesoria se cumple simultáneamente con la ejecución de la pena principal privativa de libertad y no después de esta (Prado Saldarriaga, 2018).

4.2.6. Análisis comparado

Desde una perspectiva comparativa general es de señalar que todos los países de la muestra tienen reguladas penas principales similares. Sin embargo, no consideran las mismas penas accesorias, consignándose mayormente tal condición a la pena de inhabilitación como ocurre en el derecho penal peruano en el art. 39 de su CP.

Lo que sí es una línea homogénea es que todos los sistemas jurídicos incluyen para sancionar a los delitos de corrupción penas privativas de libertad. También es frecuente la incorporación de penas de inhabilitación con incapacidades similares y especiales referidas a la pérdida del cargo del funcionario público o a la prohibición de que este pueda ejercer en el futuro cargos públicos. Respecto a terceros (*extraneus*) que participen en delitos de corrupción se les suele inhabilitar para contratar con el Estado. No obstante, el uso de la pena de multa como pena conjunta a las anteriores es menor y tiene distintas modalidades de cuantificación y aplicación.

Finalmente, resulta notorio que no hay equilibrio de país a país, entre los rangos de las penas aplicables. En todo caso, predominan penas privativas de libertad con rangos entre 2 y 10 años. Asimismo, los delitos de cohecho son los que resultan ser sancionados con mayor severidad, mientras que las penas menores se consignan sobre todo para los delitos de malversación de caudales públicos.

En lo que respecta a los delitos de criminalidad organizada, estos tienen rangos de pena más altos que los establecidos para los delitos de corrupción y a ellos se suele aplicar mayormente penas conjuntas

de multa. Por ejemplo, las penas privativas de libertad suelen ser de mediana gravedad o graves y pueden alcanzar rangos mínimos de 4 años y máximos superiores a 10 años.

Ahora bien, en la explicación de cada sistema jurídico y en las tablas que se anexan se especifican los rangos que corresponden para cada delito de la muestra. Es pertinente señalar que no se han incluido penas principales o accesorias que específicamente tomen en cuenta la conexión de delito de corrupción con delitos de criminalidad organizada. Al parecer ello se debe a que tal relación se toma en cuenta mayormente para configurar circunstancias agravantes específicas o para dar lugar a la imputación de modalidades de concurso de delitos.

A continuación, destacaremos comparativamente algunos aspectos de las penas principales y accesorias analizadas.

4.2.6.1. Sobre las penas principales conminadas

Un efecto evidente de la ausencia de estándares internacionales, cuantitativos y cualitativos, sobre las penas principales, que deben regularse y aplicarse a los delitos de corrupción (incluyendo cuando están vinculados a la COT), es lo heterogéneo de las clases y magnitudes de las penas elegidas por los sistemas penales nacionales evaluados. No obstante, en todos ellos predomina la tendencia a reprimir tales hechos punibles con penas privativas de la libertad de extensión temporal y de duración promedio entre un año y doce años. Esto es, se suelen considerar como penas eficaces, disuasivas y proporcionadas aquellas de mediana gravedad. Pero también resulta frecuente la inclusión de otras penas principales de manera conjunta y que suelen ser las de multa e inhabilitación especial temporal. Es así que en varios de los sistemas jurídicos comparados contemplan esas tres clases de penas, lo cual ocurre, por ejemplo, en la legislación de Chile⁵⁵,

⁵⁵ La legislación penal chilena sanciona con penas de reclusión, inhabilitación y multa de manera conjunta los delitos de cohecho activo (art. 248 y 249), cohecho pasivo (art. 250), corrupción de funcionarios en negocios internacionales (art. 251), peculado y malversación de fondos (art. 233 al 238), fraudes al Estado (art. 239) y tráfico de influencias (art. 248).

México⁵⁶, Perú⁵⁷ y, como veremos en la siguiente sección, Colombia⁵⁸. No obstante, en otros ordenamientos como el de la Argentina se ha optado por considerar solo una dualidad punitiva integrada por penas privativas de la libertad e inhabilitación⁵⁹.

4.2.6.2. *Sobre las penas privativas de la libertad*

Las penas privativas de libertad reguladas en los sistemas comparados poseen distintas denominaciones, lo cual suele estar ligado a la tradición legislativa histórica de cada país. Así, por ejemplo, se utilizan términos clásicos como los de “prisión” o “reclusión” en Argentina⁶⁰, Italia⁶¹ y Colombia (como veremos en la siguiente sección)⁶². En cambio, en el CP peruano se ha optado por denominarlas con mayor precisión “pena privativa de la libertad”⁶³ en el art. 29 del CP.

⁵⁶ El CP Federal de México incluye además en los arts. 212, 213 y 213-B la pena de destitución y de inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, así como para participar en las adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación por un plazo de uno a veinte años.

⁵⁷ La Ley 30.111, de 26 de noviembre de 2013, y el Decreto Legislativo 1.243, de 22 de octubre de 2016, incorporaron de manera específica, junto a la pena privativa de libertad, a las penas de multa e inhabilitación, respectivamente, en diversos tipos penales contra la Administración Pública, tales como la colusión simple y agravada (art. 384), peculado doloso y culposo (art. 387), diversas modalidades de cohecho (arts. 393-A, 397, 397-A, 398), tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401), etc.

⁵⁸ Cuentan con penalidad conjunta de prisión, inhabilitación y multa los delitos de peculado por apropiación (art. 397), concusión (art. 404), cohecho propio (art. 405), tráfico de influencias de servidor público (art. 411), enriquecimiento ilícito (art. 412).

⁵⁹ Ello ocurre, por ejemplo, en los delitos previstos en los arts. 256, 257, 258, 259, 261, 265 del CP Federal argentino.

⁶⁰ En ese sentido, el art. 6 del CP Federal argentino.

⁶¹ Véase art. 17 del CP italiano.

⁶² Utiliza esa terminología el art. 37 del CP colombiano.

⁶³ Art. 29 del CP peruano

4.2.6.3. *Sobre la pena de multa*

La gran mayoría de los sistemas penales evaluados incluyen la pena de multa como sanción para los delitos de corrupción. Sólo el ordenamiento jurídico italiano ha excluido la conminación directa y específica de penas pecuniarias para tales delitos, aunque si la consigna para otros delitos de criminalidad organizada. No obstante, todos los países prefieren considerar siempre la incorporación de la multa como pena principal pero conjunta.

Ahora bien, lo que hace la distinción entre los modelos normativos comparados es la recurrencia a diferentes unidades de referencia y sistemas de determinación del importe dinerario de la pena pecuniaria y que deberá pagar el condenado. Si bien predominan las formas de regulación en base al sistema clásico de los “días-multa” como se observa en Brasil⁶⁴, México⁶⁵ y Perú⁶⁶, algunos países emplean modalidades derivadas de aquel que incluyen unidades de referencia basadas en “meses o años multa” como ocurre en España. Sin embargo, también se detectan otras legislaciones nacionales que emplean unidades de referencia diferentes para la cuantificación de la multa, siendo que en el CP chileno se utilizan las “unidades tributarias mensuales”⁶⁷. Sólo en la legislación penal italiana se regulan formas de multa tasada que aluden a cantidades fija de dinero (euros).

En lo que respecta al modo de obtener el importe dinerario de la multa coexisten también algunas singularidades. En este sentido, si bien se suele tomar en cuenta para aquello el volumen total del ingreso diario o renta del condenado, en determinados países se recurre a la aplicación de “porcentajes” o “múltiplos” que inciden sobre los montos del valor del beneficio económico ilícitamente obtenido, tal como se observa en el DP chileno y mexicano⁶⁸. Por su parte, la

⁶⁴ Confróntese art. 49 del CP Federal de Brasil.

⁶⁵ Véase art. 29 del CP Federal de México.

⁶⁶ Así en el art. 41 del CP peruano.

⁶⁷ En el CP Federal de México se utiliza como unidad de referencia al salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito.

⁶⁸ La legislación chilena regula la imposición de la multa como una pena conjunta. Asimismo, utiliza para la determinación de esta pena pecuniaria criterios porcentuales que se aplican en razón del monto del beneficio so-

normatividad española considera para ciertos hechos punibles la variante “doble”, “triple” o “cuádruple”. En cambio, como se verá en la siguiente sección, el sistema colombiano precisa que el importe de la multa que pagará el penado será fijado en función del monto legal que corresponde a un “salario mínimo legal mensual”⁶⁹.

4.2.6.4. Sobre la pena de inhabilitación

Con la notoria excepción de Italia que considera la aplicación accesoria de la pena de inhabilitación (*l'interdizione*)⁷⁰, los demás sistemas jurídicos analizados regulan penas principales de inhabilitación, aunque de aplicación conjunta para los autores o partícipes de delitos de corrupción.

Sobre la modalidad y la duración de la pena de inhabilitación se aprecian también algunas diferencias entre los países. En efecto, si bien por lo general se regulan formas de inhabilitación especial y temporal, los períodos de duración son variados y van desde menos de un año hasta veinticinco años. No obstante, tanto en la legislación argentina como en la peruana se incluyen para determinados delitos tipos de “inhabilitación perpetua” aunque con topes máximos de duración entre veinte a más años⁷¹. Además, en el CP italiano, donde

licitado o aceptado, pero también equivalentes a un múltiplo de los derechos o beneficios solicitados o aceptados, así como del provecho solicitado o aceptado. Por su parte, el CP Federal argentino también recurre a un criterio porcentual pero aplicado sobre el valor de lo sustraído o al monto del enriquecimiento obtenido por el funcionario, tal como se aprecia de los delitos de malversación de caudales públicos (art. 261) y de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleado (art. 268), respectivamente.

⁶⁹ Art. 39 del CP colombiano.

⁷⁰ Art. 12 del CP italiano

⁷¹ Según el art. 38 del CP peruano, la inhabilitación principal puede extenderse entre 5 a 20 años. Para determinados delitos como los de colusión, peculado, malversación, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio. Además, en todos estos supuestos la inhabilitación será perpetua si el agente cometió el delito como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella; o la conducta ilícita recayó sobre recursos asignados a programas con fines asistenciales, de apoyo o inclu-

como se mencionó la inhabilitación se impone como una pena accesorias, puede también llegar a tener una duración perpetua⁷².

En lo que se refiere a las incapacidades y restricciones que produce la pena principal de inhabilitación, se advierte que predomina la consideración de incapacidades o restricciones específicas y que son compatibles con el tipo de infracción de deberes o abuso de poderes referidos al delito cometido. Igualmente, se aprecia que algunos sistemas jurídicos nacionales conservan modalidades tradicionales de “inhabilitación absoluta” y que extienden el número de incapacidades o restricciones legalmente consideradas para afectar al condenado. Son ejemplos de este tipo de efectividad las normas pertinentes de los sistemas penales argentino y chileno⁷³.

4.2.6.5. *Sobre las penas accesorias*

En los sistemas europeos y latinoamericanos, la presencia de penas accesorias no es homogénea. En ese sentido hay ordenamientos jurídicos como el argentino y chileno que las consigna como efectos directos de la imposición de las penas privativas de la libertad. En cambio, en otros modelos la pena accesoria es regulada con carácter especial y sólo para delitos que involucren abuso de posición, función, profesión o con infracción de deberes especiales como la patria potestad, tal como ocurre en el CP peruano.

Asimismo, hay ordenamientos punitivos que no incluyen este tipo de penas complementarias como es el caso del sistema mexicano.

sión social; pero también cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias

⁷² Así el art. 317 *bis* del CP italiano

⁷³ El art. 21 del CP chileno contempla inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares; para ejercer algún cargo u oficio público. Por otro lado, la legislación argentina reprime con inhabilitación especial perpetua algunos delitos como los de cohecho y tráfico de influencias (arts. 256 y 257). Asimismo, se aplica inhabilitación absoluta perpetua en los delitos de malversación de caudales públicos (art. 261) y de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268).

Ahora bien, lo que sí es una tendencia común en los países estudiados es la consideración de la pena de inhabilitación como la pena accesoria de mayor regulación. Es así que en el caso italiano la inhabilitación sólo puede aplicarse como pena accesoria. En menor medida se incluye también a la multa, u otras penas como el decomiso, como penas accesorias, lo cual se observa en la legislación brasileña y chilena, respectivamente.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. Desarrollo legislativo

La legislación penal colombiana también ha considerado para los delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada un sistema de penas principales que incluye la prisión (art. 37 del CP⁷⁴), la multa (art. 39 del CP⁷⁵) y la inhabilitación (art. 43 del CP)⁷⁶, la cual está integrada entre las “penas privativas de otros derechos”.

⁷⁴ Art. 37 del CP colombiano. La prisión: “La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1. La pena de prisión para tipos penales tendrá una duración máxima de sesenta (60) años, excepto en los casos de concurso. 2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que suponga la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código. 3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”.

⁷⁵ Art. 39 del CP colombiano. La multa: “La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas: 1. *Clases de multa.* La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.

2. *Unidad multa.* La unidad multa será de: 1. Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa. En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 2. Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa. En el segundo grado

estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50). 3. Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa. En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores. 3. *Determinación*. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar. 4. *Acumulación*. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este art. para cada clase de multa. 5. *Pago*. La unidad multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado en firme, a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que a continuación se contemplan. 6. *Amortización a plazos*. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años. La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes. 7. *Amortización mediante trabajo*. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social. Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo. Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social. Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones: 1. Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas. 2. Se preservará en su ejecución la dignidad del penado. 3. Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios. 4. Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en

Destaca como una particularidad colombiana el que la extensión de las penas de prisión y de inhabilitación especial se fijen para la mayoría de los delitos con un número mínimo y máximo de meses, pero para otros hechos punibles dicha regulación se haga a través de un número de años. Lo cual se advierte, por ejemplo, en la penalidad establecida para los delitos de peculado por apropiación, de enriquecimiento lícito y de soborno transnacional⁷⁷. También es de mencionar que de manera frecuente se regula la misma duración temporal

su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios. 5. Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social. 6. Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos. Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código. En los eventos donde se admite la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el Juez.

⁷⁶ Art. 43 del CP colombiano. Las penas privativas de otros derechos: “Son penas privativas de otros derechos: 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. 2. La pérdida del empleo o cargo público. 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, bien sea de forma directa o indirecta en calidad de administrador de una sociedad, entidad sin ánimo de lucro o cualquier tipo de ente económico, nacional o extranjero 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría”. 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas. 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma. 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos. 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros. 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar. 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar. PARÁGRAFO. Para efectos de este art. integran el grupo familiar: 1. Los cónyuges o compañeros permanentes. 2. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar. 3. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos. 4. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. Para los efectos previstos en este art., la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.

⁷⁷ Arts. 397, 412 y 433 del CP colombiano.

para las penas de prisión y de inhabilitación, como se aprecia en los casos de los delitos de malversación y de cohecho activo propio⁷⁸.

Sin embargo, lo que motiva mayor atención en el sistema colombiano es la forma de consignar la pena de multa a través de una cantidad salarios mínimos legales mensuales. Si bien se han formulado severas críticas a este estilo de regulación de la pena pecuniaria, señalando Velásquez (2009) que reúne “todos los defectos que se achacan a este sistema en el derecho comparado”, lo peculiar de la técnica legislativa empleada radica en que para algunos delitos se establece un número con fracción. Así ocurre para el delito de cohecho activo (“cohecho por dar u ofrecer”), cuya pena de multa tiene un mínimo legal de 66.66 salarios mínimos legales mensuales. Cabe también señalar que para algunos delitos el monto de la pena pecuniaria se establece a partir de equivalencias o de múltiplos sobre el valor de lo ilícitamente generado por el delito (“valor de lo apropiado” o “valor del enriquecimiento”), pero con topes establecidos siempre en base a salarios mínimos legales mensuales⁷⁹.

En cuanto a la incorporación de las tres penas principales examinadas en los delitos de corrupción es de destacar su regulación conjunta. En cambio, para los delitos de criminalidad organizada como el concierto para delinquir, el tráfico ilícito de drogas y el lavado de activos sólo se incluyen las penas conjuntas de prisión y de multa⁸⁰. En el detalle siguiente se mencionan los rangos mínimo y máximo de las penas conminadas para tales hechos punibles:

1. Peculado por apropiación (art. 397): prisión de 96 a 270 meses, multa equivalente al valor de lo apropiado (sin que supere el equivalente a 50,000 salarios mínimos legales y vigentes) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo que la pena de prisión.
2. Peculado por uso (art. 398): prisión de 16 a 72 meses e inhabilitación por el mismo periodo para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

⁷⁸ Arts. 399 y 405 del CP colombiano.

⁷⁹ Arts. 397 y 412 del CP colombiano.

⁸⁰ Arts. 323, 340 y 376 del CP colombiano.

3. Peculado por aplicación oficial diferente (art. 399): prisión de 16 a 54 meses, multa de 13.33 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.
4. Concusión (art. 404): prisión de 96 a 180 meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimo legales mensuales vigentes e inhabilitación de 88-144 meses.
5. Cohecho pasivo (art. 405): prisión 80 a 144 meses, multa de 66.66 a 144 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.
6. Cohecho pasivo impropio (art. 406): prisión 64 a 126 meses, multa de 66.66 a cien 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.
7. Cohecho activo (art. 407): prisión de 48 a 108 meses, multa de 66.66 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.
8. Negociación incompatible en la celebración de contratos (art. 409): prisión de 64 a 216 meses, multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses.
9. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410): mismos rangos punitivos que para el delito de negociación incompatible en la celebración de contratos.
10. Tráfico de influencias de servidor público (art. 411): prisión de 64 a 144 meses, multa de 133,33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.
11. Enriquecimiento ilícito (art. 412): de 9 a 15 años de prisión, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales

mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 96 a 180 meses.

En cuanto a los delitos de criminalidad organizada, los rangos de las penas son los que se mencionan a continuación:

12. Pertenencia a organización criminal (art. 340): pena de prisión de 48 a 108 meses.
13. Tráfico ilícito de drogas (art. 376): prisión de 128 a 360 meses y multa de 1334 a 50 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
14. Lavado de activos (art. 323): prisión de 10 a 30 años y multa de 1000 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En lo que concierne a las penas accesorias, la legislación penal colombiana concede tal condición a las denominadas penas privativas de otros derechos, que incluyen sobre todo formas de inhabilitación con diferentes incapacidades. Destacan, sobre todo, las que se refieren a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y las que consisten en la pérdida del empleo o cargo público. La doctrina colombiana considera que la primera es una pena accesoria obligatoria que debe imponerse siempre por imperio de la ley, mientras que la segunda es una pena accesoria discrecional y cuya aplicación dependerá del arbitrio del órgano jurisdiccional (Velásquez, 2009). En relación con estas penas accesorias, Velásquez (2009) ha formulado sólidos cuestionamientos por lo ambiguas e imprecisas que resultan ser las referencias que hace la ley sobre su potencial duración mínima o máxima.

Conforme lo establece el art. 52, la imposición de aquellas penas accesorias exige la realización de actos de abuso o prevalimiento de los derechos, funciones, empleos o cargos que ostentaba el autor del delito. Pero, también, se autoriza su aplicación cuando dicha pena pueda favorecer efectos preventivos. Asimismo, la misma norma dispone que se deben adicionar penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas siempre que se aplique al condenado una pena principal de prisión. En estos casos la duración de la pena accesoria puede ser la misma que la pena de prisión o incluso excederla en un tercio. En todo caso, el art. 53 aclara que

la pena accesoria se cumplirá simultáneamente a la ejecución de la pena de prisión⁸¹.

5.2. *Análisis comparado específico sobre la legislación colombiana*

Si se compara la actual legislación penal colombiana con la vigente en los demás países de la muestra se observan más similitudes que diferencias. Ello ocurre en términos generales en relación a las penas principales establecidas para los delitos de corrupción y de COT examinados. Efectivamente, en Colombia también se estable-

⁸¹ Art. 51 del CP colombiano. Duración de las penas privativas de otros derechos: “La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3° del art. 52. Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del art. 122 de la Constitución Política. [...] La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años. [...] La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de seis (6) meses a quince (15) años. [...] La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de seis (6) meses a diez (10) años. [...] La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años. [...] La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años”. Con respecto al art. 52 del CP colombiano sobre las penas accesorias, este dice lo siguiente: “Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena. En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el art. 59. En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del art. 51”. Finalmente, el art. 53 del CP colombiano, sobre el cumplimiento de las penas accesorias, prevé lo siguiente: “Las penas privativas de otros derechos concurrentes con una privativa de la libertad, se aplicarán y ejecutarán simultáneamente con ésta. A su cumplimiento, el Juez oficiosamente dará la información respectiva a la autoridad correspondiente”.

cen penas conjuntas de privación de libertad, multa e inhabilitación. No obstante, es de reconocer importantes diferencias en los rangos de las penas conminadas por el derecho colombiano respecto a los previstos en los demás países evaluados para los mismos delitos. Sobre todo, esto último se aprecia en el caso de delitos de COT como el tráfico ilícito de drogas y el de lavado de activos (con unos rangos muy superiores en el sistema colombiano). Por lo demás, tampoco se advierte en el derecho penal colombiano que se ha tomado en cuenta penas especiales para los delitos de corrupción cuando son conexos con delitos de COT, aunque si se construyen sobre la base de esa conexión circunstancias agravantes específicas, como ocurre en el delito de concierto para delinquir (art. 340 del CP, tercer párrafo).

Como en los otros sistemas jurídicos analizados, las penas accesorias que recaen sobre los delitos materia de estudio son también excepcionales en el sistema colombiano, y se refieren a la imposición de incapacidades propias de una pena de inhabilitación que afectan el ejercicio de derechos y funciones públicas del autor, siempre que este sea condenado una pena principal de prisión. Así mismo, como en el caso de otras legislaciones (italiana, argentina), dicha pena accesoria se impondrá también cuando se imponga una pena, esto es, hay una aplicación preceptiva. Es de señalar que en el caso peruano la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación sólo es consecuencia del abuso de posición o cargo del agente al cometer el delito y siempre que tal hecho punible no tenga conminada una pena principal de inhabilitación. Consideramos que esta opción es más razonable que la colombiana.

Finalmente, en el derecho penal colombiano la regulación de la pena de multa ha preferido la aplicación de unidades de referencia basadas en los montos dinerarios equivalentes a los salarios mínimos. En cambio, en otros países se ha optado mayormente por modalidades del sistema de días multa y en menor medida de multas tasadas. Sin embargo, en Colombia también se ha incluido una multa que se determina en múltiplos de indicadores como “valor de lo apropiado” o “valor del enriquecimiento” (arts. 397 y 412 del CP). Esta regulación colombiana sobre la pena pecuniaria podría ser considerada también por los demás países para sancionar más apropiadamente los delitos de corrupción o de COT que sean motivados por el lucro.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. A modo de conclusión general

Luego del estudio comparativo y analítico realizado sobre los instrumentos legales internacionales y nacionales acerca de las penas principales y accesorias que pueden ser estimadas como eficaces, disuasivas y proporcionadas para los delitos de corrupción asociada a la criminalidad organizada, la más relevante conclusión que cabe señalar es que dicho estándar no tiene una interpretación y asimilación homogénea en el derecho penal contemporáneo. La principal evidencia de ello es la notable heterogeneidad que existe en la selección, regulación y aplicación de las clases, extensiones y reglas que sobre dicha materia contienen las legislaciones punitivas de los países.

Esto es consecuencia de la imprecisión o ausencia de estándares que especifiquen en los convenios multilaterales acerca de las características cualitativas o cuantitativas de las penas principales o accesorias que deben ser consideradas por el derecho penal interno. Esto es, si bien existen los mismos delitos en los sistemas jurídicos comparados la sanción penal de los mismos es muy heterogénea. El más relevante efecto de esta falta de uniformidad y simetrías entre los sistemas de penas principales y accesorias debilita la configuración de un espacio internacional contra la corrupción, y restringe las posibilidades futuras de armonización legislativa y de una eficaz cooperación judicial interestatal en dicho dominio (procedimientos de extradición o de ejecución de sentencias condenatorias en el extranjero).

Urge, por tanto, como estrategia común reformular o integrar en los principales instrumentos de política criminal contra la corrupción y la criminalidad organizada criterios o reglas más precisas que identifiquen mejor aquellos estándares punitivos hoy todavía equívocos o ambiguos. Dado que el diagnóstico realizado involucra también a países europeos el espacio estratégico idóneo para la toma de decisiones sobre los problemas detectados no puede ser otro que el generado desde las Naciones Unidas a partir de la Convención de Mérida. En este sentido, podría solicitarse el apoyo de organismos especializados como la UNODC.

6.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

Si bien los umbrales de las penas, mínimos o máximos, no coinciden entre los países analizados (sobre todo, en lo que concierne a penas privativas de la libertad), consideramos que se podría establecer un mínimo común para determinadas modalidades de delitos de corrupción como serían los de peculado, colusión, tráfico de influencia, soborno y enriquecimiento ilícito. En todos estos casos el mínimo podría ser de tres años de pena privativa de libertad como pena principal.

Sin embargo, sí consideramos que resulta necesario para fortalecer el efecto disuasivo de las penas incluir en todos los códigos penales latinoamericanos, penas principales privativas de libertad, de inhabilitación y de multa más severas y específicas para los delitos de corrupción, y de criminalidad organizada, que: (a) sean cometidos por altos funcionarios públicos considerados como personas políticamente Expuestas (PEP), en abuso de su cargo o posición para ejecutar, facilitar o encubrir esos hechos punibles (Mandatarios, Ministros de Estado, Parlamentarios Magistrados de las Altas Cortes, etc); y (b) cuando el delito sea cometido, facilitado o encubierto por un funcionario público, de cualquier grado o nivel administrativo, si el hecho punible ocurriera en una coyuntura de crisis sanitaria o calamidad pública como las que acontecieron con la pandemia del COVID-19 o la producción de desastres naturales (terremotos, aluviones, incendios forestales, etc.). Al respecto puede seguirse el modelo peruano de regular formas de inhabilitación perpetúa revisable y extinguable al cumplirse 20 años de ejecución.

Como por el momento no existe un sistema de sanciones especiales para aquellos altos funcionarios estatales, debe proponerse, entonces, una escala diferenciada de penas. Esta diferenciación, además, resulta razonable si se tiene en cuenta que en más de una ocasión en nuestra región aquellos altos funcionarios procuraron una cooptación estatal. Cabe recordar al respecto, la experiencia peruana de los casos Fujimori-Montesinos y de los “Cuellos Blancos” que pusieron en riesgo la propia estabilidad del Estado de derecho (Prado Saldarriaga, 2021). Cabe señalar que ya existen en algunos

pises europeos y americanos regulaciones y propuestas en esa misma dirección (María Corina, 2023)

Asimismo, con relación a la pena de multa, cabe proponer que frente a la existencia de distintos modelos de aplicación se debería ensayar, cuando menos, la regulación de un mismo modelo y umbral cuantitativo para casos de cierta gravedad. Por ejemplo, cuando los delitos de corrupción o de criminalidad organizada hayan generado para el funcionario público que los cometió, facilitó o encubrió un importante beneficio económico ilegal. En ese sentido, pues, los países examinados podrían incorporar para tales supuestos, una multa de aplicación porcentual o que se represente en un múltiplo del importe dinerario del beneficio económico ilícitamente obtenido, y que podría ser equivalente al 50% más de dicho importe o al doble del mismo. Cabe señalar que estas modalidades de fijar la pena pecuniaria han sido ya reguladas en la legislación penal chilena y que puede servir de orientación a los demás sistemas jurídicos examinados.

En cuanto al escenario para la evaluación y discusión sobre todas estas propuestas, este debería ser el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción como instancia especializada que reúne a todos los países miembros de la OEA.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Concretamente se estima útil para el sistema penal colombiano, al igual que para los demás países de la muestra, configurar penas especiales para los altos funcionarios-PEP que incurran, faciliten o encubran delitos de corrupción o de COT. Estas sanciones deben establecer diferencias cualitativas y rangos más altos en relación con las penas privativas de libertad, pecuniarias y de inhabilitación.

En consecuencia, se deben reformular tales penas para que no sean las mismas conminadas para otros funcionarios públicos de nivel medio o básico. En ese sentido, cabe también construir tipos penales especiales que reflejen la mayor intensidad del abuso de altas competencias y deberes especiales que ostentan tales dignatarios (Jefes de Estado, Ministros de Estado, Congresistas, Magistrados de

las altas cortes, etc.). Es de tener en cuenta que por su jerarquía los delitos de corrupción, o de COT, que ellos realizan, facilitan o encubren generan mayor impacto psicosocial en la ciudadanía y afectan con mayor intensidad la confianza en las instituciones públicas y en el sistema democrático. Esto sucede, en particular, cuando, además, el marco constitucional les rodea de privilegios e inmunidades que hacen más sensible en la conciencia ciudadana una imagen de impunidad. Un ejemplo de este tipo de penas podría ser la inclusión de una modalidad especial de inhabilitación perpetua para acceder a cargos públicos y actos de gestión pública, como la que se regula en la legislación penal peruana vigente para determinados delitos de corrupción y de COT.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Almagro, Luis. (2018). “Prólogo”. En: Tablante, C & Morales, M. (Eds.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Alonso, S. (2016). “De las penas”. En: Terragni, M. *Derecho Penal. Parte General*. <https://www.terragnijurista.com.ar/derecho/cap19.htm>.
- Antolisei, F. (1960). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: UTEHA.
- Bailone, M. (2006). “La Reclusión en el Código Penal Argentino” *Publicado en la página web de la Revista de Pensamiento Penal, Argentina*.
- Bitencourt, C. (2019) *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva Educação.
- Buscaglia, E. (2018). “La integración vertical de la delincuencia organizada vinculada a la corrupción política: Un análisis jurimétrico del decomiso de activos y los derechos humanos”. En: Tablante, C. & Morales Antoniazzi, M. (Ed.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Cassel, D. (2005). “El sistema procesal penal de Estados Unidos”. En: Storme, M. & Gomez Lara, C (Eds.). *Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación. XIX Congreso Mundial de Derecho Procesal*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castro Cuenca, CG. (2020) “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. En: R. Martínez (Ed.). *La corrupción. Criminología, Derecho*

- Penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del Centro.
- Cirillo, P. (2019). “Le pene accessorie (perpetuità e riabilitazione)”. *Il Penalista*. En *La legge anticorruzione (l. 9. Gennaio 2019,3)*. (Ed.). Pp.35-44.
- Creus, C. (1999) *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- De la Rúa, J. (1997). *Código Penal Argentino. Parte general*. Buenos Aires: Dspalma.
- Díez, J. (2020). *Derecho Penal Español. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Elhart, R. (2012) “Individualización Judicial de la Pena en el Derecho Penal Argentino”. *Tesis Doctoral*. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34940/Documento_completo.pdf?sequence=3.
- García, O. (1997). *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Giorgio, M. (2023). “La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos”. *Revista Penal*, Vol. 51. Pp. 72-112.
- Gregorini, A. “La pena de reclusión en el Derecho Penal Argentino”. *Escuela de Fiscales*.
<http://www.escueladefiscales.com/pena-reclusion-derecho-penal-argentino.pdf>.
- Jaramillo, C. (2017). “Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable”. *Revista Mercatoria*. Vol. 16 (1). Pp.59-80.
- Lamas, L. (2019). *Corrupción, cleptocracia y globalización*. Lima: Lamas Puccio Abogados.
- López, J. (2010). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Mantovani, F. (2015). *Los Principios del Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales.
- Palacios, G. (2014). *La Cárcel desde Adentro. Entre la reinserción social del semejante y la anulación del enemigo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Pozuelo, L. & Bacigalupo, S. (2019). “Clases de penas”. En: Lascurián Sánchez, J (Ed.). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Prado Saldarriaga, V. (2018). *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial.

- Prado, V. (2021). *Los delitos del crimen organizado. Aspectos criminológicos, política criminal y control penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramírez, M. y Matus, J. (2021). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez, R. (2012). “Distinción entre Penas y Medidas de Seguridad en la Codificación Mexicana y Análisis Comparativo con el CP Español”. *Tesis Master. Universidad de Sevilla. Facultad de Derecho*.
- Selim, S. (2020). “Observaciones críticas sobre la Ley 3/2019-Italia (la denominada ley Spazzacorrotti Act)”. *Revista Política Criminal*. Vol. 15 (30). Pp.1051-1056.
- Tablante, C. & Morales, M. (Ed.). (2018). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Terragni, M. (2016). “La Pena de Inhabilitación ”.
<https://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm>.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Librería jurídica Comlibros.
- Yshii, L. (2019). *Las penas de inhabilitación y multa en los delitos contra la administración pública. Problemas normativos y prácticos*. Lima: Jurídica Editores.
- Zaffaroni, E. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Corte Suprema de Justicia de la República (18 de junio de 2008). “Alcances de la Pena de Inhabilitación”. *Acuerdo Plenario N°02-2008/CJ-116*.
https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.
- Mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención interamericana contra la corrupción. MESICIC. (2020). “Informe hemisférico de la quinta ronda de análisis del comité de expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención interamericana contra la corrupción”. *OEA/Ser. L. SG/MESICIC/doc.564/20 rev.1 12 de marzo de 2020*. Washington, D.C.
- Organización de Estados Americanos, (1996). “Convención Interamericana contra la corrupción”.https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B58_contra_Corruptcion.asp.

Organización Económica para el Desarrollo (21 abril 1997). “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales. Internacionales”.

Organización Económica para el Desarrollo – OECD (2010). “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y documentos relacionados”.

Parlamento Europeo (2016). “Resolución (2018/C 215/19) del 25 de octubre del 2016 sobre la lucha contra la corrupción y el seguimiento de la Resolución de la Comisión CRIM (2015/2110(INI)”. Bruselas: *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Tribunal Constitucional del Perú. (2002). “Sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N°010-2002-AI/TC”.

www.oecd.org/corruption.

ANEXOS

Tablas sobre Penas principales aplicables por países

Tabla 1. España
Tipo de pena principal y su extensión para
cada delito en en el CP Español

DELITO	PENNA PRINCIPAL		
	PRISIÓN	MULTA	INHABILITACIÓN ESPECIAL
COHECHO ACTIVO	2 a 4 años	12 a 24 meses	5 a 9 años
COHECHO PASIVO	3 a 6 años	12 a 24 meses	9 a 12 años
CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES	6 meses a 4 años	Triplo del valor del beneficio o ventaja	1 a 6 años
CORRUPCIÓN EN NEGOCIOS INTERNACIONALES	3 a 6 años	12 a 24 meses	7 a 12 años
PECULADO	2 a 6 años		6 a 10 años
COLUSIÓN	2 a 6 años		6 a 10 años
COHECHO INTERNACIONAL	3 a 6 años	12 a 24 meses	9 a 12 años
MALVERSACIÓN	2 a 6 años		6 a 10 años
TRÁFICO DE INFLUENCIAS	6 meses a 2 años	Duplo del beneficio perseguido u obtenido	5 a 9 años
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	2 a 5 años		6 a 20 años
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	3 a 6 años	Triplo del valor de la droga objeto del delito	
LAVADO DE ACTIVOS	6 meses a 6 años	Triplo del valor de los bienes	1 a 3 años

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2. Italia
Tipo de pena principal y su extensión para cada delito en el CP Italiano

DELITO	PENA PRINCIPAL	
	RECLUZIONE	MULTA
COHECHO ACTIVO	3 a 8 años (Cohecho propio) 6 a 10 años (Cohecho impropio)	
COHECHO PASIVO	3 a 8 años (Cohecho propio) 6 a 10 años (Cohecho impropio)	
COHECHO JUDICIAL	6 a 10 años y 6 meses	
PECULADO	2 a 6 años	
PECULADO Y COHECHO INTERNACIONAL	Mismas penas que para casos nacionales	
MALVERSACIÓN DE CAUDALES ESTATALES OBTENIDOS POR TERCEROS	6 meses a 4 años	
TRÁFICO DE INFLUENCIAS	1 a 4 años y 6 meses	
ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR	1 a 5 años	
LAVADO DE ACTIVOS	4 a 12 años	5000 a 2500 euros
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	6 a 20 años	26000 a 200 000 euros

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 3. Argentina
Tipos de penas principales y su extensión para cada delito en el CP argentino

DELITO	PENA PRINCIPAL		
	PRISIÓN	INHABILITACIÓN	MULTA
Art. 256 CORRUPCIÓN PASIVA	1 a 6 años	Perpetua	—
Art. 265 bis TRÁFICO DE INFLUENCIAS	1 a 6 años	Especial perpetua	—

DELITO	PENA PRINCIPAL		
	PRISIÓN	INHABILITACIÓN	MULTA
(art. 257) CORRUPCIÓN JUDICIAL	4 a 12 años	Perpetua	—
Art. 258 CORRUPCIÓN ACTIVA	1 a 6 años	—	—
Art. 258 bis CORRUPCIÓN ACTIVA INTERNACIONAL	1 a 6 años	Especial perpetua	—
Art. 260 MALVERSACIÓN	—	De 1 mes a 3 años	—
Art. 261 PECULADO	2 a 10 años	Absoluta perpetua	—
Art. 265 COLUSIÓN	1 a 6 años	Especial perpetua	—
Art. 268-2 ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	2 a 6 años	Absoluta perpetua	50% del valor del enriquecimiento
Art. 210 ASOCIACIÓN ILÍCITA	3 a 10 años	—	—
Art. 278 LAVADO DE ACTIVOS	2 a 10 años	—	2 a 10 veces el monto de la operación.
Art. 5 de la ley 23737 TRÁFICO DE DROGAS	4 a 15 años	—	45 a 900 unidades fijas

Tabla 4 Brasil

Tipo de penas principales y su extensión para cada delito en el CP Brasileño

DELITO	PENA PRINCIPAL	
	RECLUSÃO	MULTA
COHECHO ACTIVO	2 a 12 años	Sí
COHECHO PASIVO	2 a 12 años	Sí
COHECHO INTERNACIONAL	1 a 8 años	Sí
TRÁFICO DE INFLUENCIAS INTERNACIONAL	2 a 5 años	Sí
CONCUSIÓN	2 a 12 años	Sí

DELITO	PENA PRINCIPAL	
	RECLUSÃO	MULTA
PECULADO	2 a 12 años	Sí
TRÁFICO DE INFLUENCIAS	2 a 5 años	Sí
LAVADO DE ACTIVOS	3 a 10 años	Sí
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	3 a 8 años	Sí
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	5 a 15 años	500 a 1500 días multa

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 5 Chile
Extensión cuantitativa de las penas privativas de libertad en el CP Chileno

Pena	Tiempo que comprende la pena	Tiempo de su grado mínimo	Tiempo de su grado medio	Tiempo de su grado máximo
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.	5 años y 1 día a 20 años	5 años y 1 día a 10 años	10 años y 1 día a 15 años	15 años y 1 día a 20 años
Inhabilitación absoluta y especial temporales	3 años y 1 día a 10 años	3 años y 1 día a 5 años	5 años y 1 día a 7 años	7 años y 1 día a 10 años
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores	61 días a 5 años	61 días a 540 días	541 días a 3 años	3 años y 1 día a 5 años
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular	61 días a 3 años	61 días a 1 años	1 año y 1 día a 2 años	2 años y 1 día a 3 años
Prisión	1 a 60 días	1 a 20 días	21 a 40 días	41 a 60 días

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 6
Tipo de pena principal y su extensión para cada delito en el CP Chileno

DELITO	PENA PRINCIPAL		
	PRIVATIVA DE LIBERTAD	MULTA	INHABILITACIÓN
COHECHO ACTIVO	Reclusión menor en grado medio	Multiplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere distinto la multa será de 25 a 250 UTM	Absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo
COHECHO PASIVO	Reclusión menor en grado medio	Misma pena que el cohecho activo	Misma pena que el cohecho activo
CORRUPCIÓN JUDICIAL	Exclusión del mínimo o grado mínimo de los delitos de cohecho activo	Exclusión del mínimo o grado mínimo de los delitos de cohecho activo	Exclusión del mínimo o grado mínimo de los delitos de cohecho activo
CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES ACTIVO	Reclusión menor en grado medio	Duplo del beneficio aceptado o solicitado. Si el beneficio fuere distinto la multa será de 50 a 500 UTM	
CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES PASIVO	Reclusión menor en su grado medio o Reclusión menor en su grado mínimo (modalidad de consentir)	Duplo del beneficio aceptado o solicitado. Si el beneficio fuere distinto la multa será de 50 a 500 UTM	
COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS	Reclusión menor en grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo	Duplo al cuádruplo del beneficio. Si no es de naturaleza económica será de 100 a 10000 UTM	Inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo.

DELITO	PENA PRINCIPAL		
	PRIVATIVA DE LIBERTAD	MULTA	INHABILITACIÓN
PECULADO	<p>Dependiendo del monto sustraído:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si es 1 UTM a 4 UTM, presidio menor en sus grados medio a máximo) - Si es más de 4 UTM A 40 UTM, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo - Si es más de 40 UTM, presidio mayor en sus grados mínimo a medio 	Doble de lo sustraído	Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	Reclusión menor en sus grados medios a máximo	La mitad al tanto del valor del interés que hubiera tomado en el negocio	Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo
TRÁFICO DE INFLUENCIAS	Reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo	duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere distinto la multa será de cien a mil UTM	Inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO		Monto del incremento patrimonial indebido	Inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.
LAVADO DE ACTIVOS	Presidio en sus grados mínimo a medio	200 a 1000 UTM	
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo	40 a 400 UTM	
ASOCIACIÓN ILÍCITA	Presidio mayor en cualquier grado (jefes) Presidio menor en grado medio (integrantes)		

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 7. México
Tipos de penas principales y su extensión para cada delito en el CP mexicano

DELITO	PENNA PRINCIPAL			
	PRISIÓN	INHABILITACIÓN	MULTA	OTRA PENNA
Art. 220 EJERCICIO ABUSIVO DE FUNCIONES	3 meses a 2 años cuando no el monto no exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años	30 a 300 veces el salario mínimo vigente	—
	2 a 12 años cuando el monto exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 2 a 12 años	30 a 500 veces el salario mínimo vigente	—
Art. 221 TRÁFICO DE INFLUENCIAS	2 a 6 años	Destitución e inhabilitación de 2 a 6 años	30 a 300 veces el salario mínimo vigente	—
Art. 222 COHECHO y Art. 222 bis COHECHO PASIVO INTERNACIONAL	3 meses a 2 años cuando no el monto no exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años	30 a 300 veces el salario mínimo vigente	—
	2 a 14 años cuando el monto exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años	300 a 1000 veces el salario mínimo vigente	
Art. 223 PECULADO	3 meses a 2 años cuando no el monto no exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años	30 a 300 veces el salario mínimo vigente	—
	2 a 14 años cuando el monto exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 2 meses a 14 años	300 a 500 veces el salario mínimo vigente	
Art. 224 ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	3 meses a 2 años cuando no el monto no exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años	30 a 300 veces el salario mínimo vigente	Decomiso
	2 a 14 años cuando el monto exceda de 500 salarios mínimos	Destitución e inhabilitación de 2 meses a 14 años	300 a 500 veces el salario mínimo vigente	

DELITO	PENA PRINCIPAL			
	PRISIÓN	INHABILITACIÓN	MULTA	OTRA PENA
Art. 167 ASOCIACIONES DELICTUOSAS	5 a 10 años de prisión	Destitución e inhabilitación de 1 a 5 años cuando el autor es servidor público	100 a 300 días multa	—
	La pena se aumentará en una mitad si el autor es servidor público			
Art. 194 TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	10 a 25 años de prisión	Hasta por 5 años siempre que el autor sea servidor público	100 a 5000 días multa	—
Art. 400 bis LAVADO DE ACTIVOS	5 a 15 años de prisión	Inhabilitación por el mismo periodo en el caso de que el autor se trata de un servidor público.	1000 a 5000 días multa	—
	La pena se aumentará en una mitad si el autor es un servidor público encargado de prevenir, denunciar, investigar o juzgar delitos.			

Tabla 8 Perú
Tipo de pena principal y su extensión para cada delito en el CP Peruano y normas conexas

DELITO	PENA PRINCIPAL		
	PRIVATIVA DE LIBERTAD TRMPORAL	MULTA	INHABILITACIÓN
COLUSIÓN SIMPLE	No menor de 3 ni mayor de 6 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de 5 a 20 años
PECULADO (primer párrafo)	No menor de 4 ni mayor de 8 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de 5 a 20 años
MALVERSACIÓN (primer párrafo)	No menor de 1 ni mayor de 4 años	180 a 365 días multa	Incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de 5 a 20 años
COHECHO PASIVO PROPIO (primer párrafo)	No menor de 5 ni mayor de 8 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los inciso 1 y 2 del art. 36 de 5 a 20 años

DELITO	PENA PRINCIPAL		
	PRIVATIVA DE LIBERTAD TRMPORAL	MULTA	INHABILITACIÓN
SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO	No menor de 5 ni mayor de 8 años	365 a 730 días multa	Incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de 5 a 20 años
COHECHO PASIVO IMPROPIO	No menor de 4 ni mayor de 6 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los Inciso 1 y 2 del art. 36, de 5 a 20 años
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO (primer párrafo)	No menor de 6 ni mayor de 15 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los Inciso 1 y 2 del art. 36, de 5 a 20 años
COHECHO ACTIVO GENÉRICO (primer párrafo)	No menor de 4 ni mayor de 6 años	365 a 730 días multa	Incisos 1, 2 y 8 del art. 36 de 5 a 20 años
COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL	No menor de 5 ni mayor de 8 años	365 a 730 días multa	Incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de 5 a 20 años
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO (primer párrafo)	No menor de 5 ni mayor de 8 años	365 a 730 días multa	I Incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36, de 5 a 20 años
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	No menor de 4 ni mayor de 6 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los Inciso 1 y 2 del art. 36, de 5 a 20 años
TRÁFICO DE INFLUENCIAS (primer párrafo)	No menor de 4 ni mayor de 6 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los incisos 1 y 2 del art. 36, de 5 a 20 años
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (primer párrafo)	No menor de 5 ni mayor de 10 años	365 a 700 días multa	Incapacidades de los incisos 1 y 2 del art. 36, de 5 a 20 años
ORGANIZACIÓN CRIMINAL (primer párrafo)	No menor de 8 ni mayor de 15 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los incisos 1, 2, 4 y 8 del art. 36 de 6 meses a 10 años
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (primer párrafo)	No menor de 8 ni mayor de 15 años	180 a 365 días multa	Incapacidades de los incisos 1, 2 y 4 del art. 36 de 6 a 10 años
LAVADO DE ACTIVOS (arts. 1, 2 y 3 del DL 1106)	No menor de 8 ni mayor de 15 años	120 a 350 días multa	Inhabilitación perpetua incapacidades de los incisos 1, 2 y 8 del art. 36

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 9. Colombia
Tipos de penas principales y su extensión para cada delito en el CP argentino

DELITOS	PENAS		
	PRISIÓN	MULTA	INHABILITACIÓN
PECULADO POR APROPIACIÓN Art. 397	96 a 270 meses	Equivalente al valor de lo apropiado, sin que supere el equivalente a 50 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes	96 a 270 meses
PECULADO POR USO Art. 398	16 a 72 meses	—	16 a 72 meses
PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE Art. 399	16 a 54 meses	13.33 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes	16 a 54 meses
CONCUSIÓN Art. 404	96 a 84 meses	66.6 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes	88 a 144 meses
COHECHO PROPIO Art. 405	80 a 144 meses	66.6 a 144 salarios mínimos legales mensuales vigentes	80 a 144 meses
COHECHO IMPROPIO Art. 406	64 a 126 meses	66.6 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes	80 a 144 meses
COHECHO ACTIVO Art. 407	48 a 108 meses	66.6 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes	80 a 144 meses
INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Art. 409	64 a 216 meses	66.6 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes	80 a 216 meses
CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES Art. 410	64 a 216 meses	66.6 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes	80 a 216 meses
TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO Art. 411	64 a 144 meses	133.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes	80 a 144 meses

DELITOS	PENAS		
	PRISIÓN	MULTA	INHABILITACIÓN
ILÍCITO Art. 412	9 a 15 años	Equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a 50,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes	96 a 180 meses
CONCIERTO PARA DELINQUIR Art. 340	48 a 108 meses	-	—
TRÁFICO DE DROGAS Art. 376	128 a 360 meses	1,334 a 50,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes	—
LAVADO DE ACTIVOS Art. 323	10 a 30 años	1,000 a 50,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes	—

4. RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Capítulo 5

Subrogados penales

JUAN SEBASTIÁN FIGUEROA OCHOA*
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*

1. INTRODUCCIÓN

En un primer análisis de las opciones de liberación temprana con que cuenta la persona condenada penalmente, dentro de un contexto penitenciario y carcelario colapsado, caracterizado a nivel general por los altos índices de hacinamiento carcelario (Grujić & Milic, 2016), debemos reconocer —más allá de las variopintas funciones de la pena¹—, que los subrogados penales persiguen un objetivo práctico

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali), con énfasis en Derecho Público. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Diplomado en Justicia Criminológica y Análisis del comportamiento criminal de la Universidad El Bosque (Bogotá).* Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello de Cajamarca y con estudios de Maestría en derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido adjunto de docencia de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario General de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Actualmente es Relator de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Ha colaborado con la edición de varias publicaciones de derecho penal.

* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que forma parte del Programa de Investigación 70593 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de MinCiencias (Colombia).

¹ Sobre las funciones de la pena, véase Hernández & Vega (2022).

fundamental: la descongestión de las cárceles (Hernández, 2018a). Adicionalmente, estos mecanismos permiten mantener la esperanza de recobrar la libertad por parte de las personas condenadas, motivando un buen comportamiento intramuros que puede contagiarse entre las demás personas privadas de la libertad que puedan llegar a acceder a estos mecanismos. Esto, en todo caso, no oculta el fracaso de la resocialización (Hernández, 2018b), sino que constata su lugar secundario frente al control disciplinario autoritario (Sandoval, 1998), garantizado por el sistema de premios y recompensas.

Por ejemplo, la libertad condicional se ofrece como un premio, basado en el objetivo de resocialización, que se otorga a la persona privada de la libertad, una vez haya transcurrido determinado tiempo en el establecimiento de reclusión ostentando una buena conducta. En el análisis de este mecanismo, no deben perderse de vista dos componentes fundamentales: (a) el componente moral (el condenado se ve retribuido por haber evidenciado cierta capacidad de readaptación); y (b) el componente social (estimula a los demás condenados a seguir el mismo camino del compañero premiado), garantizando así un orden en la cárcel, no solo por el control de la capacidad de cupos y la lucha contra el hacinamiento, sino también por la expectativa frente a este beneficio. No obstante, y enfocados en el condenado, que es el protagonista de la ejecución penal en general, es indispensable proyectar el efecto rehabilitador de esta medida como fundamento de la liberación y la reducción de la reincidencia (Hernández, 2018a).

Por otra parte, en materia de suspensión de la pena, se entiende que la persona condenada no requiere tratamiento penitenciario, atendiendo a la gravedad del delito, la cual es medida a partir del *quantum* de la pena impuesta, sumado a las características personales, sociales y familiares que desvirtúan la necesidad de ejecución penal. En este último ámbito, el análisis de antecedentes penales es importante, comoquiera que las personas reincidentes pueden mostrar un irrespeto por las normas de conducta, reflejándose así la falta de eficacia del sistema penal, con base en la aplicación punitiva que el sistema hizo en su contra, en pretérita oportunidad y por ende, debe establecerse si debe continuar beneficiándose de estos mecanismos de excarcelación.

Ahora bien, respecto de los delitos de corrupción y en general todos aquellos que lesionan el erario, se ha implementado una política de tolerancia cero (Hernández, 2018a). Así, por ejemplo, el art. 68A del CP colombiano excluye de la posibilidad de suspensión condicional de la pena a los condenados por delitos dolosos contra la administración pública. La misma prohibición recae sobre los delitos de estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado. En todo caso, esta proscripción no abarca el subrogado de la libertad condicional.

En consecuencia, es necesario interrogarse si los subrogados penales acogen, o no, la naturaleza estructural de la corrupción, en el sentido de que la resocialización por liberación temprana pueda ayudar a su reducción, de tal manera que incida en aquellas instituciones legales o al margen de la ley que, en su ejercicio sistemático, buscan provechos o beneficios. En otras palabras, el estudio de los subrogados penales debe realizarse de acuerdo a su impacto para prevenir o disuadir el delito de corrupción como fenómeno estructural y no individual. De ahí, que del análisis comparado entre distintos regímenes normativos regionales y universales, se pueda evidenciar que dichas normas no favorecen la desintegración de las organizaciones, pues su funcionalidad se enmarca únicamente en la persecución y posterior resocialización de un individuo definido, y no en la disociación de la estructura de la cual dicho individuo hizo parte, pues ésta permanece incólume.

En ese escenario, vale la pena preguntarse si la baja incidencia en la descomposición de la estructura criminal transnacional obedece a la ausencia de persecución penal de las personas jurídicas o si, en contraste, se debe a una precaria política criminal que no aplica las normas penales de forma armónica con la naturaleza estructural de la corrupción (Hefendehl & Palermo, 2021) y la interacción de tales organismos delictivos con instancias dentro y fuera del Estado que impiden la correcta persecución y aplicación de medidas, dadas las estrechas relaciones entre los mismos. Asimismo, es necesario evaluar si la exclusión de una medida de liberación temprana para los delitos de corrupción, sea cual fuere el ordenamiento, materializa una política coercitiva que atiende al clamor populista, o se debe más

bien a una política de cohesión que mitiga la conflictividad social, a través de gobiernos propositivos (Barreto & Rivera, 2009).

Con base en lo anterior, en el presente capítulo se analizarán los subrogados penales relativos a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en el marco de las exigencias consagradas en los instrumentos internacionales. Posteriormente, se abordará el estudio de estos mecanismos sustitutivos de la pena respecto del mismo fenómeno criminal, con base en las experiencias comparadas de algunos países no latinoamericanos (España, Italia y Estados Unidos) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), para posteriormente desembocar en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, con el objetivo de identificar su idoneidad y el cumplimiento de los fines perseguidos con las penas. Igualmente, se identificarán las características de una ejecución penal idónea para los delitos de corrupción asociados al COT, que tenga en cuenta la identidad humana de las personas condenadas y la necesidad de liberaciones tempranas, no solo para un adecuado funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario, sino también para atacar la reincidencia en esta clase de delitos.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en 1997 (Convención OCDE), señala que para los delitos objeto de dicha regulación, se deben aplicar penas eficaces, proporcionales y disuasorias y que el tiempo de privación de la libertad debe ser suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición. Aunque expresamente no advierte nada sobre subrogados penales, tanto la proporcionalidad de las penas como la permanencia intramuros para garantizar la cooperación internacional, no impiden su concesión.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), adoptada la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1996, es aplicable a cinco actos de corrupción considerados en el texto, en

consonancia con la legislación interna de cada Estado parte. Del catálogo de delitos aparece, entre otros, el soborno transnacional, instituido en el art. VIII, el cual es considerado un acto de corrupción para los propósitos del tratado, entre los Estados que así lo hayan tipificado. La Convención guarda silencio sobre la ejecución de la pena y no incluye en su articulado un acápite de medidas de excarcelación temprana, sin dejar de lado que todas las medidas adoptadas para cumplir los deberes emanados del texto deberán hacerse con sujeción a las constituciones internas y a los principios fundamentales.

Por su parte, las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT) de 2000 y contra la Corrupción (CNUCC) de 2003 invitan a considerar la eventualidad de la libertad anticipada o condicional, para los responsables de estos delitos, valorando eso sí, la gravedad de los mismos.

Ahora bien, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), propenden por el derecho a la libertad, y en materia de su privación exigen un tratamiento humano que se compagine con la evaluación de su proceso intramural y la posibilidad de excarcelación temprana.

3. SUBROGADOS PENALES PARA DELITOS DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

En este apartado analizaremos los mecanismos sustitutivos de la pena respecto de las condenas por delitos de corrupción asociados al COT, con base en las experiencias comparadas de España, Italia y Estados Unidos.

3.1. España

En el capítulo III, del título III del CP español se consagran las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional, habilitando la suspensión de la ejecución de este tipo de penas cuando no superen los 2 años. No existe prohibición expresa para conceder este beneficio para delitos de corrupción asociada al COT.

Dentro de este marco normativo, mediante sentencia No. 209/1993 el Tribunal Constitucional Español estudia la medida de suspensión de la pena y define su objeto concreto. La providencia establece que la figura obedece a la necesidad de diferenciar entre penas cortas y aquellas más prolongadas, además de tener en cuenta la prognosis favorable del sujeto condenado, a saber, la probabilidad de no reincidencia en el delito. En dichos escenarios, en los que el reo fue sometido a una condena corta y su comportamiento arroja valores que inclinan la balanza a su favor, continuar la ejecución de la pena resulta inidóneo, máxime cuando, de seguirse cumpliendo con el término tasado, los niveles adecuados para una correcta resocialización no se vislumbrarían y la necesidad de la medida, desde el punto de vista preventivo, se desdibuja completamente.

Teniendo en cuenta la punibilidad de algunos de los delitos asociados al fenómeno de la corrupción, solamente la consecuencia consagrada en abstracto por el tráfico de influencias (6 meses a 2 años) y la malversación (2 a 6 años), cumplirían con el requisito objetivo señalado en la legislación penal española; no obstante, el requisito objetivo podría alcanzarse respecto de delitos que inicialmente superan el mínimo punitivo de 2 años, en virtud de los juicios por conformidad, en donde la aceptación de los cargos conlleva un descuento punitivo.

Por su parte, para efectos de la libertad condicional se exige un requisito objetivo, consistente en la superación de las tres cuartas partes de la pena y encontrarse clasificado en tercer grado. Adicionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria deberá tener en cuenta: (a) que el condenado haya observado buena conducta; y (b) la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, entre otros aspectos. Se excluyen de este be-

neficio a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y en tratándose de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones terroristas se requiere acreditar el abandono de los fines y los medios de la actividad terrorista y que el sujeto haya colaborado activamente con las autoridades.

No existe prohibición expresa para conceder este beneficio para delitos de corrupción asociada al COT. El único límite al reconocimiento de la medida fue instituido a través de la Ley Orgánica 1/2015 (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 o CP), que establece que la libertad condicional podrá rechazarse cuando el condenado obviare el deber de reparar el daño causado al erario por sustracción de fondos o daños económicos a la Administración.

La salvedad impuesta a la aplicación de la libertad condicional no resulta sorprendente, pues la Ley Orgánica, más que configurar pequeñas enmiendas, crea toda una nueva sección dedicada a los delitos de corrupción en los negocios, además de evolucionar en aspectos técnicos de los delitos ya contenidos en el CP español (Gil, 2015), estableciendo medidas de lucha contra la corrupción y la eventual posibilidad de corrupción con impactos en la Administración pública y privada.

3.2. Italia

Para el derecho penal italiano, el *affidamento in prova*, consagrado en el art. 47 de la Ley 354 de 1975, hace referencia a aquella medida sustitutiva de la detención, en donde el condenado es obligado a prestar servicios sociales, bajo regímenes educativos.

Así mismo, la legislación italiana consagra que para conceder la suspensión de la pena (art. 163 del CP) con respecto a delitos contra la administración pública, específicamente delitos de corrupción, se exige un resarcimiento del daño causado a la administración como consecuencia del delito, debiéndose concretar el pago de una cantidad equivalente al beneficio obtenido con el ilícito, o a lo que hubiera indebidamente percibido el funcionario público o el encargado de un servicio público. Cabe resaltar que, tal como lo consagran los arts. 150 al 170 del CP italiano, la suspensión condicional de la pena

es una causa de extinción del delito (Fernández, 2016). Además, no se prohíbe su concesión en casos de delitos de corrupción asociados al COT.

En lo que respecta a su aplicación, el Tribunal de Vigilancia-Tribunal de Apelación de Milán² ha manifestado que la llamada reparación del daño o la eliminación de las consecuencias perjudiciales del delito cometido que eventualmente son la base de las solicitudes de subrogados por parte de actores inmersos en conductas de corrupción política o empresarial, deben ser relevantes, sin que por ello puedan ser estudiadas de forma unívoca y aislada. De ahí que se considere que el presupuesto de la utilidad de la medida para la reinserción social, debe entenderse con especial atención a la necesidad de una auténtica y profunda revisión crítica de la conducta, basada en el desprendimiento de las opciones desviadas anteriores y en la conciencia del daño social causado. Por lo tanto, la misma jurisprudencia ha planteado que deberá denegarse el beneficio a un condenado que, a pesar de haber tenido un buen comportamiento en prisión y de haber participado en actividades resocializadoras, no se aleja explícitamente de su pasado delictivo, se limita a afirmar de forma poco clara y concisa que ha desarrollado “autocrítica”, y, en relación con alguno de los procesos que cursan en su contra, sólo ha reconocido parcialmente el considerable daño causado.

Lo anterior permite, cuando menos, aproximarse a un incentivo en pro de la resocialización del condenado por corrupción y la disuasión de cara a potenciales actores, pues siendo este tipo de conductas en su mayoría de carácter económico o con incidencia pecuniaria dentro y fuera de la esfera pública, el subrogado penal busca que quien las cometa, también tenga una consecuencia sobre estos aspectos, debiendo, además de purgar penas eventualmente intramurales, restituir lo indebidamente obtenido.

Ahora bien, creemos conveniente hacer un breve comentario acerca del art. 323-ter del *Codice Penale* italiano, agrupado en el Libro

² Tribunale di Sorveglianza-Corte d’Appello di Milano, 23.7.1997, Cusani, in Foro it., 1998, II, c. 31; y también Trib. Sorv. Milano, 29.5.1997, Tassan Din, ivi, 1998, II, p. 33, y Trib. Sorv. Milano 3.4.1997, ivi, 1998, II, p. 34 78

Segundo, título II, capítulo I, referido a los delitos de funcionarios públicos contra la Administración Pública. Con la promulgación y entrada en vigencia desde el 16 de enero de 2019 de la *Legge 9 gennaio 2019*, n° 3, mejor conocida como ley *spazzacorrotti* (ley “barre corruptos”), la normativa sustancial y procesal penal ha sido modificada en aspectos relevantes. De forma sumaria se tiene que, (a) además de aumentar las penas para algunos crímenes contra la administración pública; y (b) modificar ciertos aspectos de las penas accesorias, como vetar a los condenados por delitos contra la administración pública a acceder a cargos públicos o a concluir contratos con la administración; lo relevante para este capítulo es (c) la inserción de la no punibilidad por colaborar con la justicia (Sales, 2020).

Si bien el art. 323-bis agrupa ciertas circunstancias de atenuación de la pena para aquellos que: (a) hubieren tomado medidas efectivas para evitar que la actividad delictiva tuviera mayores consecuencias; (b) lograran asegurar la prueba de los delitos y la identificación de los otros autores; o (c) permitiesen la incautación de las sumas u otros beneficios transferidos, la Ley n° 3/2019 trajo consigo una actualización mucho más llamativa, denominada causa de no punibilidad por colaborar con la justicia.

En primer lugar, el supuesto de hecho considera que el colaborador acuda a la justicia antes de ser informado de que está siendo investigado en relación con hechos delictivos contra la administración pública y, en todo caso, dentro de los cuatro meses siguientes a la comisión del delito. Esto no solo lo delimita de forma temporal, bajo una especie de fenómeno prescriptivo, sino que apela a la integridad misma del sujeto, el cual busca anticiparse a cualquier indagación o proceso penal, es decir, busca una verdadera denuncia voluntaria que aporte datos útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a los demás responsables, con anterioridad a verse inmiscuido.

Segundo, la no punibilidad del denunciante está condicionada a la entrega de la utilidad recibida por él o, en caso de imposibilidad, de una suma de dinero de valor equivalente, o a la indicación de elementos útiles y concretos para identificar al beneficiario real, en el mismo plazo referido anteriormente. Nuevamente, la reciprocidad

económica entre el ilícito y el requisito para acceder a beneficios se refleja de forma literal.

En todo caso, se insiste en que la no punibilidad únicamente aplica cuando la denuncia sea previa a la comisión del delito denunciado, pues su finalidad es, en palabras de Sales (2020: 1054), lograr una prevención general y especial, pues se busca insertarse eficazmente en esa relación de solidaridad que une a los delincuentes, rompiendo el vínculo de confianza, “el interés mutuo, la seguridad y la ventaja recíproca entre funcionarios públicos y extraneos, que se unen para la comisión del delito”.

Precisamente es aquel vínculo amistoso entre los actores del delito de corrupción, su familiaridad y, cómo no, su camaradería, los que resquebrajan los alcances de los subrogados. Por ende, estos últimos no solo deben arremeter “contra su bolsillo”, obligándolos a reintegrar o reponer lo malversado, sino también deben apelar a ese arrepentimiento eficaz (Sales, 2020), a la ética subjetiva en preeminencia y salvaguarda de la moralidad administrativa, esto es, en el remordimiento del actor antes de que llegue a ser vinculado a un proceso.

Ahora bien, no resulta claro cómo tales medidas puedan contribuir a combatir la corrupción transnacional, cuando su aplicación se restringe a un catálogo de delitos, según la ley italiana, a sabiendas de que aquella situación que supera las fronteras se ha constituido en la realización de delitos generalizados y en serie, dando lugar a un fenómeno endémico que requiere respuestas globales y sistemáticas.

3.3. *Estados Unidos*

Sin entrar a diferenciar los términos técnicos que en Norteamérica se presentan para definir los verbos *sentencing* y *sentence* y, acogiendo la delimitación conceptual de Zysman Quirós (2013), es necesario puntualizar que, para determinar una pena, se requiere la existencia de un juicio de responsabilidad, una posterior condena, y un procedimiento legal que permita determinar si aquella se debe considerar a tal punto de tasarla o si se prescindirá de la misma, y, en cualquier caso, implica evaluar las eventuales modificaciones que esta pueda sufrir en la ejecución. En todo caso, la determinación de la pena par-

te de unas directrices propias del sistema federal estadounidense, a saber, las *U.S. Sentencing Guidelines (USSG)* del año 1987, cuya vigencia continúa incólume.

Al respecto, el Manual de la Comisión de Penas de los Estados Unidos, mediante el cual se describe el desarrollo histórico y la evolución federal de los lineamientos para imponer las penas, recoge, entre otras cosas, instrucciones detalladas sobre cómo proceder al momento de condenar por la comisión de un delito, de conformidad con el *Sentencing Reform Act* de 1984 (Título II del *Comprehensive Crime Control Act* de 1984). Así, dichas directrices sientan las bases del aparato punitivo norteamericano, pues recogen figuras jurídicas como la disuasión (*deterrence*), incapacidad (*incapacitation*), justo castigo (*just punishment*), y la rehabilitación (*rehabilitation*).

Ahora bien, además de haberse creado unas categorías de comportamientos según el delito y las características del sujeto activo de la conducta punible³, y de incluir una “matriz” de rangos de penas del que los juzgadores de instancia pueden hacer uso al momento de fallar un asunto, las *U.S. Sentencing Guidelines (USSG)* incorporan la abolición de la libertad condicional del sistema federal (*Federal Parole System*) desde 1987⁴ y reduce y reestructura sustancialmente las medidas por buen comportamiento.

En el ámbito sustantivo, Thaman (2017) resume, *grosso modo*, aquellas leyes federales que la Fiscalía utiliza a la hora de perseguir los delitos de corrupción, las cuales, en su variedad, tipifican conductas propias del orden interno de los Estados Unidos, destacándose

³ Las USSG determinan, a manera ilustrativa, que: “An offense behavior category might consist, for example, of “bank robbery/committed with a gun/\$2500 taken.” An offender characteristic category might be “offender with one prior conviction not resulting in imprisonment.” The Commission is required to prescribe guideline ranges that specify an appropriate sentence for each class of convicted persons determined by coordinating the offense behavior categories with the offender characteristic categories. Where the guidelines call for imprisonment, the range must be narrow: the maximum of the range cannot exceed the minimum by more than the greater of 25 percent or six months. 28 U.S.C. § 994(b)(2).”

⁴ A través del Acto Reformatorio de Sentencias de 1984 (*Sentencing Reform Act*), el Congreso abolió la libertad condicional para convictos de crímenes federales cometidos después del 1° de noviembre de 1987.

las siguientes para efectos del presente capítulo: (a) la *Federal Official Bribery and Gratuity Statute* (18 U.S.C. § 201), centrada en los delitos de sobornos y cohechos a funcionarios del Estado; (b) la *Hobbs Act*, (18 U.S.C. § 1951); (c) la *Mail and Wire Fraud Act* (18 U.S.C. §§ 1341, 1343), la cual articula los delitos cobijados por la utilización de correos o telecomunicaciones; (d) la *Travel Act* (18 U.S.C. § 1952), aplicada a aquellas conductas favorecedoras del crimen organizado, en el marco de viajes o transportes interestatales; (e) la Ley RICO o *Racketeer-Influenced and Corrupt Organizations* (18 U.S.C. §§ 1961-1968), que consagra el ámbito normativo del chantaje civil, la influencia indebida y las organizaciones corruptas; y (f) la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (15 U.S.C. §§ 78dd-1 a 78 et seq.), la cual persigue a aquellas personas que cometan cohechos en ultramar, y que es la más relevante en materia de corrupción transnacional.

La FCPA se compone, básicamente, de un primer acápite enfocado en normas antisoborno y un segundo de aspecto técnico, centrado en los deberes a nivel contable que materializan los controles para anticipar el uso o movimiento indebido de fondos. Su importancia radica en el objeto de persecución, esto es, aquellos sujetos a los cuales les es aplicable las normas que la componen, en caso de realizar las conductas típicas. Así, la FCPA puede, eventualmente, recaer en personas naturales residentes en EE.UU., personas jurídicas con sede social en EE.UU., sus agentes o representantes legales y cualquier extranjero que a través de su actuar en la bolsa de valores norteamericana realice pagos indebidos (Epstein, 2016).

De ahí que, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión del Mercado de Valores (DOJ y SEC por sus respectivas siglas en inglés) hayan declarado la tolerancia cero para los infractores de la FCPA, incluidos aquellos provenientes de América Latina. Según Epstein (2016) de las diez condenas privativas más altas impuestas a personas naturales con base en la FCPA, todas exigían un porcentaje de ejecución intramural y el restante se cumpliría mediante la libertad condicional. En consecuencia, es claro que la libertad condicional (*parole*) y la libertad vigilada (*probation*), permiten una liberación temprana en el contexto norteamericano, sin contar con una prohibición respecto de delitos de corrupción.

La libertad condicional o *parole* hace referencia a la figura de la liberación supervisada en la comunidad, después de cumplir un cierto término de la condena en una prisión estatal o federal (Oudekerk & Kaeble, 2021). De acuerdo con el DOJ, aquellas personas que estén cumpliendo condenas de menos de 30 años por delitos cometidos con anterioridad al 1° de noviembre de 1987 pueden, a través de un proceso de aplicación, conseguir ser convocados a una audiencia de libertad condicional. Si la condena es superior a 30 años, tendrán la oportunidad de participar en una audiencia programada dentro de los 9 meses siguientes a cumplir con el perfil de elegibilidad, según lo determine la dependencia de prisiones federales (*Federal Bureau of Prisons*). Dicho perfil parte de un factor temporal u objetivo como es el haber completado un tercio de la condena. Por ende, si un delincuente está cumpliendo una pena de 30 años o más, podrá optar a la libertad condicional después de 10 años. Además, es necesario cumplir con ciertos requisitos subjetivos que son verificados por la *U.S. Parole Commission*, la cual puede conceder la libertad condicional cuando (a) el recluso haya observado sustancialmente las normas de la institución carcelaria, es decir, haya demostrado su buena conducta; (b) su liberación no atente contra la gravedad del delito ni promueva el quebrantamiento de la ley; y (c) su liberación no ponga en peligro el bienestar público.

Considerada en la Parte B de las *U.S. Sentencing Guidelines (USSG)* (§5B1.1), la libertad vigilada o *probation* resulta como una alternativa a la pena intramural, teniendo en cuenta que, más que un sustituto, equivale a una pena en sí misma y, en ese sentido, busca los mismos objetivos de una decisión judicial de condena, a saber, la promoción del respeto a la ley, la consolidación del justo castigo de acuerdo al delito, la concreción de una política disuasoria general y la protección de la ciudadanía frente a los delitos que el sujeto pueda cometer.

En este punto vale la pena traer a colación la diferencia del *probation* anglosajón y la suspensión de la pena del sistema europeo (en especial del Derecho italiano tal y como hemos visto en los acápi-tes anteriores). Tal distinción, elaborada por Jaén Vallejo (2003) y retomada por Fernández (2016), asevera que, en la *probation* existe una declaración de culpabilidad del sujeto y la suspensión de la sentencia, por lo que, a pesar de que no se haya emitido una condena

contra el acusado, el juez puede decretar poner a este último, bajo vigilancia. Por su parte, con la suspensión de la pena, la culpabilidad del investigado se declara y la pena es tasada en la sentencia que pone fin al proceso, en cuyo caso lo que se suspende es su ejecución.

Con base en el *sentencing table* de las USSG (Ch. 5 Pt. A), los juzgadores deben evaluar dos lineamientos a la hora de imponer una pena privativa de la libertad: (a) el nivel del delito (*offense level*), determinado en rangos del 1 al 43, según el orden vertical de la tabla; (b) los antecedentes penales del sujeto o prontuario (*criminal history category*), si así se quiere, categorizado del I al VI de manera horizontal. La intersección de ambos lineamientos (a y b) arrojará el rango guía para dictaminar la pena, en meses de prisión⁵.

Lo anterior es el cimiento a la hora de considerar la *probation*, pues la sección §5B1.1. establece que la misma será procedente en una de las dos siguientes circunstancias: (a) si el rango guía de la pena se enmarca en la Zona A de la tabla de penas; o (b) si, enmarcándose en la Zona B, el juez impone la combinación o concurrencia de condiciones como el internamiento intermitente (*intermittent confinement*), el internamiento comunitario en un centro de tratamiento, el internamiento en instalaciones de salud mental (*community confinement*), la restitución, o, por último, la detención domiciliaria (*home detention*).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que las anteriores alternativas están sujetas a excepciones explícitamente consideradas en el mismo texto (*restrictions*). La más destacada es, a nuestro juicio, la excepción de la *probation* cuando el delito objeto de la condena pertenece a los delitos de las clases A o B (18 U.S.C. § 3561(a)(1)). Al respecto, la sección 3559 del Código Federal estadounidense, recogida en su título 18 referido a los crímenes y al procedimiento penal, determina la clasificación de los delitos, de acuerdo con el tiempo de cárcel impuesto en la pena (así, los delitos de las clases a y b corres-

⁵ A manera de ejemplo, el texto presupone que: *the guideline range applicable to a defendant with an Offense Level of 15 and a Criminal History Category of III is 24-30 months of imprisonment.*

ponden a aquellos cuya pena máxima es, respectivamente, la muerte, o la privación de libertad por al menos veinticinco años).

Aunque no existe una prohibición expresa que recaiga sobre los delitos de corrupción a la hora de permitir optar por esta medida, debe considerarse que la discrecionalidad del juez, si bien debe someterse a los *U.S. Sentencing Guidelines (USSG)* y, por consonancia, al precedente judicial, también presupone un análisis subjetivo de la persona, lo que eventualmente puede cohibir la concesión de la libertad vigilada, cuando la ofensa, a juicio del fallador, pertenezca a las clases a o b, según las circunstancias del acto corrupto.

3.4. Análisis comparado España, Italia y Estados Unidos

La suspensión de la pena en los países analizados se aplica para penas menores, bajo el entendido de que se trata de condenas que no ameritan tratamiento penitenciario. Adicionalmente, y aunque no se señala expresamente en las legislaciones estudiadas, estos subrogados tienen en cuenta la capacidad instalada del sistema penitenciario y carcelario, que imposibilita una incapacitación general frente a todos los comportamientos delictivos que concluyen con una sentencia condenatoria. Sumado al *quantum* punitivo, se tiene en cuenta el desistimiento de la actividad delictiva por parte del sujeto, que puede resultar perjudicado en un ambiente criminógeno como la prisión. En esa medida, puede ser más conveniente para concretar los fines de la pena, dejar en libertad a la persona y darle una nueva oportunidad de enmendar su camino, adecuándolo al respeto por los bienes jurídicos ajenos.

Aunque no se consagran prohibiciones para su otorgamiento por delitos de corrupción, es importante tener en cuenta el incremento de pena respecto de estas conductas punibles, lo que en la práctica supone una auténtica muralla para la concesión de este beneficio. Adicionalmente, en el ámbito norteamericano, se consagra un amplio margen de discrecionalidad judicial, que podría conllevar a la negación de los subrogados, por una valoración segada, dependiendo del juzgador.

Por su parte, la legislación italiana exige la reparación del daño causado, para la concesión de este beneficio. Esta reparación puede suponer que, ante ciertas circunstancias, no se imponga pena en contra de los ofensores.

Por otra parte, en torno a la libertad condicional, se privilegia la valoración del comportamiento intramuros y también se analiza el riesgo de reincidencia. Aunque existe prohibición para su concesión respecto de algunos delitos, esta no se extiende para actos de corrupción asociados al COT. No obstante, dentro del ámbito español y en tratándose de delitos que defrauden el erario, resulta importante verificar la reparación del daño causado, como acontece en Italia para efectos de suspensión de la pena.

Otra particularidad de la regulación italiana radica en la consagración de penas alternativas (trabajo comunitario) que, de manera congruente con los fines de la pena, pretende el resarcimiento del daño causado y evitar la reincidencia delictiva. Nuevamente, ante la imposibilidad de incapacitación general, debido a las limitaciones que presenta la infraestructura carcelaria, es importante esta clase de medidas, que igualmente conllevan a que la persona no resulte privada de su libertad, en contextos que pueden vulnerar sus derechos fundamentales, como consecuencia del hacinamiento.

4. SUBROGADOS PENALES PARA DELITOS DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

En este apartado analizaremos los mecanismos sustitutivos de la pena respecto de las condenas por delitos de corrupción asociados al COT, con base en las experiencias comparadas de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú.

4.1. Argentina

De la lectura de los arts. 26 et seq. de la Ley 11.179 de 1984, a través de la cual se promulgó el CP de la Nación Argentina, se des-

prende la dualidad de los requisitos del subrogado de suspensión del cumplimiento de la pena, los cuales pueden ser catalogados en objetivo y subjetivo.

En primer lugar, el artículo prevé, de manera objetiva, que el subrogado penal aplicará para aquellas personas cuya pena privativa de la libertad tenga como máximo los tres (3) años, siempre que se trate de su primera condena por delitos con pena intramural. En segundo lugar, el juez de conocimiento debe basar y fundar su decisión en criterios subjetivos, estos son, evidencias de la personalidad del sujeto, móviles durante su conducta delictiva, naturaleza del acontecer que ha obrado en el juicio e incluso su comportamiento *ex post*, que den cuenta de la poca idoneidad de la medida.

En el caso de la libertad condicional, el art. 13 de la citada ley, sustituido por el art. 1° de la Ley 25.892 de 2004, consagra tres escenarios donde los condenados pueden optar por el subrogado: (a) aquellos sentenciados a prisión perpetua que hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de condena; (b) los condenados a reclusión por más de tres (3) años que hubieren cumplido dos tercios de la pena; y (c) aquellos condenados a prisión por tres (3) años o menos, que hubieren cumplido un (1) año y ocho (8) meses. De esta manera, se consagra el marco objetivo para la concesión de la libertad condicional.

A su vez, la norma dispone que el reo que abogue por su libertad condicional deberá haber observado, con regularidad, los reglamentos carcelarios, lo cual se traduce en el criterio subjetivo consistente en haberse desenvuelto con buena conducta de manera constante y bajo los parámetros del centro de reclusión.

Finalmente, es importante subrayar que no se prohíbe la concesión de estos subrogados para delitos de corrupción asociados al COT.

4.2. *Brasil*

Partiendo de la Sección II del Decreto Ley No. 2848 del 7 de diciembre de 1940, encontramos, en su art. 44, la sustitución de las penas privativas de la libertad por las restrictivas de derechos, cuando concurren los siguientes criterios objetivos: (a) que la pena no sea

superior a cuatro (4) años y que el crimen no fuera cometido con violencia o grave amenaza (en caso de delitos culposos, cualquiera sea su pena); y (b) que el sujeto no sea reincidente en crímenes dolosos. Lo anterior se acompaña con el análisis subjetivo de la responsabilidad, sus antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, cuando los motivos y las circunstancias indiquen que la sustitución es suficiente.

El art. 77 del mismo Decreto determina que la ejecución de la pena privativa de la libertad que no fuera superior a dos (2) años (criterio objetivo) podrá ser suspendida siempre que concurren las pautas subjetivas sugeridas. Al respecto, dichos elementos subjetivos, en consonancia con la sustitución de las penas privativas, reclaman del condenado su no reincidencia en crímenes dolosos y que el examen de la culpabilidad, antecedentes, conducta social y personalidad del condenado, indiquen que el beneficio es suficiente. Así mismo, la norma prevé que la suspensión solo procede cuando otros subrogados penales no sean apropiados. Además, si el sentenciado fuere condenado a una pena privativa de la libertad no superior a cuatro (4) años, ésta última podrá ser suspendida al alcanzar los 70 años de edad o existan razones de salud que lo justifiquen.

Finalmente, conviene subrayar que no se prohíbe la concesión de estos subrogados para delitos de corrupción asociados al COT.

4.3. Chile

El marco normativo en materia de penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad se encuentra en el Decreto Ley 321 del 12 de marzo de 1925, el Decreto 2442 del año 1926, la Ley 18.216 del 14 de mayo de 1983 y la Ley 19.696 del 12 de octubre de 2000 (Código Procesal Penal) y sus modificaciones, todas ellas posteriores al CP chileno, regente desde el 12 de noviembre de 1874.

Dado el 10 de marzo de 1925 por la Junta de Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Secretarios de Estado, el Decreto Ley 321 establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, cuando se pruebe que el condenado ha demostrado avances en su proceso de reinserción social. Como beneficio,

dice la norma, no extingue ni modifica la pena impuesta o su duración, sino que corresponde a una alternativa para su cumplimiento en libertad. Entre los requisitos del Decreto Ley y del Decreto 2442 de 1926 que establece el Reglamento de la libertad condicional, encontramos que (a) debe tratarse de condenas superiores a un año; (b) debe haberse purgado, al menos, la mitad de la condena impuesta; (c) el condenado debe haber observado conducta intachable durante el cumplimiento de la condena; (d) debe existir un informe de postulación psicosocial que contenga los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos; (e) que el condenado haya aprendido bien un oficio; y (f) haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento.

Por su parte, la Ley 18.216 del 14 de mayo de 1983 establece que la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por: (a) remisión condicional; (b) reclusión parcial; (c) libertad vigilada; (d) libertad vigilada intensiva; (e) expulsión; y (f) prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

La primera, denominada remisión condicional, consiste en la asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo. La segunda, consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales. La tercera, se refiere a aquella libertad sometida a la prueba de la reinserción social del condenado, mediante una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado. La cuarta consiste en la libertad con sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales. La quinta, dirigida únicamente a aquellos extranjeros residentes o no residentes en Chile, que fueron condenados a una pena igual o inferior a cinco años de reclusión menor, en cuyo caso el juez podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. Por último, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad con-

siste en la realización de actividades no remuneradas a favor de un grupo de personas, debidamente coordinadas por el Estado.

En lo que respecta a la aplicabilidad de estos subrogados a los delitos de corrupción asociados al COT, ninguna norma la prohíbe, por lo que, una vez superados los requisitos objetivos (duración de la condena, periodo de aseguramiento) y subjetivos (conducta intachable, aprendizaje de un oficio, asistir a la escuela y el informe psicosocial), los encargados del establecimiento penitenciario y los Tribunales de Conducta pueden decretar la medida sustitutiva para estos delincuentes.

4.4. *México*

Dentro del CP federal de México se vislumbra el beneficio de la sustitución de la pena, por un lado, y la conmutación, por el otro, cuyas reglas se despliegan en el capítulo VI, arts. 70 al 76.

En la sustitución de la pena, el juez, una vez apreciados los límites legales para cada delito, su gravedad y el grado de responsabilidad del condenado, podrá sustituir la pena principal por otra de menor seriedad, como trabajos comunitarios, tratamiento mientras se goza de libertad, o, en tercer lugar, por multa. En cada caso, deberá el juez valorar que la condena no exceda de cuatro, tres o dos años, respectivamente. Así mismo, el juzgador deberá tener en cuenta los antecedentes penales del sujeto, pues la medida no se aplicará a quienes hubieren sido condenados en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio, ni a aquellos condenados por algunos delitos excluidos⁶.

⁶ a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero;
b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los arts. 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso;

Sobre la conmutación, contenida en el art. 73, se establece que será discrecionalidad del ejecutivo efectuarla, en razón a la comisión de delitos políticos. En ese caso, la conmutación de las sanciones impuestas irrevocablemente se hará, bien sea entre prisión y confinamiento, en caso de sanciones intramurales o confinamiento y multa, en caso de sanciones de confinamiento.

c) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; d) Violación, previsto en los arts. 265, 266 y 266 bis; e) Homicidio, previsto en los arts. 315, 315 Bis y 320; y feminicidio previsto en el artículo 325; f) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter.; g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter; h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; i) Robo, previsto en los arts. 371, último párrafo; 372; 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 Bis; j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; k) Los previstos y sancionados en los arts. 112 Bis, 112 Ter, 112 Quáter y 112 Quintos de la Ley de Instituciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164, o 164 Bis, o l) Los previstos y sancionados en los arts. 432, 433, 434 y 435 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164 o 164 Bis; II. Delitos en Materia de Trata de Personas contenidos en el Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; III. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso o sean considerados delincuentes habituales. IV. Los sentenciados por las conductas previstas en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo las previstas en los arts. 9, 10, 11, 17 y 18; V. Los sentenciados por el delito de Tortura.

En lo referente a la libertad preparatoria, los arts. 84 et seq. del CPF enuncian los presupuestos que se deben acreditar al momento de solicitarla: (a) que el condenado hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena en caso de delitos intencionales, como los delitos de corrupción del capítulo X, del título décimo; (b) la buena conducta; (c) la presunción de su readaptación y condiciones de no volver a delinquir, con base en el examen de la personalidad; (d) que el daño causado se haya resarcido o se haya obligado a resarcirlo; y (e) que el sujeto someta su comportamiento durante la libertad a unas condiciones previstas por la norma y a aquellas decretadas por el fallador, las cuales obedecen a sujeciones de formas de conducta adecuadas, residencia específica y abstenciones.

Finamente, el CP federal de México recoge también el beneficio de la condena condicional, cuyos diez lineamientos se encuentran descritos en el art. 90. Conforme a esta disposición, el juez competente, a través de sentencia o mediante el correspondiente incidente, podrá suspender la ejecución de la pena, mediando las siguientes condiciones objetivas y subjetivas: (a) que la condena de prisión no exceda los cuatro (4) años; (b) que no se trate de persona reincidente por delito doloso; (c) que haya evidenciado buena conducta antes y después de la conducta punible; (d) que su condena no corresponda a un delito excluido de la medida; y (e) que, partiendo de sus antecedentes individuales, la naturaleza, modalidad y móvil del crimen, exista la presunción de que el sujeto no volverá a delinquir.

Finalmente, conviene subrayar que no se prohíbe la concesión de estos subrogados para delitos de corrupción asociados al COT.

4.5. Perú

El capítulo IV del Decreto Legislativo No. 635 (CP de Perú), establece el beneficio de suspensión de la pena decretado por el juez, a favor del condenado que atienda los requisitos enlistados, a saber: (a) que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro (4) años; (b) que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del sujeto, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito; y (c) que no tenga la condición de reincidente o habitual.

En cuanto a la reserva del fallo condenatorio, esta medida consiste en que el juez se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia, fijando únicamente las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, siempre que infiera razonablemente, mediante la evaluación de las circunstancias individuales del sujeto al momento de dictar sentencia, que éste no cometerá un nuevo delito. Así mismo, desde una perspectiva objetiva, el juez tendrá también que revisar la ocurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: (a) que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; (b) que la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o (c) que la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

El capítulo III del referido Decreto presupone una alternativa de beneficio, en caso de no ser procedente las dos anteriores. Al igual que la conmutación de la pena en México, el juez podrá eventualmente convertir la pena privativa de la libertad en otras de menor envergadura, como multas, servicio comunitario, limitación de días libres o vigilancia electrónica personal.

Estas conversiones se manejan con la *ratio* consagrada en el art. 52 de la disposición normativa de marras. Según esta disposición, en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres.

Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del art. 29°-A del presente Código.

Con respecto a los delitos de corrupción, el Plan Nacional peruano de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 define este fenómeno

como todo “[...] uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona”. Así mismo, sobre los sujetos activos de delitos cobijados por esta definición, encontramos que la Ley 30.304 de 2015, incluyó, a través de la reforma del art. 57 del CP peruano, la prohibición de la aplicación de la medida de suspensión de la pena. De esta manera, la discrecionalidad del juez a la hora de valorar las circunstancias que ameriten el uso de una suspensión se ve cercenada, por conducto de un mandato legislativo.

4.6. Análisis comparado Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

Al igual que en España, Italia y Estados Unidos, la suspensión de la pena en los países latinoamericanos analizados se aplica para penas menores, las cuales pueden alcanzarse en virtud de descuentos punitivos en virtud de aceptación de los cargos.

Como característica particular, se encuentra que solo en la legislación peruana se encuentra una prohibición específica para delitos de corrupción, sin que se pueda otorgar este beneficio a favor de quienes resulten condenados por este delito.

En México, aunque existe un listado amplio de delitos excluidos para efectos de sustitución de la pena, no se consagran los delitos de corrupción.

Una de las particularidades que se encuentra en la legislación argentina está relacionada con el requisito objetivo, en tratándose de condenas de prisión perpetua, que no tienen relación con los delitos de corrupción asociados al COT.

Finalmente, en Chile, similar a lo que ocurre en la regulación italiana, se pueden imponer penas alternativas (trabajo comunitario) por delitos de corrupción.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

En este apartado analizaremos los mecanismos sustitutivos de la pena respecto de las condenas por delitos de corrupción asociados al COT, con base en la regulación colombiana.

5.1. Suspensión de la ejecución de la pena

Para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena (art. 63 del CP), se debe cumplir un requisito, de orden objetivo, que corresponde a que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no supere los 4 años de prisión. Por otra parte, se impone un requisito subjetivo, que solo es exigible para las personas que tengan antecedentes penales por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores, evento en el cual el juez debe valorar los antecedentes personales, familiares y sociales de aquellas, con miras a determinar la necesidad de la pena. De lo anterior se desprende y así se encuentra consagrada expresamente en la norma jurídica que regula la materia, que si la persona condenada carece de antecedentes penales, bastará con que reúna el requisito objetivo, para ser beneficiada de este subrogado (Hernández, 2018a,).

Como se mencionó en la introducción, este subrogado no es procedente para personas condenadas por delitos contra la administración pública (dentro de los cuales se encuentran consagrados algunos comportamientos de corrupción) así como por delitos de estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado. En todo caso, la prohibición legal no abarca el subrogado de la libertad condicional, que se estudia en el apartado siguiente.

5.2. Libertad condicional

Para acceder a la libertad condicional (art. 64 del CP), se requiere el cumplimiento de un requisito objetivo equivalente a haber cumplido las tres quintas partes (3/5) de la pena de prisión impuesta. Para su contabilización, se tiene en cuenta tanto el tiempo en que la

persona efectivamente ha permanecido privada de la libertad como aquel correspondiente a la redención de pena.

Adicionalmente, debe satisfacerse el requisito subjetivo, que corresponde a haber observado buena conducta durante el tiempo de reclusión y demostrar arraigo. Para este mecanismo se imponen las mismas obligaciones que para la suspensión de la ejecución de la pena, entre ellas, la reparación de la víctima o el aseguramiento del pago mediante la constitución de alguna garantía, a menos que se demuestre su insolvencia. El incumplimiento de estas obligaciones conlleva a la revocatoria de este subrogado penal.

No se prohíbe la concesión de estos subrogados para delitos de corrupción asociados al COT.

5.3. Prisión domiciliaria

Se trata de la posibilidad de que el condenado cumpla la pena en su residencia. Para efectos del presente escrito, nos centraremos en la prisión domiciliaria común, fundamentada en el art. 38 del CP, y en el art. 314 de la Ley 906 de 2004. Al igual que los demás subrogados, existen requisitos objetivos y subjetivos para acceder a la medida, es decir, presupuestos legales de valoración objetiva y subjetiva, en donde los jueces obran como verificadores, en los primeros, y como actores morales con discrecionalidad, en los segundos (Serrano et al., 2017). En cuanto al requisito objetivo, la pena mínima en abstracto no debe sobrepasar los 8 años de prisión y se debe demostrar arraigo familiar y social por parte del condenado.

Ahora bien, esta medida no procede para sujetos condenados por delitos contra la administración pública, estafa y abuso de confianza que hayan afectado bienes públicos, por lo que, *prima facie*, podría aseverarse que el subrogado no cobija a aquellos infractores por delitos de corrupción, bien sea al interior del Estado en sus niveles territoriales o central, a través de estructuras financieras o políticas legalmente constituidas o aquellas totalmente ajenas a la legalidad del ordenamiento (Hernández, 2018a).

5.4. Concesión de los subrogados en relación con delitos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional

Desde el 2011, con la expedición de la Ley 1474, cuyo objeto orientador buscó fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se instituyó el primer cuerpo normativo más relevante en materia de regulación de la corrupción (Tamayo & Ariza, 2021), sobre todo, cuando descarta la virtualidad de un condenado por actos de corrupción a aplicar a la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad o a la sustitución de la pena carcelaria por prisión domiciliaria.

Posteriormente, con base en la Convención OCDE, aprobada por el Congreso a través de la Ley 1573 de 2012, el Estado colombiano robusteció, en su codificación penal, el delito de soborno transnacional. Al respecto, la ley 1778 de 2016, modificatoria del art. 433 del CP referido al soborno transnacional, ajusta la descripción del tipo y extiende la definición de servidor público extranjero en consonancia con la Convención OCDE. Sin embargo, guarda silencio sobre la concesión de los referidos subrogados en relación con estos crímenes.

Para el 2018, con la promulgación de la Ley 1944, se erigen una serie de prohibiciones para la aplicación de algunos subrogados penales frente al delito de soborno transnacional: (a) la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; y (b) la no concesión de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de la residencia, esto es, durante el confinamiento intramural anterior a la condena.

Las anteriores prohibiciones no cobijan el subrogado de libertad condicional, por lo que aquellos sujetos activos del delito de soborno transnacional pueden, eventualmente, acogerse a la medida.

Por su parte, a través de la Ley 2014 de 2019, por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, entre otros aspectos, se reformó el art. 38G del CP, de tal manera que la concesión del subrogado de prisión domiciliaria se exceptúa para condenas por delitos asociados a

la corrupción, tales como el peculado por apropiación, la concusión, el cohecho propio, el impropio y por dar u ofrecer, el interés indebido en la celebración de contratos, el contrato sin cumplimientos de requisitos legales, el tráfico de influencias de servidor público, el soborno, el soborno en la actuación penal y los delitos que afecten el patrimonio del Estado, incluso si se trata de un particular que hubiera participado en su comisión.

El alcance de las restricciones propuestas por la Ley 1944 y en la Ley 2014, incide de forma directa en la reducción de la corrupción, al eliminar la posibilidad de que los condenados se libren de pagar la condena intramuros y que sus abogados defensores así lo soliciten. Por ende, lo que Pabón (2013) enunció con preocupación cuando afirmó que el subrogado de prisión domiciliaria contribuye a la continuidad de la corrupción, habida cuenta del contexto colombiano en relación con la administración pública y sus funcionarios bastante cuestionables, empieza a superarse a través del trabajo legislativo que materializa políticas criminales que persiguen enfáticamente cierto tipo de delitos y de criminales.

Sin embargo, la cuestión no puede quedar saldada del todo, pues aún debe considerarse la insuficiencia normativa a la hora de definir, describir y abordar el fenómeno de la corrupción, aunado a la aplicación de políticas criminales meramente populistas. El beneficio de restringir ciertos subrogados para los corruptos, en nada se puede afirmar que aporte al estudio y mitigación de la corrupción, mientras no contemos con las precisiones antedichas o con datos concretos a modo de cifras o porcentajes en que la misma se presenta en un territorio (Ramírez & Peñafort, 2021). Así mismo, la Corporación Excelencia en la Justicia & Transparencia por Colombia, citado por Ramírez y Peñafort (2021), ha declarado que, además de la precaria revisión de datos a la hora de medir el fenómeno, la administración pública colombiana falla a la hora de monitorear las acciones de sus servidores que son relevantes para el asunto.

5.5. Análisis comparado general

Una vez realizado el mapeo de la regulación internacional seleccionada para efectos de este trabajo, se evidencia que Colombia, al

igual que Perú, tienen requisitos más estrictos para la concesión de la suspensión de la pena, imposibilitando que proceda este subrogado en tratándose de delitos de corrupción.

Igualmente es comparable la situación de Estados Unidos y Colombia respecto de la libertad condicional, en donde se habilita un amplio margen de discrecionalidad judicial, en torno a la valoración de las conductas punibles, que puede conllevar a un análisis respecto de los delitos de corrupción, cuya conclusión sea negativa para efectos de conceder este subrogado.

En las demás legislaciones, se privilegia tanto la capacidad de desistimiento de la actividad delictiva como el comportamiento intramuros y la efectiva posibilidad de resocialización, que ha sido abandonada deliberadamente en el ámbito colombiano, con las implicaciones de encontrarnos en un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario.

6. CONCLUSIONES Y ESTRATEGIAS DE ACCIÓN PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

A pesar del auge normativo a nivel internacional, regional y en el ordenamiento interno colombiano en materia de COT, existe una insuficiencia para definir la corrupción como fenómeno estructural (Olasolo & Galain, 2022). Además, en este estadio, es exiguo considerar la corrupción como un concepto netamente jurídico, pues el Derecho carece de todas las herramientas para delimitarlo, dada la naturaleza mutante de aquel, el cual varía a través del tiempo (Caparros, 2003). En consecuencia, se puede afirmar que la corrupción es un fenómeno sistemático que incide o permea las esferas estatales encargadas de perseguirla o erradicarla, por lo tanto, “que la corrupción sea un fenómeno “multidimensional” significa que sus consecuencias, sus causas y la forma en que se manifiesta pueden abarcar diferentes áreas” (Ramírez & Peñafort, 2021).

Lo anterior implica preguntarse si el derecho penal es la respuesta idónea a esa mutación de la corrupción y la consecuente globalización del crimen o si debe valerse de otras disciplinas que permitan

enfrentarse al cambio de la “cuestión criminal” (Ferrajoli, 2006). A este respecto, Toro & Bustamante (2019: 105) determinan que:

[en] el caso del crimen organizado, no se consideran suficientes la codificación, la tipificación de agravantes, los aumentos punitivos o la restricción de subrogados penales, pues además de ello se deben fortalecer las políticas para la investigación de los delitos que se derivan de esta criminalidad y que revisten complejidades probatorias.

Los subrogados penales como medidas fundamentadas en la resocialización del delincuente si bien son un pilar a la hora de combatir la inseguridad en las calles, en relación con cierto tipo de delitos individuales, se quedan cortos frente a la responsabilidad de descomponer los sistemas del COT, integrados por diversos actores organizacionales al interior o no del Estado y dentro o fuera del marco legal. Por lo tanto, se afirma que han quedado en un segundo plano aquellos problemas referidos a la crisis del sistema penitenciario, primando medidas de “eficacia simbólica” como la improcedencia de ciertos subrogados para personas condenadas por delitos contra la administración pública (Archila & Hernández, 2015).

Por ello se determina que la política criminal se ha centrado en atender casos de corrupción interna o con incidencia internacional bajo la persecución únicamente individual de ciertos actores privados o funcionarios de la administración que abusan de su posición, relegando la búsqueda de la verdadera red organizada de la cual hacen parte y que, contrario a erigirse como un grupo pequeño de participantes, se trata de un fenómeno de “gran corrupción” (Olasolo & Galain, 2022). Tal concepto, esgrimido por Transparencia Internacional (2009), distingue aquellos casos aislados y menores, de las prácticas habituales efectuadas por entramados considerablemente instituidos en la política, el sector financiero y técnico, y en la rama judicial que, tal como advertimos en la introducción del escrito, no han sido mitigadas de forma efectiva a través de las penas y las medidas sustitutivas, por ignorar la naturaleza estructural de la corrupción y el alcance de ésta como concepto que sobrepasa los límites jurídicos y normativos.

La denominada política de “tolerancia cero” para los corruptos en Colombia, materializada en el art. 68A del CP y demás instrumentos internos, no satisface de forma perdurable la persecución de la

corrupción como fenómeno interdisciplinario que cada vez adquiere mayor vigor, pues dichas medidas de excarcelación están enfocadas al sujeto bajo un sistema de premios y recompensas que, además de obviar la crisis y el hacinamiento penitenciario cuando no se conceden, desconoce que el condenado, además de una persona individualmente considerada que puede o no resocializarse, es una pieza de un ente abstracto criminal que no ha sido objeto de persecución ni de un análisis debido para entender su composición, funcionamiento y nivel de adaptabilidad con el paso del tiempo.

De esta manera, el condenado por corrupción, bajo los títulos típicos de cada sistema normativo, (verbi gracia, delitos contra el Patrimonio Común o Hacienda Pública como el cohecho, delitos económicos como el soborno o delitos provenientes de actividades netamente ilegales, como el lavado de activos), se convierte en un sujeto “reemplazable” al permanecer privado de la libertad (o incluso una vez logra la resocialización) y, por su parte, la estructura o institución corrupta permanece indemne y funcionando a futuro, con nuevos actores y nuevas medidas para permanecer ilesea.

Lo anterior corresponde, en palabras de Mannozi (2009), a un padecimiento crónico del conocimiento sobre la corrupción, pues al no ser estudiada desde perspectivas criminológicas, estadísticas y económicas, sobresale el riesgo de que el derecho penal se disgregue del fenómeno *per se*, tanto a corto como largo plazo, porque:

[...] a corto plazo la ineficacia y, en el periodo medio-largo, la pérdida de eficacia general-preventiva en razón de la casual o incierta aplicación de la sanción, es decir, como se suele decir, su incierta “confirmación de validez”.

La intención de los subrogados penales no debe centrarse unívocamente en aminorar el hacinamiento carcelario logrando la liberación de condenados, sino en lograr la coligación existente entre éstos, la finalidad de las penas y la salvaguarda de los derechos de los mismos reos y las víctimas, en donde, en materia de corrupción, esta última condición la ostenta el erario, la administración pública y la sociedad en concreto (García, 2003). La aproximación, entonces, debe darse desde el ámbito colectivo y no individual del condenado, de tal forma que las cuestiones estructurales, como el fenómeno de

la corrupción y los agentes que la materializan, puedan contrarrestarse. Esta demanda social, aparejada con la necesidad de superar una visión interindividual del condenado por una más compleja bajo el empalme de éste con el aparato criminal, es lo que se ha reflejado como poco evidente en el derecho interno de los países estudiados, pues indefectiblemente las normas penales están instituidas como un remedio a las conductas del sujeto visto en su individualidad y no como parte de un entramado delictivo (Cardoso da Silva, 1997).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Archila, J. & Hernández, N. (2015). "Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia." *Revista Misión Jurídica* No. 9. Pp. 199-227.
- Barreto, N. & Rivera, S. (2009). *Una mirada a la impunidad en el Marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Editorial Milla.
- Caparrós, F. & Ángel, E. (2003), *La corrupción del agente extranjero e internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Cardoso, A. (1997) "As penas alternativas em processo de globalização-Un novo modelo ressocializador". *Revista da Faculdade de Direito*. Vol. 92. Pp. 392
- Epstein, E. (2016). "Combate Contra la Corrupción Internacional y Enfoque en América Latina: Ley FCPA y Nuevo Programa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos". *Rock Center for Corporate Governance Working Paper Series No. 218. Stanford Law School*. <https://centrogobiernouc.cl/investigacion/documentos-de-trabajo/51-combate-contra-la-corrupcion-internacional-y-enfoque-en-america-latina/file>.
- Fernández, P. (2016). "La suspensión condicional de la pena en el sistema sancionatorio italiano. Aproximaciones al sistema español". *Anales del Derecho* Vol. 34(2). Pp. 1-38.
- Ferrajoli, L. (2006). "Criminalidad y globalización". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM Nueva Serie Año XXXIX. Núm. (115). Pp. 301-316.
- García, S. (2003). "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño". *Boletín mexicano de derecho comparado*. UNAM Nueva Serie Año XXXVI. Núm. (107). Pp. 427-479.

- Gil, A. (2015). "Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal". *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad - R.E.D.S.* Número 6. Pp. 75-96. ISSN: 2340-4647.
- Grujić, Z. & Milić, I. (2016). "Prison Overcrowding-Mitigating the Consequences". En: D. Kolarić, D. Arčibalda, D. & Archibald, Days. *Thematic Conference Proceedings of International Significance*. Vol. 1. Pp. 286-295.
- Hefendehl, R. & Galain, P. (2021). *El derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal*. Buenos Aires: (1a ed.) B de F.
- Hernández, N. (2018). "El fracaso de la resocialización en Colombia". *Revista de Derecho*. No. 49. Pp. 1-41.
- Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Hernández, N. & Vega, L. (2022). "Enfoques teleológicos de la pena". En: Pérez, A. (Ed). *Derecho penal general colombiano. Ideas clave*. Bogotá: Gustavo Ibáñez. Pp.761-787.
- Jaén, M. (2003) "*Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad*". VII Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. Bogotá: Universal Salamanca.
- Mannozi, G. (2009). *Combatir la corrupción: Un recorrido entre criminología y derecho penal*. Boletín mexicano de derecho comparado. Vol. 42(125). Pp. 931-955.
- Pabón, P. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ramírez, S. & Peñafort, J. (2021). "El caso del cartel de la toga". En: en Olasso et. al. (eds.). *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 78-102.
- Sandoval, E. (1998). *Penología. Partes general y especial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez
- Selim, S. (2020). "Observaciones críticas sobre la Ley n. 3/2019 - Italia (la denominada ley spazzacorrotti)". *Política criminal*. Vol 15(30). Pp.1051-1056.
- Serrano, J. Pinzón, M., & Guío, A. (2017). "Jueces de ejecución de penas, subrogados penales y hacinamiento carcelario". *Precedente*. Vol. 10. Pp. 145-183.

- Tamayo, F. & Ariza, L. (2021). *Colombia*. “La política criminal frente a la corrupción en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos”. En: en Olasso et al. (eds.). *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Volumen 12. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Thaman, S. (2017). “Facultades de la Policía Judicial en la lucha contra la corrupción en los Estados Unidos”. *Cuadernos de derecho penal*. Pp 69-78.
- Toro, L. & Bustamante, M. (2019). La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. *Revista Criminalidad*. Vol. 62(1). Pp. 101-115.
- Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. España: Marcial Pons.
- Informes, resoluciones y otros documentos
- Badel, M. (2008). “La corrupción judicial en Colombia: Una aproximación al mapa de riesgos”. *Corporación Excelencia en la Justicia & Transparencia por Colombia*.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. “Plan nacional de lucha contra la corrupción 2012-2016”. Pp. 4.
- Oudekerk, B. & Kaeble, D. (2021). “Probation and Parole in the United States, 2019”. U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics.
- <https://bjs.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh236/files/media/document/ppus19.pdf>
- Transparencia Internacional. Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción, 2009. <https://transparencia.org.es/wpcontent/uploads/2014/10/Gu%C3%ADadelenguajeclearo-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.

Capítulo 6

*Cuestiones relevantes de derecho penitenciario: la resocialización de los delincuentes de cuello blanco**

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA*
LIBARDO JOSÉ ARIZA*

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier aproximación al régimen penitenciario formalmente existente debe hacerse teniendo en cuenta las características contextuales en que este se desenvuelve. Así, el hacinamiento exacerbado y la crisis humanitaria permanente del sistema penitenciario, que ha dado lugar en el contexto latinoamericano a un intenso proceso de reforma estructural impulsado por las cortes, se erigen como obstáculos prácticamente insalvables para el éxito de los programas de resocialización y tratamiento penitenciario (Ariza, 2011). El “fracaso de la resocialización” es entonces el resultado del quiebre estructural de los sistemas penitenciarios y carcelarios contemporáneos (Hernández, 2018b).

Junto a este quiebre institucional del sistema, se encuentra la crisis del paradigma rehabilitador como horizonte más amplio para la ejecución de los programas de tratamiento penitenciario y el cum-

* Queremos agradecer a las estudiantes Paola Pereira de la Universidad de los Andes, y Juliana Sosa, de la Universidad Autónoma Latinoamericana, por su apoyo en la revisión bibliográfica para el texto.

* Doctor en Derecho y Profesor de la Universidad de los Andes (Colombia). ORCID: **0000-0003-0960-0849**.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (España). Profesor de la Universidad de los Andes (Colombia). ORCID: **0000-0002-4558-4332**.

plimiento de los fines de la pena (Garland, 2005; Sozzo, 2007; Hernández, 2017 y 2018a). La combinación de estos dos fenómenos ha supuesto, en la práctica cotidiana de la ejecución penitenciaria, un giro hacia la retribución y la incapacitación del delincuente (Sozzo, 2007). Es en este contexto entonces en el que deben analizarse, por una parte, los diseños legales e institucionales que definen los modelos de tratamiento penitenciario y, por otra parte, la especificidad de estos para atender los retos que plantean perfiles criminológicos específicos como los denominados delincuentes de cuello blanco.

En este capítulo abordaremos estas cuestiones, mostrando los retos que debe enfrentar el cumplimiento de los fines de la pena para las personas condenadas por delitos asociados a la corrupción. Para ello, lo dividimos de la siguiente manera. En la primera sección, describimos el régimen jurídico del tratamiento penitenciario establecido por el derecho internacional de los derechos humanos y establecemos los estándares básicos que deben orientar el diseño y aplicación de los programas de resocialización. Aquí también mostramos la tensión con las aproximaciones que señalan la crisis del paradigma rehabilitador. En la segunda sección describimos la regulación penal y penitenciaria para los delincuentes de cuello blanco en Italia, España y Estados Unidos. En la tercera parte estudiamos la regulación penal y penitenciaria para los delincuentes de cuello blanco en América Latina. En la quinta parte, analizamos el caso colombiano en específico, y estudiamos los retos que la regulación penal y penitenciaria tienen para el derecho a la resocialización y el cumplimiento de los fines de la pena en los Estados latinoamericanos contemporáneos. Finalmente, presentamos unas conclusiones del análisis y una propuesta de transformación del tratamiento penitenciario en la región.

2. DISPOSICIONES INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A LA RESOCIALIZACIÓN

2.1. En el sistema de las Naciones Unidas

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se exponen los principales derechos de los que goza una persona cuando

es objeto de persecución penal que, si bien no mencionan directamente el derecho a la resocialización, sí aluden al cumplimiento de unas garantías mínimas para asegurar este derecho como fin de la pena. El art. 9 de dicho cuerpo normativo reza “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Esta regulación es complementada, por su parte, con lo dispuesto en el art. 10 que consagra que “[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.” Y, por último, con lo reglado en los arts. 11, que describe y establece la presunción de inocencia y el principio de legalidad como derechos humanos, y 1, que destaca como primer derecho humano el derecho a la libertad. Estos son fundamentales para dar forma al deber estatal de incorporar una utilidad en el castigo. Según estas normas, el castigo no puede ser un fin en sí mismo, sino que debe responder a unas necesidades, que aparecen claramente definidas en otros instrumentos internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es más claro en esta cuestión. En su art. 10, numeral 3, consagra que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”, así como consagra el trato digno y humano que debe recibir una persona privada de la libertad.

Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han sido desarrolladas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos establecida por Naciones Unidas, en las resoluciones 663C del 31 de julio de 1957 y 2076 del 13 de mayo de 1977. Allí, en la parte denominada “Reglas aplicables a categorías especiales A.-Condenados”, se consagran diferentes aspectos fundamentales para comprender el funcionamiento del castigo y la finalidad resocializadora de la pena. En primer lugar, el numeral 58 nos habla sobre la necesidad de que el castigo tenga una finalidad para ser legítimo¹. Este utilitarismo penal, típico del discurso penal

¹ “El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este

liberal, es fundamental para dar forma a las consagraciones presentes en los numerales 59 y 60 del mismo estatuto, que organizan la manera en que el tratamiento penitenciario debería funcionar en la actualidad.

Así, según numeral 59, “[...] el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer”. Por su parte, el numeral 60 establece que “[...] en el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos”.

Tal vez el cuerpo normativo de mayor relevancia en la actualidad en cuanto al tratamiento penitenciario y reconocimiento de las garantías de reincorporación a la sociedad ligadas a la resocialización son las denominadas “Reglas Mandela”². En ellas, la Organización de Naciones Unidas construye un robusto cuerpo normativo con los estándares mínimos de tratamiento penitenciario, entre los que la resocialización aparece como una obligación para el Estado. En diversas partes de dicha normatividad se menciona el asunto, entre los que pueden destacarse los numerales 4, 59 y 88, que no sólo ordenan la existencia de la resocialización como fin del castigo, sino también la necesidad de crear mecanismos alternativos a la prisión, con el fin de facilitar la reincorporación social de los condenados.

fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.”

² Las Reglas Mandela se corresponden con la decisión tomada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, mediante resolución 70/175 del 17 de diciembre de 2015, en las que se regulan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos.

2.2. En el sistema interamericano

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se regula el derecho a la libertad en el art. 1, y específicamente en el art. 25, se establece el derecho a la protección contra la detención arbitraria. El mencionado artículo, en su inciso tercero, prevé que “[t]odo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

La importancia del tratamiento humano durante la reclusión penitenciaria es central en el establecimiento de la resocialización como un derecho fundamental (Sotomayor & Tamayo, 2017; Tamayo & Sotomayor, 2018). Al igual que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establecen una serie de garantías sustanciales y procesales que, en últimas, buscan garantizar la finalidad y humanidad del castigo y, con ello, la búsqueda de la reincorporación de los condenados a la sociedad.

Sin embargo, a diferencia de la Declaración Universal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí hace una referencia explícita al derecho a la resocialización, en el marco del derecho a la integridad personal consagrado en el art. 5 numeral 6. En esta norma establece, además del respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Por su parte, el art. 6 consagra la prohibición de los trabajos forzosos.

2.3. La crisis del paradigma rehabilitador y el derecho internacional

El crecimiento que el castigo penitenciario ha tenido en diversos lugares del mundo y, en particular, en el contexto latinoamericano, ha derivado en una crisis de la capacidad de la prisión para satisfacer los derechos de los condenados a reintegrarse a la sociedad (Ariza & Iturralde 2018; Hernández, 2018b; Ariza, Iturralde & Tamayo, 2021). Como lo muestra con claridad diversos autores, la crisis del aparato

penitenciario ha hecho que el encierro carcelario haya pasado de ser un intento consciente por reincorporar a los ciudadanos, a una acción de simple neutralización. La cárcel, otrora espacio dirigido a la resocialización, se convirtió en un mero depósito de seres humanos (Garland, 2005; Sozzo, 2007).

La crisis del paradigma rehabilitador no es sólo una cuestión práctica derivada de la congestión e inhumanización de los sistemas penitenciarios, sino también el resultado de una crítica teórica más amplia en contra del uso de la cárcel como mecanismo de reintegración (Foucault, 2014; Pavarini, 2013; Ferrajoli, 2011), y de un cuestionamiento social más amplio del tratamiento penal de los delincuentes (Garland, 2005). Sin embargo, las normas internacionales han insistido en la consagración y protección del derecho a la resocialización, lo que podría parecer un desconocimiento de las razones que han llevado a la crisis del paradigma rehabilitador, pero es en realidad una insistencia necesaria en el único modelo de castigo posible en los Estados constitucionales contemporáneos.

Aunque no pueden desconocerse las críticas formuladas en contra del uso de la resocialización como fin de la pena y del castigo penitenciario (Ferrajoli, 2011; Silva Sánchez, 2012), ni tampoco pueden cerrarse los ojos ante las evidencias de las limitaciones de los sistemas penitenciarios actuales para facilitar la reincorporación de los condenados (Meade, Steiner, Makarios & Travis, 2013; Windzio, 2006; Chen & Shapiro, 2007; Garzón, Llorente & Suárez, 2018), la rehabilitación debe ser siempre una condición fundamental para la existencia legítima de la prisión. En otras palabras, aunque la legitimidad del castigo y de la prisión ha sido —y debe seguir siendo— fuertemente cuestionada, mientras en las sociedades contemporáneas siga existiendo el encierro como un mecanismo de castigo penal, su legitimidad estará siempre condicionada a su capacidad para servir para la reintegración de los condenados. Más allá de discusiones más amplias y, sin duda importantes, sobre los fines del castigo y de la cárcel, o las capacidades concretas de dichas instituciones para lograr gobernar el problema de la delincuencia, el reconocimiento de los derechos humanos y su consagración normativa en la mayoría de las constituciones occidentales obliga a los Estados a convertir la

resocialización en una garantía fundamental derivada de la dignidad humana (Tamayo & Sotomayor, 2018).

3. RÉGIMEN PENITENCIARIO EN SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS

3.1. España

En el caso español, la Ley Orgánica 1 de 2019 modificó el CP (Ley Orgánica 10 de 1995) en lo relativo al delito de tráfico de órganos y delitos de corrupción, para adaptar la regulación de estos últimos a las directrices dadas por el Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO). La interacción entre las regulaciones europeas y nacionales ha llevado a que se realizaran unos cambios en los delitos contra el mercado: modifica el delito de “maquinaciones para alterar los precios” (art. 284 CP) en cuanto a la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; agrega otras modalidades al delito “abuso de información privilegiada en el mercado de valores” (art. 285); tipifica el delito de revelación de información privilegiada (art. 285 bis); extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a esos delitos (art. 288). También se realizaron cambios relacionados con los delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación: amplía el concepto de funcionario público como sujeto activo de estos delitos; extiende la responsabilidad de las personas jurídicas al delito de malversación.

En materia penitenciaria, aunque el régimen español es bastante draconiano en las medidas disciplinarias al interior de los penales, siendo uno de los ordenamientos continentales que aún permite, por ejemplo, el aislamiento como mecanismo de sanción al interior de las prisiones; también es cierto que su enfoque principal permanece anclado a la resocialización de los condenados. A diferencia del contexto latinoamericano (como veremos más adelante), los delitos contra la corrupción prescriben, y no existe un régimen diferenciado de tratamiento penitenciario para estos eventos.

En este orden, las personas condenadas por delitos relacionados tienen los mismos derechos para acceder a los programas de trata-

miento penitenciario y atención postpenitenciaria. Ello implica que todos los condenados pueden acceder a los mecanismos suspensivos o sustitutivos de la ejecución de la penal cuando a ello hubiere lugar.

3.2. *Italia*

En Italia, los cambios legislativos más recientes sobre corrupción están consagrados en la Ley 3 de 2019, conocida como “ley de barrido de corruptos”, *Legge spazzacorrotti*. Esta ley modificó el art. 158 del CP italiano relativo a la prescripción de la acción penal, quedando así:

El plazo de prescripción se cuenta, para el delito consumado, desde el día de su consumación; para la tentativa, desde el día en que cesó la actividad del infractor; para el delito permanente o continuado, desde el día en que cesó la permanencia o la continuación. Cuando la ley hace depender la punibilidad del delito de la existencia de una condición, el término de prescripción se cuenta desde el día en que se cumpla dicha condición [...]

En el artículo inmediatamente siguiente reguló la suspensión de la prescripción para detenerla durante el proceso. Esta medida, resulta, sin duda, en un enorme problema no sólo para la persecución penal en sí misma, sino para la garantía de los derechos de los procesados. En la práctica, la interrupción permanente de la prescripción es no sólo un desincentivo para que el Estado tramite con rapidez y diligencia los procesos en la materia, sino que es un impedimento para la materialización de las garantías sustanciales y procesales de los investigados.

La ley mencionada, además, eleva la pena para varios delitos relacionados con la corrupción, y convierte muchas conductas previamente querellables en delitos investigables de oficio. También se modificaban las condiciones para acceder al programa de resocialización de permisos de salida de la prisión por pena cumplida y buen comportamiento. Aunque la Corte Constitucional italiana se pronunció posteriormente en sentencia 12-26 de febrero de 2020 para declarar la inconstitucionalidad de estas restricciones, dicha inconstitucionalidad no se declaró por considerar ilegítimas las mismas, sino por entender que la modificación vulneraba la legalidad de las penas

en tanto hacía extensión de dicha prohibición a hechos cometidos antes de la expedición de la Ley 3 de 2019.

3.3. EE.UU.

La regulación penal y penitenciaria de la corrupción en Estados Unidos es particularmente difícil de analizar por tres razones. En primer lugar, en dicho país se privilegian las sanciones administrativas sobre las penales. El *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 consagra una serie de buenas prácticas en materia de gestión, y prohíbe las intervenciones ilegales a través, principalmente, de soborno. En el marco de la aplicación de dicha normatividad, en Estados Unidos se han sancionado decenas de grandes compañías, entre las que aparecen gigantes del mercado como Stericycle, Inc., KT Corporation, Credit Issue, Asante Berko, Deutsche Bank AG, Goldman Sachs Group, Herbalife Nutrition, Ltd., Novartis AG, Ericsson, Microsoft Corporation, Walmart Inc., Telefónica Brasil S.A., Petrobras o Panasonic.

En segundo lugar, y más importante aún, la regulación penal en Estados Unidos no tiene nivel nacional, sino estatal, lo que deriva en que cada Estado pueda tener diferentes prácticas en materia de corrupción. Aun así, existen prohibiciones de nivel federal que regulan penalmente la corrupción y son aplicables en todos los Estados. Este es el caso del CP estadounidense (US Code), y en particular del *The Hobbs Act* (incorporado al mismo), que criminaliza las conductas de soborno, por recibir, solicitar o aceptar cualquier cosa de valor, el pago o recepción de dádivas y el revivo de cualquier pago relacionado con actos del servicio.

En tercer lugar, en cuanto al régimen penitenciario, no sólo se acumulan los dos problemas referidos con anterioridad, sino que se suma la inexistencia de regímenes especializados en el manejo de personas condenadas por corrupción a nivel federal.

3.4. Análisis comparado

La realización de análisis comparados en materia jurídica puede hacerse de una manera más superficial, tomando normas y docu-

mentos legales, y una información general del contexto, para observar cómo dos países o tradiciones jurídicas regulan una institución o situación en particular. El segundo camino, mucho más complejo, implica una exploración detallada de los contextos, y un análisis detallado de la producción normativa, su aplicación práctica, y las múltiples formas de poder/saber/interacción que se derivan de las mismas. En nuestro caso, por la naturaleza del presente libro, hemos escogido el primer camino, pues nuestro interés no es dar cuenta en profundidad de las múltiples formas en que se gobierna el problema de la corrupción, sino de explorar las tendencias actuales en la materia para dotar al lector de alternativas de acción.

En este caso, y pensando que nuestra focalización principal es el contexto latinoamericano, resulta apenas evidente que los aportes de los contextos italiano y español son más interesantes que el estadounidense, debido a la similitud de los sistemas normativos que se deriva de la tradición jurídica continental compartida entre los países latinoamericanos, y España e Italia. Además, aunque el contexto estadounidense puede ofrecer algunas herramientas de diseño del gobierno de la corrupción (sobre todo en materia de control administrativo y buenas prácticas), las distinciones entre los sistemas administrativo, penal federal y penal estatal, y en particular las importantes diferencias en el diseño de lo penitenciario, hacen que sea más oportuno concentrarse en los casos italiano y español.

Las regularidades en el funcionamiento del aparato punitivo y del tratamiento penitenciario, así como de los diseños del ordenamiento jurídico y el discurso jurídico-político, permiten que las formas de gobierno de la corrupción tengan cierta regularidad en España, Italia y los países latinoamericanos. Sin embargo, como se verá en la siguiente sección, los países latinoamericanos han sufrido de manera mucho más marcada las tendencias expansionistas del derecho penal en esta materia (Sotomayor & Tamayo, 2014). A pesar de que la expansión del derecho penal ha aparecido también en España e Italia (Silva, 2006), seguramente la fortaleza y tradición institucional de sus países, sumada al menor impacto de la corrupción en los mismos, hace que el aparato penal no haya aparecido como la solución predilecta al problema de la corrupción.

Como consecuencia, no se han incorporado a las legislaciones penales de estos países restricciones a las posibilidades de reincorporación de las personas condenadas por corrupción o mecanismos de extensión de la persecución penal. Aunque ciertamente la prescripción ha sido ampliada en Italia a través de la interrupción de la misma, no se ha llegado a las mismas discusiones latinoamericanas que parecen conducir a la imprescriptibilidad de la acción penal en la materia. Aún más, a pesar de que en Italia se incluyó una restricción al acceso a la reintegración de los condenados, esta es no sólo de menor entidad comparada con los casos latinoamericanos, sino que fue rápidamente intervenida por la Corte Constitucional para garantizar, al menos, el principio de legalidad en dichos eventos. Esto muestra que, desde hace años, se ha enfatizado en el contexto europeo (así como en el norteamericano) un manejo preventivo de la corrupción a través del establecimiento de buenas prácticas institucionales y corporativas.

4. RÉGIMEN PENITENCIARIO COMPARADO PARA DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LATINOAMÉRICA

4.1. Argentina

El Congreso de Argentina aprobó, a través de la Ley 26097 del 10 de mayo de 2006, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Además, aprobó la Convención de la OEA contra la corrupción el 17 de enero de 1997 (Ley 24759). Los actos de corrupción están consagrados en el título XI “delitos contra la administración pública”, en el capítulo VI denominado “cohecho y tráfico de influencias” (arts. 256 a 259 bis), en el capítulo IX “exacciones ilegales” (arts. 266 a 268) y en el capítulo IX bis “enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados” (arts. 268(1) a 268(3)) del CP argentino³.

³ En Argentina no está tipificado el delito de cohecho o soborno entre particulares, por lo que no se encuentra penalmente sancionado. Sin embargo, la Ley 26733 introdujo el delito de cohecho en el sector privado (CP argentino, título XIII, delitos contra el orden económico y financiero, artículo 311), haciendo referencia a la corrupción de instituciones financieras. Se-

Además, la Ley de Ética de la Función Pública (Ley 25188 del 1 de noviembre de 1999) hace extensiva la punibilidad, no solamente a los jueces sino también a los funcionarios del Ministerio Público y establece en el art. 18 la prohibición a funcionarios públicos de recibir regalos con ocasión y en cumplimiento de sus funciones. Adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, existe una Oficina Anticorrupción. Este organismo se encarga de monitorear el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el país en materia de lucha contra la corrupción, brindar apoyo en casos administrativos y penales tanto a nivel de servicios jurídicos para las víctimas o afectados por el delito, como a nivel operativo en la investigación y control de los delitos relacionados con la corrupción.

En 2018, la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal, en el marco del caso de corrupción de la multinacional IBM, declaró que los delitos de corrupción no prescriben (Cámara Federal de Casa-

gún esta disposición, “[serán reprimidos con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a seis (6) veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que insertando datos falsos o mencionando hechos inexistentes, documentaren contablemente una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio, para sí o para terceros. [...] En la misma pena incurrirá quién omitiere asentar o dejar debida constancia de alguna de las operaciones a las que alude el párrafo anterior”. Por otra parte, en el capítulo de delitos contra el orden financiero y económico se encuentra el delito de lavado de activos (artículo 303 CP) y en el capítulo de asociación ilícita se encuentra el delito de asociación ilícita (artículo 210 CP). La Ley 27401 (diciembre de 2017) estableció un régimen de responsabilidad penal que se aplica a las personas jurídicas, con capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, que cometan cohecho y tráfico de influencias, establecidos en los arts. 258 y 258bis del (CP); así como concusión (artículo 269 CP), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268-1 y 268-2 CP) y balances e informes falsos y agravados (artículo 300bis CP). Con la promulgación de esta ley, Argentina se comprometió en la lucha por la corrupción, y se adhirió a la Convención sobre la Lucha Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

ción Penal Argentina, 2018). Las causas que más llegan a la Cámara Federal de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación son relacionadas con los delitos de lavado de dinero y enriquecimiento ilícito, según la búsqueda en el Centro de Información judicial argentino (Centro de información judicial, 2018).

Las leyes federales que rigen la vida en prisión en Argentina son dos: primero está La Ley 20.416 del 18 de mayo de 1973 que establece el Servicio Penitenciario Federal. Dicha norma está dirigida a las personas que custodian a los procesados y a ejecutar las sanciones privativas de la libertad. Está erigida como “una fuerza de seguridad de la Nación” (art. 1). La segunda, que ya regula la vida en prisión de los presos es la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley 24.600 del 8 de julio de 1996), la cual es un marco mínimo de regulación nacional, debido a que Argentina, al ser un Estado federal, establece que cada provincia puede establecer su propia ley de ejecución penal.

La Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad sufrió sustanciales cambios con la Ley 27375 de 2017. El art. 6 de la Ley 24.600 fue sustituido por el art. 3 de la Ley 27375 de 2017, en el que se establece el “espíritu” del régimen penitenciario en Argentina. Así, según esta última disposición:

[e]l régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Las acciones dirigidas a impulsar su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda.

La resocialización como garantía se materializa con la inclusión de la progresividad del tratamiento penitenciario—cuyo fundamento se encuentra en el art. 18 de la Constitución de la Nación. En su art. 12, la Ley mencionada consagra que “[e]l régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: (a) Período de ob-

servación; (b) Período de tratamiento; (c) Período de prueba; (d) Período de libertad condicional”.

Esta Ley también regula el llamado régimen de semilibertad, que establece que:

La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al final de cada jornada laboral. Para ello, deberá tener asegurado, con carácter previo una adecuada ocupación o trabajo, reunir los requisitos del art. 17 y no encontrarse comprendido en las excepciones del art. 56 bis.

4.2. *Brasil*

Brasil ha ratificado la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en materia de corrupción, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción y la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción. El CP brasileño establece que las personas privadas de la libertad cumplirán su pena en tres regímenes diferentes. Así, según lo dispuesto en el art. 33, la pena privativa de libertad deberá cumplirse en un recinto cerrado, semiabierto o abierto. El art. 33 continúa:

Detención, en régimen semiabierto o abierto, a menos que sea necesario traslado a régimen cerrado. 1. Se considera: a) Régimen cerrado la ejecución de la pena en establecimiento de máxima seguridad o promedio; b) Régimen semiabierto de la ejecución de la pena en un ámbito agrícola, industrial o establecimiento similar; c) régimen abierto a la ejecución de la pena en un albergue o establecimiento adecuado”⁴.

Este país también establece que el sistema penitenciario está erigido sobre un mandato de progresividad. Así, en los arts. 112 a 119 del CP se regula todo lo relacionado con la ejecución penal, y se ordena el reconocimiento de ciertas labores del condenado para la reducción de penas como materialización de su proceso exitoso de reintegración. Adicional a esto, Brasil adoptó las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil, a través de la Resolución

⁴ Traducción de los autores.

14 del 11 de noviembre de 1994 del Consejo Nacional de Política Criminal. En estas reglas se establece la reintegración de los condenados como objetivo final de la reclusión, y se implementan herramientas detalladas para la ejecución de programas educativos, laborales y de acompañamiento para fomentar la reinserción de los condenados.

4.3. Chile

Chile suscribió el 26 de marzo de 1996, y ratificó el 27 de octubre de 1998 la Convención Interamericana contra la Corrupción. El 13 de septiembre de 2006 ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Así mismo, el 18 de abril de 2001 Chile ratificó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

El CP chileno (de 1874, sujeto a reformas, pero no modificado completamente), agrupa los delitos de corrupción en las cinco categorías: (a) malversación a los caudales públicos, de la que se desprenden las conductas punibles de los arts. 233 (peculado doloso), 234 (peculado culposo), 235 (desfalco o uso indebido de caudales públicos), 236 (aplicación pública diferente), 237 (negativa a un pago o entrega); (b) fraude al fisco y exacciones ilegales, calificado en los arts. 239 (fraude al fisco como tal), 240 (negociaciones incompatibles), 240 bis (tráfico de influencias), 241 (colusión); (c) violación de secretos, de la que se desprenden las conductas establecidas en los arts. 246, 247 y 247 bis; (d) prevaricación, clasificada en judicial (arts. 223, 224 y 225), administrativa (art. 228) y del abogado (arts. 231 y 232); (e) cohecho, contemplado en sus variadas modalidades en los arts. 248, 248 bis y 249; y (f) Soborno, art. 250.

Los delitos relacionados con la corrupción han sido objeto de priorización por parte de la fiscalía nacional chilena. Esta es una herramienta común utilizada por los ordenamientos latinoamericanos para optimizar la persecución de delitos en sistemas de investigación y juzgamiento colapsados. La priorización permite la asignación de recursos económicos y humanos a la persecución penal de los delitos relacionados con la corrupción, en detrimento de, usualmente, conductas menos lesivas socialmente, casi siempre ligadas con los delitos querellables.

En cuanto a la imposición de penas, no todos los delitos tienen pena privativa de la libertad. Entre las malversaciones, solo el peculado en modalidad dolosa (233) la tiene. Los de fraude al fisco (arts. 239, 240, 240 bis y 241) la tienen. Las modalidades de cohecho la tienen (arts. 248, 248 bis y 249). Las otras penas contemplan multas e inhabilitaciones:

El CP chileno establece que las penas privativas de la libertad puede ser presidio, reclusión y prisión. La diferencia entre los primeros dos es que en el presidio el condenado trabaja de manera obligatoria y en la reclusión es opcional. Para los delitos de corrupción, la pena más alta la tiene el peculado doloso, con una sanción de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (art. 233). Esto quiere decir que se considera, para la legislación chilena, un delito grave, con una pena que va de 5 años y 1 día a 10 años (grado mínimo); 10 años y 1 día a 15 años (grado medio). No existe, entre los delitos de corrupción, presidio o reclusión en grado máximo (de 15 a 20 años). Los otros delitos contemplan presidio menor —en sus grados mínimo, medio y máximo, que va de 61 días a 5 años de cárcel— y el presidio mayor en su grado mínimo.

La Ley 21.121 de 2018 del Congreso Nacional de Chile modificó algunas disposiciones del CP con relación al aumento de penas de los delitos ya previstos de corrupción de funcionarios y particulares, y tipifica nuevas conductas. Entre las modificaciones más importantes se encuentran:

1. La del art. 21 del CP (que trata de las sanciones) estipula inhabilitación absoluta perpetua y absoluta temporal, en delitos calificados como crímenes, y absoluta temporal en delitos calificados como simples delitos. Esto para ejercer cargos en empresas del Estado o que contraten con el Estado (art. 251 quáter).
2. La de los arts. 260 bis (determina que la prescripción de la acción penal comienza a correr una vez el funcionario haya cesado en su cargo o función), 260 ter (circunstancia agravante si los funcionarios hicieron parte de una organización criminal) y 260 quáter (circunstancia atenuante si colaboran eficazmente con la justicia).

3. El delito de corrupción entre particulares contemplada en los arts. 287 bis y 287 ter.

La Ley 21.121 de 2018 también modificó la Ley 20.393 de 2009 del Congreso de Nacional de Chile que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1. Modifica el art. 10 relacionado con la prohibición de contratar con el Estado, y estipula que el juez debe decidir entre la prohibición temporal (con unos años específicos) y la prohibición perpetua.
2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se extiende a los delitos de negociación incompatible, soborno entre particulares, apropiación indebida y administración desleal.

En cuanto al régimen penitenciario, en Chile existe el Decreto 518 de 1998 conocido como “Reglamento de establecimientos penitenciarios”⁵. Los establecimientos se clasifican en Centros de Detención Preventiva y Centros de Cumplimiento de Penas Privativas de la Libertad. Estos últimos se someterán a los regímenes abierto, cerrado o semiabierto, de acuerdo con el art. 15 del decreto aludido. En esta materia no establece ningún tratamiento penitenciario específico para personas condenadas por corrupción.

4.4. México

El CP federal mexicano establece, en el libro segundo, título décimo, los “delitos por hechos de corrupción”⁶. En materia de sanciones, el CP federal establece mayores penas para los funcionarios de

⁵ Ver ley: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=123280&idVersion=2020-09-17&idParte=>

⁶ Los delitos por hechos de corrupción según el CP federal son los siguientes: ejercicio ilícito de servidor público (art. 214), abuso de autoridad (art. 215), coalición de servidores públicos (art. 216), uso ilícito de atribuciones y facultades (arts. 217 y 217bis), del pago y recibo indebido de remuneraciones de los servidores públicos (217ter y 217quáter), concusión (art. 218), intimidación (art. 219), ejercicio abusivo de funciones (art. 220), tráfico de influencia (art. 221), cohecho (art. 222), cohecho a servidores

alto nivel, legisladores y empresarios. Para los delitos de corrupción, México designó un ente específico que investiga los casos que es la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, y los juzgan los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, por regla general, todas las personas que hayan cometido hechos de corrupción serán destituidas e inhabilitadas, esto como sanción adicional a la de cárcel y multa.

En México existe el Sistema Nacional Anticorrupción, el cual trabaja en la prevención, investigación y sanción de los delitos relacionados con corrupción. Nació como parte de reformas constitucionales que se hicieron a la Constitución Política en materia de combate a la corrupción (art. 113 de la constitución). México es parte de la Convención para Combatir el Cohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En materia penitenciaria, México se rige por la Ley Nacional de Ejecución Penal. La misma declara como objetivos centrales el respeto a la dignidad humana y la reinserción social. En esta materia, entonces, la ley de ejecución penal consagra un importante plexo de derechos al interior de los penales (art. 9), pero también en la supervisión de la libertad condicional (art. 12). Además de lo anterior, el CP federal contempla no sólo la sustitución de la prisión por el régimen de libertad, sino también por el régimen de semilibertad (art. 27).

A pesar de que este el régimen penitenciario mexicano es principalmente orientado a la resocialización, al igual que otros países latinoamericanos también ha incluido regímenes especiales para personas condenadas por corrupción. Es así que el art. 85 del CP federal establece que los servidores públicos que cometan delitos de corrupción no podrán acceder a la figura de la libertad preparatoria, la cual procede una vez cumplidas las tres quintas partes de la pena

públicos extranjeros (art. 222 bis), peculado (art. 223), enriquecimiento ilícito (art. 224).

en los delitos dolosos, y la mitad en los delitos culposos. Sin embargo, el mismo artículo deja abierta la posibilidad de levantar dicha prohibición siempre y cuando se garantice el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

4.5. Perú

Perú, en su combate contra la corrupción, creó La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, a través de la Ley 29976 de 2013, integrada por instituciones públicas, privadas y organizaciones de la sociedad civil. Además, en el ámbito penal, tipifica como principales delitos de corrupción los que se hacen en el ámbito público y que atentan la administración pública⁷. Pero también, en el sector privado se consagra, el delito de corrupción en el ámbito privado (art. 241A) y de corrupción al interior de entes privados (art. 241B)⁸.

En el ámbito penitenciario, el art. 57 del CP peruano (inciso 2, numeral 4), que consagra los requisitos para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, establece una prohibición para delitos relacionados con corrupción pública. Según esta disposición:

[l]a suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los arts. 384, 387, segundo párrafo del art. 389,

⁷ Estos están en el CP, en la sección IV titulada “corrupción de funcionarios”, como parte del título XVII de los delitos contra la administración pública. Figuran los delitos de cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo específico (art. 395), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395B), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397A), cohecho activo específico (art. 398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398A); por otra parte está el delito de colusión (art. 384), negociación incompatible (art. 399), malversación de fondos (art. 389), peculado (art. 387).

⁸ El capítulo IV (de otros delitos económicos) del Código Federal Penal brasileño, que hace parte del título IX (delitos contra el orden económico), recoge el delito de corrupción en el ámbito privado (art. 241A) y de corrupción al interior de entes privados (art. 241B).

395, 396, 399, y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del art. 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del art. 122.

A su vez, el 1 de marzo de 2017, el Congreso de la República del Perú aprobó la Ley 30665 que modificó el art. 41 de la constitución, en lo referente a la imprescriptibilidad de la acción penal en casos de corrupción que sean muy graves —a pesar del problema que se genera con dicha definición desde la perspectiva del principio de legalidad. Según esta disposición:

[e]l plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.

4.6. Análisis comparado: el problema de los fines de la pena, el régimen penitenciario y los delitos de corrupción

Como se mostró en el acápite anterior, en el contexto comparado latinoamericano existen dos tendencias marcadas en el panorama punitivo relacionado con delitos en contra de la corrupción. Por un lado, existe una tendencia hacia el aumento de mecanismos que faciliten la reincorporación de los condenados a la sociedad. En segundo lugar, existe una propensión hacia la restricción de los beneficios penitenciarios y el endurecimiento de la prescripción penal en la materia. Estas dos últimas cuestiones, por diferentes razones, resultan sumamente problemáticas, tanto desde el punto de vista de las garantías fundamentales en el marco del ejercicio del poder punitivo, como desde el punto de vista de la materialización práctica de un régimen penitenciario orientado a la reincorporación de los condenados a la sociedad.

En cuanto a la restricción de los beneficios penitenciarios, esta es parte de la desafortunada confianza existente en las sociedades contemporáneas en la capacidad de la pena de prisión para servir como mecanismo de disuasión. En efecto, como sugieren diversos autores (Garland, 2005; Silva, 2006; Sotomayor & Tamayo, 2014), desde hace

algunas décadas se ha venido incrementando el recurso a la pena de prisión, y al castigo penal en general, por creer que el mismo comporta una mayor capacidad para prevenir conductas contra la ley que otras formas de sanción jurídica. Esta expansión de la pena y del castigo penitenciario en las regulaciones de diferentes países ha sido uno de los factores que sirven para explicar el crecimiento penitenciario en la región (Ariza & Iturralde, 2018; Hernández, 2018a), pero también es un síntoma de una realidad más extendida en que la pena y la cárcel parecieran ser las únicas respuestas posibles y útiles contra el castigo penal. La tendencia al cumplimiento íntegro de la pena de prisión, como resultado de la exclusión de acceso a medidas de semilibertad o beneficios administrativos, supone entonces un giro significativo hacia la retribución e incapacitación del delincuente de cuello blanco.

A pesar de esa generalizada tendencia, diversos estudios cuestionan la capacidad de la pena y, en especial, de la prisión, para disuadir a los delincuentes (Windzio, 2006; Seiter & Kadela, 2003; Mbu-ba, 2012) Aunque estas investigaciones ciertamente no han logrado poner en jaque a la teoría liberal del castigo, que sigue confiando en la finalidad preventiva de la pena, si han logrado cuestionar el papel que el encierro penitenciario debería jugar en los programas de ejecución penal. Aún más, diversas investigaciones muestran que existen otras formas de lidiar con la criminalidad de cuello blanco que podrían ser más efectivas que el encierro penitenciario mismo (Braithwaite, 1982; Payne, 2003; Ivancecich, Duening, Gilbert & Knopaske, 2003; Beasty, 2008). La mayoría de investigaciones en la materia apuntan a que, si bien no puede desestimarse el castigo penal por el aspecto simbólico que conlleva, existen no sólo otros mecanismos que sirven mejor a la prevención de la corrupción (como lo son los programas de fiscalización, vigilancia y control), sino herramientas que sirven adecuadamente para la reincorporación eficiente de los infractores a la comunidad (como son el acompañamiento y la construcción de tejidos sociales en que los autores puedan participar de manera positiva en la construcción de ciudadanía).

Aún más, el principal problema de los delincuentes de cuello blanco son las posibilidades de reincidencia. Esto, lógicamente, está atado a que la corrupción es un delito que depende de profundas

redes y posibilidades de acción que quedan erosionadas una vez se emite el castigo penal, y se priva al sujeto de la cercanía con fondos, empresas, capitales, personas o procesos en los que hay lugar a posibilidades de conductas corruptas. Dicha cuestión hace que el castigo penal, así como el uso de la prisión, sea mucho más problemático que en otros ámbitos, pues mientras que en otras materias la discusión general sobre las finalidades de la pena y la cárcel se centra en revisar su utilidad como instituciones sociales —o como opciones para casos particulares—, en el caso de los delitos relacionados con la corrupción la privación de acceso a las posibilidades de “corromper” podría ser suficiente para evitar de la reincidencia. Con ello, el castigo penal y la cárcel quedarían como una cuestión primordialmente simbólica, ligada más a la prevención general positiva o negativa, antes que a la capacidad efectiva de rehabilitar al infractor.

Por supuesto, no es este el lugar para mostrar el intenso debate sobre la legitimidad del castigo penal y la cárcel en los Estados contemporáneos (Ferrajoli, 2011; Silva, 2012). Para efectos de la discusión presente, basta con afirmar que a la pena se le suelen reconocer dos grandes finalidades. Por un lado, la prevención general y especial, que se materializa a través del reforzamiento de las normas, la disuasión y la rehabilitación. Por otro lado, la retribución del daño causado. Aunque bien podría decirse que en los contextos latinoamericanos la constitucionalidad de la pena y de la prisión dependería de la satisfacción de cualquiera de las finalidades anteriores, lo cierto es que los arreglos jurídicos de la región obligan a que se cumplan todas estas finalidades. O, aun cuando no se cumplan todas ellas, la pena y la cárcel deben cumplir una función rehabilitadora y reintegradora, como mandato directo derivado del principio de dignidad humana (Tamayo & Sotomayor, 2018), universalmente reconocido en declaraciones internacionales de garantías fundamentales y en las constituciones regionales.

En este orden, un problema persistente es si, una vez aislados de las redes y contextos que les permitían delinquir, quienes realizan delitos de corrupción necesitan pasar por la cárcel para reintegrarse socialmente; o si por el contrario en estos casos se termina imponiendo una pena privativa de libertad sólo por el contenido simbólico inocuidador, y sin duda incompatible con ordenamientos constitu-

cionales garantistas, de encerrar al corrupto. Aún más, abre el interrogante permanente sobre si existen otras medidas, de tipo administrativo, fiscal, empresarial, pedagógico o social que pueden tener una mayor capacidad que el castigo penal para evitar la comisión de delitos de cuello blanco en general. El énfasis en la función simbólica de la pena resulta aún más problemático cuando la expresión material del castigo penitenciario refleja el poder y los privilegios de los delincuentes de cuello blanco. En efecto, estos suelen gozar de mejores condiciones de reclusión que aquellas experimentadas por la población interna común.

En cuanto al segundo asunto, la expansión de la prohibición de la prescripción de las conductas penales ligadas con la corrupción es muestra también de esta expansión de la confianza en el castigo penal y la prisión. Sin embargo, aquí hay que dividir dos cuestiones. En primer lugar, se encuentra la expansión de la imprescriptibilidad bajo la idea de que el castigo penal debe llegar, en cualquier caso, independiente de las condiciones específicas en que es puesto en acción. En este punto, fácilmente podemos remitir a las reflexiones anteriores sobre la utilidad que debe predicarse del castigo penal y el uso de la prisión en los ordenamientos constitucionales, y, sobre todo, enfatizar que la imprescriptibilidad de los delitos relacionados con la corrupción no puede fundamentarse en la necesidad de perseguir a toda costa a los infractores, pues ello puede ir (y en la mayoría de las veces efectivamente va) en contra del ideal rehabilitador de la pena.

En segundo lugar, una cuestión más espinosa relacionada con el problema de la imprescriptibilidad penal es la ligada con la inacción de la justicia, precisamente por el intrincamiento de las redes de corrupción en los sistemas de investigación y juzgamiento estatales. En efecto, la propuesta de imprescriptibilidad de los delitos relacionados con la corrupción no está necesaria o únicamente vinculada con la expansión de la confianza en el castigo penal y la prisión, sino también con la necesidad práctica de enfrentar prácticas extendidas de impunidad en la materia. En efecto, muchos casos de corrupción tienen no sólo la capacidad de pasar desapercibidos por su complejidad y/o secretismo, sino que su operación dentro de redes de corrupción más amplias logra incorporar a los órganos

estatales encargados de la investigación o juzgamiento, lo que garantiza que las autoridades delegadas para controlar, vigilar, investigar o juzgar a los delincuentes omitan sus funciones y garanticen la impunidad de los infractores.

En esta materia, la imprescriptibilidad puede tener sentido en la medida que la persecución de semejantes redes de corrupción es no sólo necesaria, sino que sólo resulta posible una vez se logran dismantelar los sistemas complejos que protegen a los infractores. Sin embargo, hay que tener cuidado con tres cuestiones. La primera, el riesgo inminente de caer en la cuestión anteriormente discutida sobre la imprescriptibilidad como resultado de una ideología punitivista que, en lugar de conferir a la pena y la prisión una finalidad, terminan por conferirla a la inocuización de delincuente a cualquier precio. En efecto, los delitos relacionados con la corrupción no pueden ser perseguidos sin importan la finalidad constitucional y social del castigo penal y la cárcel, y, por ello, es inadmisibles una prescripción permanentemente suspendida.

No todos los delitos de corrupción son iguales, y no en todos existen redes de encubrimiento que facilitan la impunidad de los infractores. Por ello, no en todos los casos, “por principio”, podría hablarse de imprescriptibilidad. Esta última, de existir, debería reservarse sólo para eventos en que existan verdaderas maquinarias para mantener la impunidad. En palabras simples, no puede tratarse la prescriptibilidad penal de igual forma para la persona que ofrece una pequeña suma de dinero a un agente de tránsito con el fin de librarse de una multa, que la acción colectiva organizada de empresas multinacionales en cooperación con gobiernos nacionales para desfalcar los dineros el país en una corrupción de largo plazo y escala.

La segunda, que la racionalidad penal y procesal penal tiene formas para extender la prescripción de una manera que garantice al mismo tiempo la protección de los bienes jurídicos, el ideal rehabilitador del castigo penal y la prisión, así como la necesidad de investigar y juzgar a los infractores en delitos relacionados con la corrupción. En efecto, aunque los casos de corrupción pueden ser complejos, lo que puede dificultar su investigación y juzgamiento en algunos casos, existe la posibilidad de ligar la prescripción penal, no al momento de comisión del hecho, sino de la identificación y

perduración de sus efectos dañosos. Aunque esta solución tiene, sin duda, sus propios problemas, es indiscutidamente menos restrictiva de derechos fundamentales que la imprescriptibilidad de la acción penal.

La tercera y última cuestión es que la imprescriptibilidad no está, ni puede estar ligada, a las capacidades estatales para investigar y juzgar delitos. Esto, no sólo porque si este argumento se tomara como cierto todas las conductas deberían ser imprescriptibles, considerando que las tasas de resolución de casos penales son ínfimas en todos los ordenamientos jurídicos de la región (Le Clercq, Cháidez & Rodríguez, 2016). En esta materia, es necesario recordar que la figura de la prescripción de la acción penal es una garantía que busca neutralizar la potestad del Estado de intervenir en el futuro, no sólo como castigo de su propia ineficiencia, sino como parte de la materialización de, por un lado, las prohibiciones de penas o tratos crueles o inhumanos que suceden cuando una persona tiene su estatus permanentemente suspendido en el tiempo, aun cuando los efectos dañosos de su conducta punible ya hayan cesado; y, por otro lado, de la satisfacción de las finalidades constitucionales del castigo penal y la pena.

En efecto, una de las cuestiones más álgidas en torno al problema de la imprescriptibilidad de las conductas penales en general, y que en el caso de los delitos relacionados con la corrupción son especialmente importantes por el debate dado en la primera parte de este acápite, es si el castigo sigue siendo necesario cuando el infractor ha estado integrado durante un largo tiempo en la sociedad (Ferrajoli, 2011). En estos casos, según creemos, el diseño teleológico del castigo en los ordenamientos constitucionales contemporáneos nos lleva a responder de manera negativa esta cuestión, afirmando que no es necesario castigar cuando los infractores se encuentren en esta situación. Esto, no obstante, no deriva en que no se puedan investigar las conductas o proferir sanciones simbólicas, sino que conlleva que las medidas de responsabilización y reparación deberían orientarse por premisas no punitivas.

5. COLOMBIA

5.1. *Desarrollo legislativo*

El ordenamiento constitucional colombiano consagra la resocialización como un derecho constitucional. Esto ha sido sostenido no sólo por diversos autores (Tamayo & Sotomayor, 2018; Sotomayor & Uribe, 2018, Hernández, 2017), sino que fue claramente establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-349/21. En dicha sentencia, la Corte analizó la viabilidad de la reforma constitucional realizada a través de Acto Legislativo 01 de 2021, en la que se reformaba la prohibición general de prisión perpetua para permitir la cadena perpetua revisable. Dentro de sus argumentos centrales, la Corte esgrimió el derecho a la resocialización y reintegración social como elemento fundante del Estado colombiano. Así, consideró que la reforma resultaba improcedente, por ser contraria a los pilares fundamentales del texto constitucional.

Esta relevancia de la resocialización es ampliamente reconocida por el ordenamiento nacional, de manera que las leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014 se estructuran en torno a la reintegración como principio fundamental del ordenamiento penitenciario. En cuanto al régimen penal, en Colombia existen los mecanismos sustitutivos de la pena que, en la prisión, consisten en su sustitución por prisión domiciliaria (art. 38 de la Ley 599 de 2000 (CP colombiano)). Así mismo, el art. 63 del CP prevé la suspensión condicional de la pena de prisión, que permite suspender su ejecución en casos de condenas inferiores a 4 años. Con respecto al tratamiento penitenciario propiamente dicho, el mismo se estructura en fases progresivas que, de acuerdo al tiempo de la pena y al comportamiento del interno permiten el acceso a beneficios administrativos, como el permiso de las 72 horas. Finalmente, en relación con el régimen de reintegración, existen la prisión domiciliaria (obtenible luego de cumplir la mitad de la pena) y la libertad condicional (arts. 38 G y 64 del CP).

En cuanto a la regulación específica de los delitos relacionados con la corrupción, el Congreso de la República expidió la Ley 2014 de 2019, por medio de la cual “se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de

corrupción y se dictan otras disposiciones”. Esta ley modificó el art. 38G del CP, que regula lo atinente a los requisitos para que le sea otorgada la prisión domiciliaria, y elimina dicho beneficio para personas condenadas por delitos relacionados con la corrupción.

Además, estableció que aquellas personas que sean condenadas por corrupción no podrán ejercer cátedra en colegios ni en instituciones de educación superior oficiales (art. 9). El antecedente a esta ley es la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), cuyo art. 13 había modificado el art. 68A del CP y determinado que no había lugar a subrogados ni beneficios penales para “quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional”.

La Ley 1474 también aumentó la prescripción penal hasta en la mitad. Así, según se recoge en su art. 14:

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

Además, la Ley 1474 aumentó las penas de los delitos contra la administración pública y creó nuevos tipos penales, como el de corrupción privada. En este momento, en el Congreso de la República, se está estudiando un proyecto de ley que modificaría el art. 83 del CP y que volvería imprescriptibles los delitos contra la administración pública que comentan servidores públicos o particulares en ejercicio de funciones públicas (Prensa Confidencial, 2021).

Así mismo, el Congreso de la República de Colombia promulgó las Leyes 1778 de 2016 y 2195 de 2022 que regulan el régimen para investigar y sancionar a las personas jurídicas por caso de corrupción, así como crea diversas medidas de regulación fiscal y administrativa en la materia. Anteriormente en Colombia se habían aprobado la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (a través de la Ley

1573 de 2012), la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción (a través de la Ley 970 de 2005) y la Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción (a través de la Ley 412 de 1997).

5.2. Análisis comparado: el tratamiento penitenciario de la corrupción en Colombia y Latinoamérica

El caso colombiano tiene la particularidad de combinar todos los rasgos deficientes de los sistemas punitivos en la región. Por un lado, ha recogido toda la normatividad que endurece la persecución de los delitos relacionados con la corrupción, tanto a nivel penal como a nivel de ejecución de la pena. Desde la Ley 890 de 2004, pero sobre todo con la ley 1474 de 2011, el país endureció todas las penas relacionadas con delitos de corrupción. Así mismo, incluyó prohibiciones absolutas para el acceso a mecanismos sustitutivos de la pena y subrogados penales. También se han incorporado leyes que flexibilizan o extienden indefinidamente la prescripción. Por otro lado, el sistema penitenciario colombiano es inusualmente rígido. A pesar de que la Ley 1709 de 2004 intentó flexibilizarlo con la creación de la prisión domiciliaria por mitad de pena cumplida, en Colombia no existen los regímenes abiertos y semiabiertos, sino solamente la prisión o su sustitución por medidas suspensivas o condicionadas de libertad posterior al cumplimiento de una porción de la pena.

A lo anterior se suma el deplorable estado de las cárceles en el país que, como ha reconocido la Corte Constitucional en Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, impide la capacidad del sistema penitenciario colombiano para garantizar los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, entre ellos, el derecho a la resocialización y la reintegración.

En este contexto, el caso colombiano podría nutrirse de algunas experiencias regionales en las que el sistema penal es mucho más flexible. Países como Argentina y Chile tienen penas menos severas, mientras otros como México no tienen prohibiciones para el acceso a mecanismos sustitutivos, o los condicionan a la reparación de los perjuicios ocasionados. Así mismo, existen en el contexto regional

medidas alternativas a la prisión que podrían implementarse en Colombia, como son los regímenes abiertos y semiabiertos, o los mecanismos de sustitución de la prisión específicos para los eventos de delitos culposos.

Considerando que en Colombia la deriva punitivista no ha servido para solucionar el problema de la corrupción, y que cada vez más la tendencia es, como en Italia, España y Estados Unidos, confiar en mecanismos administrativos de prevención y buenas prácticas, es un momento ideal para reestructurar no sólo el tratamiento penal y penitenciario de la corrupción, sino el sistema penitenciario como un todo. El primer paso, sin duda, es la eliminación definitiva de todas las prohibiciones que restringen cualquier posibilidad de mecanismos alternativos a la prisión en el país.

6. CONCLUSIONES

Existe una fuerte tendencia a ignorar el paradigma rehabilitador en delitos relacionados con la corrupción. Debido a necesidades prácticas, así como a tendencias normativas internacionales, los delincuentes que cometen actos de corrupción cada vez más enfrentan, por un lado, la reducción de garantías penales como es el caso de la prescriptibilidad de la acción penal, y, por otro lado, el endurecimiento del castigo carcelario. La crisis de la rehabilitación, presente en todo el sistema filosófico jurídico continental, se manifiesta con especial dureza en la lucha contra la corrupción donde el castigo se esencializa, se convierte en un fin en sí mismo, y parece olvidarse que la pena y la prisión deben tener como objetivo la reintegración de los infractores al tejido social.

Esta expansión de las ideologías punitivistas, aunque se ofrece como positiva por endurecer los castigos en los delitos relacionados con la corrupción, olvida que el uso del encierro no parece ofrecer grandes beneficios en la disminución de conductas dañosas ni en la disminución de los índices de reincidencia. En su lugar, otros mecanismos han mostrado tener una mayor capacidad para brindar seguridad y proteger derechos. En los casos de delitos relacionados con la corrupción, las medidas de control y vigilancia, los procesos

de fiscalización pública y privada, la participación democrática de los ciudadanos, la creación de prácticas de buena administración, entre otras cuestiones, pueden ser mejores herramientas para combatir el fenómeno.

6.1. Recomendaciones para América Latina

En términos generales, y considerando el aumento generalizado de la población penitenciaria de toda Latinoamérica durante las últimas décadas (Ariza & Iturralde, 2018), los ordenamientos de la región deberían apostar por consolidar mejores alternativas al uso del castigo penitenciario. El creciente punitivismo latinoamericano, que parece replicar tendencias mundiales de endurecimiento del aparato penal (Simon, 2014; Hernández, 2018a), es un retroceso para el proyecto limitador del poder punitivo estatal ligado al ideario penal liberal, así como un problema particularmente en sociedades ampliamente desiguales donde el poder penal recae usualmente sobre las clases más desfavorecidas. Aún más, las condiciones inhumanas de los sistemas penitenciarios regionales (Ariza & Tamayo, 2020) demandan no solo un esfuerzo consistente por su descongestión y transformación, sino una búsqueda permanente de alternativas que permitan su sustitución parcial o definitiva.

De manera más específica al tema del tratamiento penitenciario de la corrupción en Latinoamérica, las dos cuestiones abordadas en la sección anterior deben ser reconfiguradas para garantizar los derechos constitucionales de los investigados, procesados y condenados. En primer lugar, es necesario pensar que, a pesar de su gravedad y el enorme impacto social que puedan causar, los delitos contra la corrupción no deberían tener ninguna extensión en su prescripción distinta a aquellos eventos en que los perpetradores se apoyen en las estructuras políticas y estatales para evitar la persecución de sus delitos. En estos casos, donde la falta de persecución penal se da por la manipulación misma del sistema punitivo, tiene legitimidad la extensión de los términos de prescripción, solamente por el tiempo que dicha manipulación permanezca vigente.

Por otro lado, la creciente restricción de beneficios penitenciarios en delitos relacionados con la corrupción es algo que debería

desaparecer. Esta consideración, creemos, no es solo operativa en estos casos, sino frente a todos los demás delitos. Las diferenciaciones en el acceso a beneficios penitenciarios resultan contrarias a la resocialización y reintegración como fines de la pena, y contribuyen al empeoramiento de las condiciones generales del sistema penitenciario. La gravedad de la acción, suficiente para determinar los meritos específicos de la pena en delitos particulares, no debería condicionar la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios en igualdad de condiciones a las demás personas condenadas, pues este segundo asunto no se relaciona con el daño causado, sino con las posibilidades individuales de reincorporación social, que deberían ser fomentadas en igual medida para todos los condenados.

6.2. Recomendaciones para Colombia

En el evento específico del tratamiento penitenciario, que es el que ahora nos ocupa, la existencia de prohibiciones generales para el acceso a regímenes alternativos a la prisión, a formas de flexibilización del encierro, y a otras formas de reintegración social, es un impedimento para la materialización de las finalidades constitucionales del castigo penal y el uso de la prisión. Por ello, es necesario recomendar la eliminación de todas las formas de diferenciación negativa entre el tratamiento penitenciario de los criminales comunes y los criminales de cuello blanco, pues no existe fundamento alguno para limitar el derecho constitucional a la rehabilitación de los delincuentes que cometen este tipo de conductas.

Así mismo, y en lo que respecta concretamente a Colombia, varias cuestiones surgen de lo análisis anteriores. Por un lado, el régimen penitenciario colombiano debe abandonar los sistemas específicos de regulación de la corrupción. La limitación o prohibición absoluta de la reincorporación de los condenados por delitos relacionados con la cuestión es no sólo inconstitucional en el país, sino que impide buscar alternativas a la prisión. Por otro lado, y ligado a la cuestión anterior, el régimen penitenciario colombiano es mucho más rígido que otros en la región y una revisión de su estructura podría beneficiar no sólo el desmonte del aparato penitenciario, sino también la mejoría de la reintegración de las personas condenadas

por corrupción. En este sentido, es inaplazable para Colombia la creación de regímenes abiertos y semiabiertos de tratamiento penitenciario, que permitan flexibilizar las alternativas actuales que conducen de manera inevitable, en delitos relacionados con la corrupción, a la prisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Cámara Federal de Casación Penal Argentina. (2018). Sentencia CFP 12099/1998. Registro 1075 de 2018.
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional Colombiana. (2015). Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015. MP. Gloria Stella Ortíz Delgado.
- Corte Constitucional Colombiana. (2021). Sentencia C-349 del 14 de octubre de 2021. MP. Alejandro Linares Cantillo.

Doctrina

- Ariza, L. & Tamayo Arboleda, F. (2020). “El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina”. *Revista de Estudios Sociales*. Vol. 73(1). Pp. 83-95.
- Ariza, L. (2011). “Reformando el infierno”. En: Ariza, L. & Iturralde, M. *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ariza, L. & Iturralde, M. (2018). “Transformations of the Crime Control Field in Colombia”. En: Carrington, K., Hogg, R., Scott, J. & Sozzo, M. (Eds.). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Nueva York: Palgrave Macmillan. Pp. 687-708.
- Ariza, L., Iturralde, M. & Tamayo, F. (2021). “De la cárcel al barrio. Caracterización cualitativa de la reincidencia criminal en Colombia”. *Estudios de Derecho*. Vol. 78(3). Pp. 67-87.
- Beaty, K. (2008). “Retribution, Restoration, and White-Collar Crime”. *Dalhousie Law Journal*. Vol.31(1).

- Braithwaite, J. (1982). "Challenging Just Deserts: Punishing White-Collar Criminals". *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 73(2). Pp. 723-763.
- Chen, K. & Shapiro, J. (2007). "Do harsher prison conditions reduce recidivism? A discontinuity-based approach". *American Law and Economic Review*. Vol. 9(1). Pp. 1-29.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruíz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco & Rocío Cantareno Bandrés, (Eds). Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2014). *Vigilar y castigar*. México DF: Siglo XXI Editores.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Hernández Jiménez, N. (2018a). *El derecho penal de la cárcel: una mirada del contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Eafit.
- Hernández, N. (2017). La resocialización como fin de la pena – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. Vol.30(81). Bogotá: Caderno. CRH.
- Hernández, N. (2018). "El fracaso de la resocialización en Colombia". *Revista de Derecho* (49). Pp. 1-41.
- Ivancevich, J., Duening, T., Gilbert, J. & Konopaske, R. (2003). "Deterring White-Collar Crime". *The Academy of Management Executive*. Vol 17(2). Pp.114-127.
- Le Clercq, J. A., Chaidéz Montenegro, A. & Rodríguez Sánchez, G. (2016). "Midiendo la impunidad en América Latina: retos conceptuales y metodológicos". *Iconos. Revista de Ciencia Sociales* (55): 69-91.
- Mbuba, J. (2012). "Lethal Rejection: Recounting Offenders' Experience in Prison and Societal Reaction Post Release". *The Prison Journal* 92 (2): 231-252.
- Meade, B., Steiner, B., Makarios, M. & Travis, L. (2012). "Estimating a Dose-Response Relationship Between Time Served in Prison and Recidivism". *Crime and delinquency* 50(4): 525-550.
- Pavarini, M. (2013). *Control y dominación* (trad. Ignacio Muñagorri). México DF: Siglo XXI Editores.
- Payne, B. K. (2003) *Incarcerating White-Collar Offenders: The Prison Experience and Beyond*. US Department of Justice.

- Seiter, R. O. & Kadela, K. R. (2003). "Prisoner Reentry: What Works, What Does Not, and What Is Promising". *Crime and Delinquency* 49(3): 360-388.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: BdeF.
- Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: B de F.
- Simon, J (2014). *Mass incarceration on trial: a remarkable court decision and the future of prisons in Latin America*. New York-London: The New Press.
- Sotomayor Acosta, J. O. & Tamayo Arboleda, F. L. (2014). "La nueva 'cuestión penal' y los retos de una ciencia penal garantista". En Gimbernat Ordeig, et al (eds.) *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas, homenaje a Bern Schünemann*. Lima: Gaceta Penal
- Sotomayor Acosta, J. O. & Tamayo Arboleda, F. L. (2017) "Dignidad humana y derecho penal. Una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano". *Revista de Derecho* (48): 21-53.
- Sotomayor Acosta, J. O. & Uribe Restrepo, A. M. (2018). "Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado". En Ramírez Barbosa, P.A. (ed.). *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI. LH Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Bogotá: Universidad Católica-Temis.
- Sozzo, M. (2007). "¿Metamorfosis de la prisión?: Proyecto normalizador, populismo punitivo y "prisión-depósito" en Argentina". *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana* (1): 88-116.
- Tamayo Arboleda, F. L. & Sotomayor Acosta, J. O. (2018). "¿Penas sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana". *Opinión Jurídica* 17(33): 19-41.
- Windzio, M. (2006). "Is there a deterrent effect of pains of imprisonment? The impact of "social costs" of first incarceration on the hazard rate of recidivism". *Punishment & Society* 8(3): 341-364.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Centro de Información Judicial (29 de agosto, 2018) "La Cámara Federal de Casación Penal declara imprescriptibilidad de delitos de corrupción" *Centro de Información Judicial*.
- Garzón, J., Llorente, M. & Suárez, M. (2018). *¿Qué hacer con la reincidencia delincuencia? El problema y sus posibles soluciones*. Bogotá: FIP.

<https://www.cij.gov.ar/nota-31637-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-declara-imprescriptibilidad-de-delitos-de-corrupci-n.html>.

Prensa Confidencial (19 de agosto, 2021) “Congreso discutirá el proyecto que evita prescripción en delitos de corrupción”. *Confidencial Colombia*. <https://confidencialcolombia.com/lo-mas-confidencial/congreso-discutira-el-proyecto-que-evita-prescripcion-en-delitos-de-corrupcion/2021/08/19/>.

Capítulo 7

Amnistías e indultos por delitos de corrupción

LIGIA MARÍA VARGAS MENDOZA*

1. INTRODUCCIÓN

Un jefe de servicio de la Administración autonómica de Castilla y León (España) fue condenado el 10 de mayo de 1999 por el delito de prevaricato a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo y cargo público que ostentaba cuando cometió el delito, así como para obtener otro cargo o empleo público. Tan solo 123 días después, el 10 de septiembre del mismo año, recibió un indulto. En 2003, estaba de nuevo incorporado a la política como jefe de servicio territorial de la Consejería de Medio Ambiente de Castilla y León. Podría afirmarse que el prevaricato por el cual fue condenado era un delito de corrupción, pero ¿la concesión del indulto fue también un acto corrupto?

La corrupción en general, y la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en particular, es un fenómeno que debe analizarse desde diferentes perspectivas. No solo se trata de una serie de comportamientos delictivos, sino que además cuenta con una importante faceta política y ética que merece atención en la medida en la que son justamente estos aspectos los que le aportan al fenómeno de la corrupción características particulares. El tema que se abordará

* Abogada de la Universidad de los Andes. Especialista en derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda. Maestra en derecho penal y doctora en Estado de derecho y gobernanza global por la Universidad de Salamanca. Profesora de cátedra de la Universidad de los Andes. Counsuel Área de Derecho Penal Corporativo, CMS - Rodríguez Azuero.

en este capítulo se encuentra en el centro de las discusiones jurídico penales y de las discusiones políticas que pueden darse con respecto a la corrupción. Se trata de responder a la pregunta sobre la posibilidad de otorgar amnistías o indultos a quienes han sido condenados por delitos asociados a la corrupción. La importancia de la política en este asunto está dada por el hecho de que, en la mayoría de los Estados, la decisión de conceder alguna de estas gracias depende exclusivamente de la voluntad política de quien ostenta la potestad para hacerlo.

1.1. Estructura del capítulo

Con el objetivo de abordar el problema planteado, este capítulo está dividido en siete partes. Primero se explicará el objeto de estudio y el problema planteado. Luego, se abordará el debate dogmático y de política criminal sobre el uso de las amnistías y los indultos para responder a la corrupción. En este acápite se explicarán los argumentos a favor y en contra de utilizar esas figuras como mecanismo para enfrentar la corrupción en los distintos Estados. En la tercera parte, se explicarán los principales instrumentos internacionales que hacen referencia a la corrupción, por un lado, y a las amnistías y los indultos por el otro. Dentro de ese apartado, se hará referencia tanto a instrumentos del ámbito universal como a aquellos que son del ámbito regional y que incorporan elementos fundamentales al asunto.

La cuarta parte del escrito se enfocará en las regulaciones estatales del problema analizado. Luego de haber descrito el ámbito internacional, se hará referencia a la manera en la que los Estados han abordado el asunto en su legislación interna. Este apartado también estará dividido en dos partes. En la primera se describen y analizan los sistemas no latinoamericanos que sirven de referencia para el análisis: España, Italia y Estados Unidos y se realizará una comparación entre ellos. Luego, se expone lo que tiene que ver con Argentina, Brasil, Chile, México y Perú que son los sistemas jurídico penales latinoamericanos que interesan al estudio.

El sexto acápite estará dedicado a la regulación colombiana. En este se expondrá la normativa pertinente, teniendo en cuenta tanto la legislación ordinaria, como aquella que surgió a partir del

Acuerdo Final de Paz firmado entre el Gobierno Nacional y la antigua guerrilla de las FARC-EP que está relacionado con este asunto. Adicionalmente, se analizará esta legislación comparándola con los otros ordenamientos nacionales explicados y con los estándares internacionales relevantes. A partir de todo lo anterior se presentarán dos grupos de conclusiones. El primero referido a la presentación de una estrategia de acción para América Latina, teniendo en cuenta las tendencias identificadas con base en el análisis comparado realizado; y el segundo con un plan de acción específico para Colombia. El documento cierra con la bibliografía relevante.

1.2. Objeto de investigación

Las discusiones en torno a los delitos que son producto de la corrupción por lo general están permeadas por la idea de que estos merecen penas severas, incluso “ejemplarizantes”. Lo anterior, porque la impunidad genera más corrupción y no su disminución. En consecuencia, es frecuente que los delitos como el peculado, el cohecho, los delitos contra la hacienda pública o los sobornos, entre otros, tengan penas altas dentro de los distintos ordenamientos jurídicos. Adicionalmente, existen estrategias regionales e internacionales de lucha contra la corrupción tanto pública como privada, de las cuales probablemente las más conocidas sean la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003) y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000). Estas se acompañan de políticas públicas y estrategias de política criminal encaminadas a lidiar con este fenómeno.

La corrupción afecta todas las esferas de la interacción social, incluyendo lo público y lo privado y no es, desde ningún punto de vista, un fenómeno individual. Se trata de un elemento estructural, con una innegable dimensión transnacional, que se presenta tanto en las instituciones públicas, como en las entidades privadas y en aparatos ilegales que, dentro de los delitos que cometen, incluyen conductas corruptas. En ese sentido, al abordar el asunto de la posibilidad de otorgar amnistías o indultos por este tipo de delitos se hará referencia tanto a la corrupción estatal, como a la corrupción que se produce en las entidades privadas y en las organizaciones propiamente

criminales. En consecuencia, a todo lo anterior se suma el hecho de que las políticas en contra de la corrupción suelen recibir un gran apoyo popular, siendo frecuentemente utilizadas como banderas de campañas electorales.

No obstante, de manera paralela y en ocasiones con menor publicidad, no son pocos los países en los cuales se han concedido amnistías, indultos y otras figuras de gracia a personas investigadas o condenadas por este tipo de delitos. Por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos Gerald Ford perdonó todos los crímenes conocidos o por conocer, del expresidente Richard Nixon, el 8 de septiembre de 1974. Según él, esa decisión estuvo basada en parte en el miedo a que el expresidente no tuviera un juicio justo y, en parte, por compasión hacia él y hacia su familia. “Además, el presidente Ford quería terminar con una discusión divisiva y concentrarse en otros asuntos” (Dean Moore, 1997: 4).

El hecho anterior sirve para ejemplificar la potestad con la que cuentan algunas entidades de los Estados para aplicar distintas figuras que, de una forma u otra, terminan evitando que los corruptos sean sancionados. Las figuras más frecuentes son la amnistía y el indulto, que son, como se dijo, las que abordará este texto. Ambas se enmarcan en el concepto más general de “gracias” y tienen como característica principal que son discrecionales del sujeto, de la entidad o las entidades a las que el Derecho otorga la potestad de concederlas.

Cuando se otorgan solamente por complacer a quien ostenta el poder, las amnistías e indultos resultan ser actos muy cuestionables. Es más, bajo ciertas circunstancias, pueden ser actos de corrupción en sí mismos, sobre todo cuando se conceden a funcionarios públicos y a particulares que tienen una gran influencia política. En estos casos, pareciera necesario abolir este tipo de figuras, o cuando menos limitarlas, y exigir que se hagan públicas las razones por las que se adoptan (en la mayoría de los ordenamientos no se exige ni siquiera que dichas razones se hagan públicas).

Sin embargo, cuando se otorgan como actos de clemencia o para perseguir fines mayores que aquellos que podrían alcanzarse con la imposición de la pena, es posible que, en ocasiones, se trate de herra-

mientas útiles y justificadas. Esta cuestión se plantea particularmente cuando existen circunstancias especiales en las que los delitos de corrupción están asociados a la comisión de otros crímenes a los que hace frente el Estado a través de mecanismos de justicia transicional, de manera que se busca poner fin a una situación de conflicto armado a través de amnistías e indultos que para ser eficaces en la consecución de este fin ulterior requieren su aplicación tanto a los delitos políticos, como a los directamente conexos a estos últimos (entre los que se encuentran normalmente los delitos de corrupción).

El objetivo de este capítulo es analizar estas cuestiones y ofrecer una serie de recomendaciones sobre cómo abordarlas en América Latina en general, y en Colombia en particular.

1.3. Introducción al papel de las amnistías y los indultos en relación con la corrupción

La premisa del análisis debe ser la relación entre las amnistías y los indultos, de un lado, y los delitos de corrupción, del otro, con los derechos humanos. La corrupción más allá de sus implicaciones económicas tiene efectos negativos sobre la garantía de los derechos humanos fundamentales. Incluso, la ONU ha alertado, al igual que distintos sectores académicos que en la medida en la que se perjudica el correcto funcionamiento del Estado y su capacidad para garantizar los derechos básicos de los ciudadanos, la corrupción termina teniendo un impacto negativo diferenciado en los sectores más vulnerables de la población. En relación con este asunto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados” (CIDH, Resolución 01/2018).

Lo anterior, porque la malversación de los recursos públicos que están destinados a otorgar derechos como la salud, la alimentación, la vivienda o la educación implica que estos derechos no se garantizan. Lo mismo sucede con las afectaciones a los mercados y las economías, producto de la corrupción privada, que tienen un impacto determinante en la vida de las personas, especialmente de las que

tienen menos recursos económicos. El asunto es aún más relevante cuando se incorpora al análisis la participación de organizaciones criminales que actúan en la esfera transnacional pues este tipo de agrupaciones generan afectaciones más graves al actuar en varios países e impactar el funcionamiento de la comunidad internacional, además de que por lo general usan la violencia de forma masiva e indiscriminada.

Por otra parte, es desde la perspectiva de las graves violaciones a los derechos humanos que el Derecho internacional ha abordado el asunto de las amnistías y los indultos. Como se mostrará más adelante, los pronunciamientos que existen al respecto están destinados a evitar que estas figuras se utilicen para favorecer a quienes, generalmente durante conflicto armados, guerras civiles o dictaduras, han cometido graves violaciones a los derechos humanos. Así, a diferencia de lo que sucede con la corrupción, el vínculo entre las amnistías, los indultos y los derechos humanos ha sido mucho más estudiado, pero desde una perspectiva de limitación, que permite utilizar estas figuras solamente cuando favorecen los procesos de transición y sin que, en ningún caso, puedan concederse por los crímenes más graves.

En consecuencia, el análisis de la posibilidad de otorgar amnistías o indultos por delitos de corrupción debe tener en cuenta la necesidad de incorporar la perspectiva de los derechos humanos, aun cuando tradicionalmente estas afectaciones no se estudian en este ámbito. Esto como elemento limitador de su utilización. Incluso desde el punto de vista legislativo, y con miras a la construcción de una propuesta destinada a mejorar la actuación de los Estados latinoamericanos en contra de la corrupción, este es un asunto que no puede ignorarse. Así pues, la corrupción es un fenómeno que afecta todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales), además de debilitar la gobernabilidad, la democracia, la transparencia y la confianza que los ciudadanos deben tener en las instituciones. Por lo mismo, en la medida en la que aumenta la corrupción, aumenta la falta de legitimidad de los Estados.

Aun así, como se verá, en la mayoría de las legislaciones el otorgamiento de cualquiera de los beneficios penales como las amnistías o los indultos está en cabeza de entidades profundamente políticas

que, incluso en algunos casos, ni siquiera están en la obligación de justificar su concesión. A esto se suma que las prohibiciones y los límites a estas figuras están vinculados solamente a los delitos más graves, tanto en los ordenamientos nacionales como en el Derecho internacional, lo que implica que, en términos generales, al menos a la luz del Derecho internacional, nada impide que los gobiernos concedan amnistías o indultos por delitos de corrupción.

En consecuencia, el ejercicio de las gracias en casos de corrupción es una decisión política que, en general, constituye un ejercicio de poder para proteger a cierta clase de personas, aunque también han surgido propuestas de amnistías generales para garantizar transiciones integrales que incluso incluyan a políticos condenados (Deutsche Welle, 2021). Además, se suelen adoptar con poca publicidad porque la opinión pública tiende a encontrarlas reprochables (los delitos de corrupción producen por lo general reacciones importantes de indignación incentivadas por los medios de comunicación, si bien estos dan más relevancia a la corrupción pública que a la privada), y la impunidad injustificada que originan quebranta normalmente los propósitos de prevención de las sanciones propias del derecho penal.

1.4. Origen y características de las amnistías y los indultos

En el contexto anterior, resulta fundamental conocer el origen y las características de las amnistías y los indultos, así como las diferencias que existen entre las dos figuras. En principio, las dos son especies de una forma más general de prerrogativa (que pertenece en la mayoría de los Estados a la esfera de la voluntad de los jefes de Estado, aunque en ocasiones puede estar involucrado el Parlamento), conocida como “la gracia”, que pretende mitigar los efectos de la ley cuando esta, a pesar de aplicarse de manera rigurosa, produce resultados injustos o indeseables, por las circunstancias específicas de un caso y estas no pueden evitarse por otros medios (Requejo Pagés, 2001: 85)

Si bien, en principio se trata de soluciones para casos extremos en los que el sistema jurídico no otorga otra opción para evitar una injusticia, en algunos Estados su uso es frecuente y en ocasiones perverso (Correa Peraza, 2014: 5).

1.4.1. La amnistía

La palabra amnistía proviene del griego *amnestía* que significa olvido porque justamente, el Estado olvida el delito cometido y, por ende, deja de imponer la pena que en principio corresponde. Con respecto a sus antecedentes históricos es importante tener en cuenta que estas instituciones constituyen remanentes de los poderes absolutos que adaptaron de los griegos la figura y la convirtieron en una manifestación de su soberanía absoluta a partir del perdón de las sanciones penales (Ogas Cabrera & Soto Nilo, 2007). Hoy en día, la amnistía es “la extinción de la responsabilidad penal por disposición de una ley, que extingue la pena y todos los efectos de ésta” (Etcheberry, 1965: 274). En consecuencia, la amnistía se entiende como una medida de benignidad que pretende quitarle el carácter delictivo a un comportamiento determinado y eximir a sus autores y partícipes de la pena y de todas sus consecuencias accesorias. En consecuencia, cuando los procedimientos están en curso se terminan y cuando las penas se han impuesto quedan sin efectos.

La amnistía es una especie de derogación retroactiva de una norma que califica una conducta como delictiva y le impone una sanción. La aplicación de la amnistía implica que el ordenamiento jurídico “olvida” conductas consideradas como delictivas, incluso cuando estas ya fueron sancionadas por el funcionario judicial competente, eliminando la relevancia jurídica de un comportamiento que generaría sanción en otras circunstancias. Esto implica que la entidad competente para otorgar la amnistía extingue los efectos jurídico penales de los comportamientos delictivos, con base en una decisión eminentemente política, pero “no puede extender esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones desiguales e injustificadas” (Posada Maya, 2010: 78).

Dentro de las características principales de las amnistías deben abordarse dos. La primera de ellas es que, en principio, las amnistías tienen un carácter general, por lo cual el beneficio se otorga en favor de todos los que se encuentren en la misma circunstancia. Se trata de una gracia impersonal y que no se otorga a una persona determinada, sino en razón del delito cometido y de las circunstancias que lo rodearon. La segunda característica es que siempre hace referencia a situaciones pasadas y no extiende sus efectos a eventos futuros. Por

tanto, por ejemplo, en los casos de delito permanente, cuando este se prolonga más allá de la concesión de la amnistía, esta solo puede excluir la pena impuesta por lo que haya sucedido hasta ese momento (Ogas Cabrera & Soto Nilo, 2007).

Además, una parte de la doctrina distingue entre la amnistía propia y la impropia (Dorado Montero, 1915), con base en los efectos que produce la figura, bien sea que recaiga sobre la acción penal o la pena. Cuando la amnistía se otorga antes de que se profiera sentencia condenatoria en firme la amnistía se entiende propia, pero cuando extingue la pena impuesta se conoce como impropia, al ser similar al indulto. En todo caso, la cuestión más controvertida siempre es la relativa a cuáles son los delitos que pueden amnistiarse, con independencia de si existe sentencia condenatoria o no.

Este tipo de medidas han sido justificadas como mecanismos para buscar la tranquilidad social, solucionar conflictos en los Estados y terminar periodos de guerra civil o dictaduras, por lo cual un importante sector de la doctrina sostiene que solo puede referirse a delitos políticos o conexos con ellos (Posada Maya, 2010). “La amnistía es considerada como una medida de benignidad, que tiende a apaciguar los ánimos después de períodos de turbulencia política o como medio extremo para resolver imperfecciones manifiestas de una ley penal de la que resulten condenas injustas” (Novoa Monreal, 1960: 443). Se entiende como un “acto de alta política” que utilizan los gobiernos para detener perturbaciones y conflictos sociales, impidiendo la acción de las leyes a través del olvido para mantener el orden social y la seguridad de las instituciones del Estado. Sin embargo, esta no es una postura pacífica y hay quienes alegan que también podría concederse por otro tipo de delitos (Cury Urzúa, 1982), como sucede en España e Italia, por ejemplo.

Aún así, la institución de la amnistía ha sido fuertemente criticada porque se entiende como un mecanismo de impunidad al hacer perder el efecto intimidatorio de la norma penal (Santana Vega, 2016). A esto se suma que, en la práctica se ha abusado de la figura, al punto de que se han dado casos de “auto amnistías”, por ejemplo, en las transiciones democráticas del cono sur. Se entiende que el uso de amnistías termina otorgando la esperanza de que el derecho penal

finalmente no tendrá ningún efecto, especialmente para quienes ostentan cierto grado de poder dentro de las sociedades.

1.4.2. El indulto

A diferencia de la amnistía, el indulto no actúa sobre el comportamiento criminal, sino exclusivamente sobre la pena que se ha impuesto a la persona que ha delinuido. El indulto, que puede ser general o particular, no elimina la ilicitud de la conducta, sino que modifica o anula la sanción. En consecuencia, el indulto siempre presupone la existencia de un delito que, al contrario de lo que sucede con la amnistía, no deja de existir o de considerarse antijurídico. Simplemente se excepciona el cumplimiento de la pena o se atenúa la misma en un caso concreto (indulto particular) o para un grupo de personas (indulto general) (Requejo Pagés, 2001). En ese sentido, el indulto opera sobre sentencias firmes que imponen penas, las cuales, o bien se modifican (porque se reducen o se entienden cumplidas por haberse realizado parcialmente), o bien no se cumplen, pero sin que esto afecte a la relevancia jurídica del delito que permanece inalterada.

El indulto es un instrumento de política criminal mediante el cual el jefe de Estado o el legislador, según disponga la ley, concede a una persona la posibilidad de no cumplir con la pena impuesta, pero sin que por ello el Estado olvide la existencia del delito o sus efectos. El indulto recae únicamente sobre la pena (Novoa Monreal, 1960: 55; Cury Urzúa, 1982: 423). En el mismo sentido, al constituir una gracia depende por completo de la voluntad de quien lo concede, de manera arbitraria, pero en este caso, atiende principalmente a la persona que se beneficia. Al igual que la amnistía, se ha sostenido que el indulto es un instrumento útil para propender por la paz social, la estabilidad de los Estados y solucionar casos de extrema injusticia para los cuales no existen otras herramientas, por lo cual se constituiría en un mecanismo importante de política criminal.

Esta figura tampoco ha estado exenta de críticas, que han sido incluso más contundentes que las que ha recibido la amnistía. En primer lugar, se ha llegado a afirmar que el indulto lacera la independencia de los jueces y la irrevocabilidad de sus decisiones, dado

que deja sin efecto la pena impuesta. A esto se suma que, dado que en principio el indulto solo tiene efectos particulares, se puede cuestionar abiertamente la posibilidad de que tenga verdaderos efectos sociales como mecanismo para garantizar la paz y la estabilidad de las comunidades (Santana, 2016: 63). En contraste podría concluirse que la amnistía, al ser general, cumpliría mejor con estos propósitos.

Sin embargo, es necesario aclarar que el indulto puede clasificarse de distintas maneras. Por una parte, puede distinguirse entre particular y general según el número de beneficiarios. Lo anterior, aunque la legislación al respecto no es uniforme, pues, por ejemplo, en España están prohibidos los indultos generales, mientras que en Chile están permitidos cuando sean otorgados por el Senado (al igual que sucede con la amnistía). Por otra parte, también pueden diferenciarse los indultos totales, aquellos que extinguen la pena en su totalidad y todos sus efectos, de los indultos parciales, aquellos que eximen al condenado del cumplimiento de una parte de la pena, varían la naturaleza de la pena impuesta o impiden el cumplimiento de alguna de las penas, pero no de todas. En consecuencia, los indultos tienen la característica de tener menores efectos que las amnistías, especialmente porque no borran del ordenamiento la calidad de condenado de la persona, por lo que, por ejemplo, la reincidencia podría conservar sus efectos en caso de que los tenga dentro del ordenamiento.

2. ANÁLISIS DOGMÁTICO Y DE POLÍTICA CRIMINAL

Cada vez es más complicado justificar el uso de las amnistías y los indultos, especialmente cuando se conceden por delitos en los que no parecen tener efectos de justicia, sino que más bien incentivan los escándalos mediáticos que han causado, como sucede con los casos de corrupción. Incluso, la concesión de amnistías o indultos se ha entendido en varias ocasiones como un acto de corrupción en sí mismo, en el que los poderosos se benefician los unos a los otros para evitar ser sancionados. Las distintas corrientes teóricas han procurado explicar estas instituciones, teniendo en cuenta los fines que persiguen el derecho penal y las penas. Sin embargo, esto no resulta

sencillo. Si el propósito de la sanción penal es retribuir el mal causado o prevenir (en cualquiera de sus formas) que estos hechos se repitan, resulta casi imposible explicar qué beneficio podría obtenerse de conceder cualquier tipo de perdón a los individuos que, con una condena de por medio o al menos con una aceptación de responsabilidad, se sabe que han cometido un delito. Así, quedan sin efecto los esfuerzos del aparato de justicia que, especialmente en los casos de grandes entramados de corrupción, ven como luego de largos y complicados procesos penales, no se aplica la sanción. Además, en los casos de corrupción, desde el punto de vista de la prevención especial, los corruptos perciben “que el sistema penal es un obstáculo vencible, y que la prisión no es un lugar para personas de cierto estatus económico, político o social, sino para la población marginada” (Santana Vega, 2016: 76).

Las instituciones de la amnistía y el indulto surgieron como un mecanismo para garantizar la equidad del derecho penal. Aun cuando este cuenta con numerosas estructuras destinadas a dotar el proceso penal de garantías, en algunas circunstancias estas resultan insuficientes o inadecuadas para dar una solución justa a ciertos casos concretos. En consecuencia, las gracias surgen como una herramienta para solucionar estos casos, como cuando las finalidades preventivas de la pena desaparecen o cuando el sujeto se ha resocializado y no es necesario aplicar la sanción (Valle Mariscal de Gante, 2017: 7).

Así mismo, estas figuras también se han justificado como una necesidad cuando la ley sanciona conductas que no deberían estar tipificadas o, cuando la pena resulta excesiva de cara a las circunstancias del caso concreto, tal como lo consagra el art. 4.3 del CP español¹. En igual sentido, puede acudir a la figura en los casos en los que las consecuencias del delito han sido tan nocivas para el autor o par-

¹ CP español: “Artículo 4: [...] 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

tícipe, que resulta incomprensible y verdaderamente injusto la imposición de una pena, ya que esta ha perdido todas sus funciones. En estos casos, no se está ignorando u olvidando la comisión del delito, sino que se está reconociendo que las circunstancias especiales en las que actuó el sujeto o los resultados que obtuvo hacen que la solución más justa sea no aplicar la pena, por lo cual el indulto o la amnistía, serían en realidad verdaderos actos de justicia (Ruíz, 2018).

También se ha argumentado a favor de las amnistías y los indultos afirmando que se trata de alertas con respecto a la necesidad de modificar la ley penal, bien sea porque el contexto normativo en el que se inserta ha cambiado, bien porque lo han hecho las condiciones materiales de una sociedad determinada. Las gracias que se conceden bajo este argumento estarían destinadas abordar la situación de aquellas personas sancionadas por conductas que ya no deberían considerarse delictivas, mientras el legislativo lleva a cabo la labor de modificar la norma penal. Sin embargo, al respecto resulta sencillo contrargumentar que la injusticia de la ley no se evita restringiendo que algunos sufran sus efectos² sino acelerando los procesos de modificación legislativa cuando sea necesario.

Además de todo lo anterior, el argumento más utilizado para justificar el empleo de amnistías o indultos dentro de los ordenamientos jurídicos, especialmente por parte de quienes vinculan las figuras a los delitos políticos, es la necesidad de garantizar la paz y la estabilidad social. A este respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente:

La concesión de amnistías e indultos generales es asunto de la mayor importancia para la República. Con razón la Constitución sólo las autoriza cuando existen “graves motivos de conveniencia pública”. Esto hace pensar que la decisión del Congreso debe ser el fruto de un amplio debate a la luz de la opinión pública. Debate en el cual debe participar esta última, a través de los medios de comunicación. No puede una decisión como ésta, adoptarse de la noche a la mañana por medio de un decreto, y ser fruto solamente de la voluntad del Presidente de la República (Corte Constitucional, Sentencia C-456 1997).

² Al restringir que unos sufran efectos se podría violar el derecho fundamental a la igualdad, siendo resultado adverso de la búsqueda por contrarrestar la injusticia de la ley

Así entendidas, las amnistías y los indultos no serían aplicables a los delitos por corrupción, sino que serían un mecanismo de transición en casos en los que la sociedad ha sufrido una situación de inestabilidad tal, que sancionar ciertos comportamientos resultaría más perjudicial. Adicionalmente, se entiende que la razón para conceder estos beneficios es el reconocimiento de que a los delitos políticos subyace un fin altruista (Posada Maya, 2010: 75).

A pesar de lo anterior, la doctrina mayoritaria critica fuertemente la existencia de estas figuras. El castigo en muchas sociedades, como la colombiana, se entiende como una obligación jurídica y moral. La mayoría de las personas consideran que la sanción debe aplicarse y además que para la mayoría de los delitos esta debe ser “severa” y “ejemplarizante”. En consecuencia, las amnistías y los indultos no tienen mucha acogida dentro de la opinión pública. Solamente en los casos en los que pueda demostrarse que la pena resultaría injusta o que generaría un daño mayor aplicarla que perdonarla podría pensarse en conseguir el apoyo de la comunidad para una gracia de este tipo (Dean Moore, 1997: 180). La consecuencia directa de esto es que, por lo general, los motivos por los que se conceden los indultos no son públicamente conocidos y a este tipo de actos no se les da mayor publicidad. Adicionalmente, es frecuente la percepción de que los condenados por ciertos delitos, que cuentan con cierto poder, pueden acceder casi automáticamente al indulto o a otras formas de conmutación de la pena (aun cuando se trata de figuras distintas, puede pensarse en la manera en la que la sociedad percibe los preacuerdos con la fiscalía, por poner un ejemplo), por lo que no cumplen con la sanción penal y los casos quedan finalmente en la impunidad (Valle Mariscal de Gante, 2017: 2).

Las críticas que se hacen a las amnistías y los indultos son de variada índole. Además de lo dicho, se cuestiona fuertemente su uso desde la perspectiva de la división de funciones públicas. Esto, partiendo de la base que es a la autoridad judicial a la que le corresponde imponer las penas y, en consecuencia, se asume que, en los casos en los que encuentre necesario buscar mecanismos para disminuir el efecto de la pena por considerarlo injusto, lo hará. Esto implica que no le debería corresponder a los órganos legislativos o ejecutivos “revocar” la sanción impuesta por el juez (Dean Moore, 1997: 191). Con

esto, no solamente alteran la función judicial, sino que frustran el efecto de la ley penal y distorsionan sus consecuencias de cara a unos pocos. Esto es cierto también en los Estados en los que las gracias pueden ser sometidas a control parlamentario, especialmente cuando los parlamentos tienen mayorías adeptas a los gobiernos, pues dicho control se convierte en una mera estrategia política (Santana Vega, 2016: 60).

Por otra parte, se cuestiona la legitimidad de los órganos ejecutivos para otorgar amnistías e indultos de cara a los derechos de las víctimas. No solo la opinión pública, sino las víctimas de los delitos entienden que existe un vínculo inescindible entre la aplicación de la pena (casi siempre entendida como pena de prisión) y la justicia. En consecuencia, aún en el caso de los indultos en los que no se extinguen la responsabilidad penal, se piensa que la aplicación de perdones o gracias es una forma de impunidad. Al respecto es importante tener en cuenta dos circunstancias. La primera es que los efectos de las amnistías y los indultos de cara a los derechos de las víctimas son variables. Dentro de ellos pueden darse casos, por ejemplo, en los que la gracia no extinga las obligaciones del condenado con las víctimas o existan programas administrativos de reparación u otro tipo de soluciones que compatibilicen los derechos de las víctimas con los perdones.

Al respecto es especialmente relevante para este capítulo tener en cuenta que la mayoría de la doctrina considera que de los delitos de corrupción no tienen víctimas individuales (Borlini & Arnone, 2014), de esta manera bien lo ilustra la UNODC al considerar los efectos de la corrupción (UNODC, 2022)³. Como resultado, en el caso de este fenómeno criminal que genera enormes afectaciones colectivas, la ponderación no puede hacerse entre un individuo (quien ha delinquido) y otro (su víctima directa). Por el contrario, la ponderación de los efectos positivos y negativos de conceder un indulto o una amnistía deben considerarse de cara a la afectación colectiva y a lo que en el marco de corrupciones estructurales implicaría la decisión de concederlos. Esto genera que los cuestionamientos cuando

³ Vid.: <https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-1/key-issues/effects-of-corruption.html>

se otorguen gracias por delitos relacionados con la corrupción sean aún más severos, porque se entiende que se perpetúa la afectación a la colectividad, sin justificación alguna (y esto solamente porque la persona que ha cometido el delito tiene las conexiones políticas para lograr que se le exima de cumplir la pena). Como lo explica Santana Vega, la concesión de estas figuras sobre todo por delitos de corrupción contribuye “a ahondar en la creciente desconfianza hacia la ley penal, la cual es percibida como una decisión legislativa que caprichosamente puede ser dejada sin efecto” (Santana Vega, 2016: 84).

No obstante, la crítica más importante que se ha hecho a estas figuras es su absoluta discrecionalidad y el hecho de que en la mayoría de los Estados se conceden sin que sean conocidas las razones, o con motivos que resultan inexplicables. Incluso se han dado casos en los que se ha discutido si para la concesión de un perdón se requiere que el procesado lo acepte. La discusión fue bastante amplia en los Estados Unidos, hasta que en la sentencia *Biddle v. Perovich* (Corte Suprema de Justicia, 274 U.S. 480, 1927) se decidió que la aceptación del perdón es irrelevante pues si el presidente considera que se debe otorgar el perdón porque sirve al interés público este se debe conceder. Sin embargo, en algunos Estados es común que los perdones sean condicionados al cumplimiento de ciertas obligaciones, como en el caso colombiano, con el Acuerdo de Paz con las FARC-EP en el que se creó un régimen de condicionalidad para que los comparecientes puedan mantener los beneficios recibidos.

En igual sentido, es frecuente que se otorguen perdones como parte de las celebraciones de ciertas fechas, como navidad o acción de gracias, o por solicitud de autoridades religiosas. Así, por ejemplo, en junio de 2000 el Papa solicitó a Italia que concediera una amnistía en el marco del Jubileo, en la que quedaban incluidos los condenados por el escándalo de corrupción política y financiera conocido como Tangentópili. Así mismo, como señala Correa Pedraza:

En agosto de 1968, con ocasión de la visita a Colombia del Papa Paulo VI y del Congreso Eucarístico Internacional, el Gobierno de Carlos Lleras concedió rebajas parciales de penas. Algo similar ocurriría en 1986 con motivo de la visita del Papa Juan Pablo II, siendo presidente de Colombia Belisario Betancur (Correa Peraza, 2014: 29).

Lo mismo ha sucedido en España con solicitudes de indulto presentadas por hermandades y cofradías por motivo de la Semana Santa o aprovechando distintas fiestas religiosas. En estos casos, a la ausencia de justificación para aplicar estas figuras, se suman enormes cuestionamientos de cara al carácter aconfesional de los Estados y de la justicia penal, pues se pone de presente el poder que aún conservan las entidades religiosas (Kobil, 1990)

También es frecuente encontrar justificaciones que no hacen referencia a la política criminal de los Estados o a la necesidad de conservar la estabilidad social. Dentro de ellos, resulta llamativo el caso del Gobernador de Oregón, EE.UU., Oswald West que indultó a una mujer afirmando que cuando la vio en la cárcel sintió tal malestar que prefirió dejarla libre. Del mismo modo, el fiscal general de los EE.UU, Harry M. Daugherty (1921-1924), recomendó que se indultara a una mujer condenada a pena de muerte, por el solo hecho de ser mujer y para evitar “el espectáculo de ver a una mujer ser ejecutada” (Dean Moore, 1997: 209).

Dentro de estos casos, la hipótesis que más rechazo genera es la de la “auto amnistía” o el “auto indulto”. Aunque antes de abandonar la presidencia de los Estados Unidos, en enero de 2021, el expresidente Donald Trump no otorgó perdones anticipados a sus hijos, ni a él mismo, sí perdonó a 73 personas y conmutó la sentencia de otras 70, todas cercanas a su persona y a su gobierno, y muchos relacionados con delitos de corrupción como uso ilícito de secretos empresariales o conspiración para violar las normas sobre lobby durante la campaña presidencial. Lo anterior, haciendo uso de la potestad que le otorga la constitución y sin motivación alguna, igual que ha sucedido en otros países. Más graves fueron las auto amnistías otorgadas en los países del cono sur luego de los periodos de dictadura, de las que se hablará más adelante.

Si bien es una figura que hoy en día genera rechazo, la amnistía ha sido una de las herramientas más frecuentes en las transiciones (de gobierno, de sistema político o de la guerra a la paz), porque, además de ser un mecanismo rápido, evita costos políticos y económicos presentes y futuros a los gobiernos. Por esto mismo, la amnistía (*de facto* (no investigación ni juicio sin necesidad de pronunciamiento sobre perdones), la autoamnistía o la amnistía en sentido amplio)

ha sido uno de los mecanismos más empleados por los gobiernos (Olsen, Payne & Reiter, 2016).

Por tanto, son muchas las voces que desde todos los sectores hacen un llamado para que, si este tipo de figuras se mantienen dentro de los ordenamientos, al menos se exija que se profieran a través de instrumentos motivados que justifiquen la concesión del indulto o la amnistía y con esto evitar usos indiscriminados y arbitrarios (Tilih, 2009: 14). En el mismo sentido, hay quienes consideran que cuando una persona condenada solicita un indulto y este no se le concede, al menos debería negársele mediante acto motivado. Dado que no existe en la mayoría de los Estados la obligación de contestar a la solicitud y, además no se ha fijado un término para conceder el indulto, es muy frecuente que se “espere por el momento oportuno” para conceder el indulto o la amnistía, que será aquel en el que la opinión pública haya olvidado la cuestión o esté concentrada en algún otro escándalo para que la decisión pase desapercibida. Por eso la discrecionalidad de los jefes de Estado debería limitarse a través de normas jurídicas que especifiquen cuales son y cuales no, buenas razones para conceder alguna de estas gracias (Dean Moore, 1997: 220). Lo anterior, porque “la ausencia, [...] de criterios taxativos para acordar el indulto convierten a esta institución en una puerta abierta a la arbitrariedad en su concesión o denegación” (Santana Vega, 2016: 64).

Con base en todo lo anterior, los retribucionistas contestarían que los perdones solo deben otorgarse a quienes los merezcan y por la única razón de que los merecen (Dean Moore, 1997: 211). Aun así, esto en la práctica resulta poco realizable, lo que lleva a preguntarse si la mejor solución sería su absoluta derogación de los ordenamientos jurídicos o, al menos, su extrema limitación. En muchos casos, las amnistías y los indultos han permitido la conservación del poder, la selección de cierto tipo de información y hasta el control de la memoria social, determinando el sentido que se le da a los hechos pasados (Gutiérrez Urresty, 2006: 406). En muchos otros, podrían existir mejores soluciones para los supuestos en los que se conceden las gracias, como la modificación de la ley penal o la decisión del juez de no aplicar la pena en respeto al principio de necesidad de la misma, lo que haría innecesaria la subsistencia de estas figuras.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS AMNISTÍAS E INDULTOS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

A diferencia de lo que sucede con el análisis de política criminal, es poco lo que hay que decir sobre los instrumentos internacionales que regulan la materia. Las normas internacionales que permiten la concesión de amnistías o indultos se encuentran principalmente vinculadas a circunstancias de conflicto armado o graves violaciones a los derechos humanos, muy relacionadas con los regímenes de transición. Eso sucede, por ejemplo, con el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 que hace referencia en el art. 6, numeral 5, a la concesión de la amnistía más amplia posible al finalizar un conflicto armado, como una herramienta para facilitar su finalización.

No obstante, es fundamental señalar que, aunque existen prohibiciones expresas con respecto a conceder este tipo de beneficios penales a quienes sean investigados o sancionados por la comisión de ciertos delitos, estas no incluyen los delitos de corrupción. Es decir, dentro del Derecho internacional existen instrumentos que hacen referencia a las amnistías y los indultos, por un lado, y otros que se refieren a la corrupción, pero la comunidad internacional no se ha posicionado en contra del uso de mecanismos premiales o gracias de cara a este último tipo de comportamientos punibles.

3.1. Ámbito universal

Como se afirmó en un apartado anterior, en materia de corrupción los dos instrumentos internacionales más relevantes son la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003) y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000). Ninguna de las dos hace referencia a la concesión de amnistías o indultos en el marco de la política criminal destinada a abordar los delitos de corrupción, por lo que se puede afirmar que no existe una prohibición al respecto.

No obstante, el art. 30 de la Convención de Mérida afirma, en el numeral 3, que:

Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.

En igual sentido, la Convención de Palermo en el art. 11, numeral 2, establece:

Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

Aunque la redacción de ninguno de los dos instrumentos hace referencia explícita al asunto, puede entenderse que la “máxima eficacia” no se garantiza cuando las penas no se cumplen, pues como se explicó, hay una expectativa de burlar el sistema penal que hace que este pierda por completo su función preventiva. Esto implicaría que, de manera tácita, las Convenciones estarían en contra de la aplicación de las amnistías y los indultos a favor de personas condenadas por delitos de corrupción.

Sin embargo, no existe ninguna norma internacional que expresamente prohíba acudir a fórmulas de perdón dentro de los Estados. El Derecho internacional no se opone a las amnistías y los indultos y, en algunos casos específicos, incentiva su aplicación. Así, como hemos visto, el art. 6, numeral 5, del Protocolo II adicional a las Convenciones de Ginebra fomenta la aplicación de esta clase de mecanismos para lograr superar los conflictos armados de carácter no internacional y alcanzar la paz. Por su parte, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece en el art. 6, numeral 4, que las personas condenadas a pena capital tienen derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena y que, tanto estos como la amnistía, podrán concederse en todos los casos.

La excepción se encuentra en el ámbito de los graves crímenes internacionales que constituyen atentados contra los derechos humanos y que regula el DIP. En esos casos sí puede sostenerse que existe una prohibición de conceder amnistías o indultos, como sucede, por ejemplo, con los arts. 4 y 5 de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, el art. 4 de la Convención sobre la Inaplicabilidad de la Prescripción a los Crímenes de Guerra y Crímenes Contra la Humanidad, y el art. 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

3.2. Ámbito regional

La situación en el ámbito regional no es muy distinta. Ninguna norma prohíbe expresamente o siquiera se refiere a la potestad con la que cuentan los Estados para conceder amnistías o indultos. Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 no menciona siquiera las figuras que se vienen comentando. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en su art. 4, numeral 6, relativo al derecho a la vida, que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán concederse en todos los casos.

3.3. Análisis comparado

A pesar de que lo reseñado llevaría a pensar que no existe una posición internacional con respecto a la posibilidad de otorgar amnistías o indultos por los delitos de corrupción, hay un aspecto que merece mencionarse. En realidad, no existe ninguna norma que expresamente le prohíba a los Estados amnistiar ciertos delitos. La imposibilidad de amnistiar delitos propios del DIP surge principalmente de la interpretación por la doctrina de los distintos instrumentos internacionales arriba mencionados, al entender que los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar este tipo de crímenes, a partir de los artículos mencionados. Esto, con base en que las normas referenciadas recogen: (a) la necesidad de que se apliquen sanciones efectivas frente a estos delitos, por un lado; y (b) una clara

política de lucha contra la impunidad que la comunidad internacional ha dejado plasmada en instrumentos como el Estatuto de Roma.

Siendo esto así, podría entenderse que el mismo análisis sería plausible a partir de las disposiciones de las Convenciones de Palermo y Mérida. Teniendo en cuenta que estos documentos también hacen referencia a la necesidad de que las sanciones penales sean eficaces y a su función preventiva, sería lógico pensar que las amnistías y los indultos contravienen ese propósito. Adicionalmente, es claro que, al igual que sucede con los crímenes internacionales, los delitos de corrupción, especialmente aquellos que están asociados con la criminalidad organizada transnacional afectan de manera grave la estabilidad de los Estados, la seguridad y los derechos de los ciudadanos y que es esa realidad la que ha llevado a que existan instrumentos internacionales y regionales en la materia. En consecuencia, podría llegarse a una interpretación similar y adoptar la misma postura de rechazo que se ha adoptado con respecto a la aplicación de las amnistías e indultos en relación con los crímenes internacionales más graves. Esto, con mayor razón si se tienen en cuenta las consideraciones iniciales con respecto a que la corrupción menoscaba significativamente los derechos humanos.

En esa línea, se ha planteado la necesidad de limitar la posibilidad de que los Estados concedan amnistías o indultos por estos delitos como un elemento más de la lucha contra la corrupción. Así lo propone el tercero de los doce puntos presentados por Transparencia Internacional España, en 2017, como medidas contra la corrupción. La postura de esta organización no parece irrazonable a la luz de lo expuesto hasta este momento.

4. REGULACIÓN DE LAS AMNISTÍAS E INDULTOS EN EL DERECHO COMPARADO NO LATINOAMERICANO

Una vez planteado el marco de referencia en el Derecho internacional, corresponde ahora verificar la situación en los tres Estados no latinoamericanos de referencia: España, Estados Unidos e Italia.

4.1. España

España ha vivido épocas complicadas con respecto al uso de los indultos. Esto, porque la opinión pública ha entendido en múltiples ocasiones que se ha abusado de esta potestad por parte del Gobierno, lo que ha generado desmoralización en los jueces y fiscales, especialmente en aquellos encargados de luchar en contra de la corrupción y la delincuencia económica. Un evento que ejemplifica bien este sentimiento es la firma del Manifiesto de 29 de noviembre de 2012 por parte de doscientos jueces aproximadamente “[c]ontra el indulto como fraude, en defensa de la independencia judicial y de la dignidad”. En el documento, los funcionarios se manifestaron en contra de dos indultos concedidos a cuatro condenados por el delito de tortura. A pesar de esto, la figura del indulto se utiliza en España con bastante frecuencia. De acuerdo con “el indultómetro” (<https://civio.es/el-indultometro/>) en 2021 se concedieron cincuenta y un indultos, mientras que en 2020 treinta. Así mismo, el gobierno de Mariano Rajoy concedió dieciséis perdones y entre 1996 y la actualidad se han concedido 231, muchos de estos a favor de condenados por delitos asociados a la corrupción.

De conformidad con el art. 62 de la Constitución española, el Rey, como jefe del Estado, concede los indultos totales o parciales, para lo cual deberá contar con un informe del Tribunal Supremo sobre la idoneidad de la medida, aunque este no es vinculante. El indulto es aprobado por decreto-ley y es publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sobre la posibilidad de conceder amnistías se ha discutido fuertemente, dado que ni la Constitución ni la ley penal hacen referencia a ellas (Santana Vega, 2016: 53). En cuanto a los límites que tiene esta figura es importante tener en cuenta que el art. 102 constitucional establece que no pueden ser indultados los miembros del Gobierno que cometan delitos de traición o contra la seguridad del Estado, salvo que la gracia sea planteada por un cuarto de los miembros del Congreso y se apruebe con mayoría absoluta.

Aun cuando los indultos se conceden a través de reales decretos publicados en el Boletín Oficial, no existen datos exactos y oficiales sobre el número y el alcance de los perdones concedidos, los delitos por los que se han otorgado o los criterios que fundamentaron la

decisión. “La única información sobre estos aspectos la ofrecen las ocasionales declaraciones de los ministros de justicia en sus comparecencias en las Cortes; pero, además de irregulares, son muy escasas” (Doval Pais, Blanco Cordero, Fernández-Pacheco, & Sandoval Coronado, 2012: 3).

A pesar de lo anterior, se sabe que la figura más utilizada es el indulto individual, dado que los generales se encuentran expresamente prohibidos por el art. 62, numeral 1, de la Constitución, probablemente porque tuvieron un uso frecuente durante el régimen del General Francisco Franco. Con respecto al indulto particular también es fundamental tener en cuenta que esta es la única forma de derecho de gracia que se encuentra establecida en el CP como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.4 C.P.E). A su turno, este está regulado por la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1 de 14 de enero de 1988.

A pesar de que el uso de los indultos pareciera indicar lo contrario, lo cierto es que el legislador, a través de la reforma al CP efectuada por la Ley Orgánica 01 de 2015, no excluyó la corrupción del ámbito de los delitos por los que se pueden conceder indultos. Esto, a pesar de que introdujo modificaciones en relación con los delitos que sancionan a los funcionarios públicos y las autoridades que cometen actos de corrupción, agravando las penas, y añadiendo nuevas tipicidades (Valle Mariscal de Gante, 2017: 1). En consecuencia, al no haber sido modificada la figura del indulto, nada impide que se sigan concediendo indultos particulares a quienes estén involucrados en la comisión de estas conductas.

4.2. *Estados Unidos*

Tal como sucede en España, en los EE.UU. las amnistías y los indultos (*pardons*) son instituciones utilizadas desde antaño. Dentro de sus usos se mencionan el hecho de que un Estado federado pueda perdonar un delito para entregarlo a otro Estado en el que el procesado haya cometido un crimen más grave, para facilitar la deportación o para evitar la pena capital (Dean Moore, 1997: 200). En este contexto, la Constitución, en el art. II, sección 2, clausula 1, otorga al presidente la potestad para entregar el perdón presidencial por los

delitos federales, exceptuando el proceso de destitución de funcionarios públicos. Los límites a este poder estarían impuestos porque el presidente no puede perdonar las responsabilidades civiles ni los delitos estatales, que serían competencia de los gobernadores de los Estados respectivos.

Adicionalmente, es indiscutible que se trata de un asunto puramente discrecional del poder ejecutivo, porque se considera que, al ser el presidente la máxima autoridad en lo relativo al bienestar público, es el más indicado para modificar la sentencia. Lo anterior no implica que no se hayan presentado casos que pudieran resultar cuestionables. Por ejemplo, el presidente Bill Clinton otorgó un total de 450 indultos, uno de los cuales fue otorgado a su propio hermano por delitos relacionados con estupefacientes, aunque había cumplido su sentencia. A su vez, el presidente Ronald Reagan otorgó 393 indultos y el presidente Jimmy Carter 534. Esto demuestra que los perdones en los EE.UU. son utilizados con frecuencia y que los presidentes suelen hacer uso de esa potestad, aunque es llamativo que la mayoría de ellos son concedidos en las últimas horas del gobierno.

Lo anterior no implica que la figura no se haya criticado dentro de los EE.UU. En la doctrina es frecuente encontrar críticas sobre el uso indiscriminado de los indultos y su referencia a ellos como actos de corrupción. Especialmente, han sido cuestionados aquellos perdones que se conceden para interferir con las investigaciones, principalmente cuando estas pueden afectar al presidente o a sus más cercanos colaboradores. De hecho, en la Convención Constituyente de 1787, George Manson expuso su preocupación con respecto al poder irrestricto que otorgaría la Constitución a los presidentes incluso para perdonarse a sí mismos (aunque esto nunca ha sucedido), pero esta preocupación no se tuvo en cuenta (Janovsky, 2019: 3). Esta figura del perdón que interrumpe la investigación sería más cercana a la amnistía, pero tiene de particular que puede proferirse a favor de un individuo.

La figura del indulto tiene dos características interesantes en los EE.UU. Un primer aspecto consiste en que el Congreso tiene la potestad de revisar las decisiones que en este sentido tome el presidente y lo ha hecho en ocasiones, aunque nunca ha revocado un perdón concedido. Por ejemplo, después de que el presidente Bush indulta-

ra a Caspar Weinberg, antiguo secretario de defensa vinculado con el escándalo de venta ilícita de armamento Irán-Contra, este fue citado por el Senado a testificar respecto de la gracia otorgada durante la tramitación de la Ley de Abogados Independientes. Así mismo, el Comité Judicial de la Cámara de Representantes investigó el indulto otorgado a Richard Nixon, por lo que llamó al presidente Ford a rendir testimonio. Igualmente, ambas Cámaras del Congreso investigaron los indultos otorgados por el presidente Clinton. No obstante, por cuestiones políticas, estas investigaciones nunca dieron resultados (Janovsky, 2019: 5).

El segundo elemento distintivo es que, en el caso de los EE.UU, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que la potestad presidencial incluye otorgar perdones totales o condicionados, conmutar las sentencias de manera absoluta o condicionada, perdonar las multas, otorgar amnistías o posponer la ejecución de la sentencia (Ruckman, 1997: 259). Esto resulta interesante porque, por lo general, las amnistías y los indultos no se otorgan de manera condicionada, sino que al ser una gracia se conceden por la mera disposición presidencial. Aún a pesar de la amplitud de los poderes reseñados, los presidentes de los EE. UU. han sido renuentes a conceder perdones antes de que se haya proferido sentencia o a concederlos de manera condicionada. Además, treinta y dos Estados tienen prohibiciones en sus constituciones estatales que prohíben a los gobernadores otorgar perdones antes de que se emita una sentencia condenatoria, aunque se han dado algunas excepciones (Dean Moore, 1997: 219).

4.3. Italia

En Italia, al igual que sucede en los otros países, la amnistía constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal, mientras que el indulto una causa de extinción de la pena. En ambos casos, se trata de disposiciones generales, con efecto retroactivo que se contraponen a “la gracia” (*potere di grazia*), que tiene efectos individuales y sería el equivalente al indulto individual español. Para su otorgamiento se requiere una ley aprobada por mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara del Parlamento, de acuerdo con el art. 79, inciso 1, de la Constitución. Sin embargo, hasta 1992 las amnistías

y los indultos eran otorgados por el presidente de la República, luego de que fuera delegado para ello por el Parlamento.

Adicionalmente, de acuerdo con el art. 151 del CP, la amnistía no solamente extingue el delito, sino que elimina tanto la pena principal como las penas accesorias. Además, contra de las decisiones parlamentarias que rechazan el indulto, pueden iniciarse procedimientos por la vía de lo contencioso administrativo, lo que ha causado gran indignación pues se afirma que termina convirtiéndose en “una cuarta instancia del proceso penal, conducida por autoridad no jurisdiccional, con criterios absolutamente discrecionales y sin ninguna garantía formal reconocida al sujeto solicitante” (Santana Vega, 2016: 68). Aun así, la reforma llevada a cabo mediante la Ley Constitucional 01 de 6 de marzo de 1992, que aumentó los votos necesarios para aprobar las amnistías e indultos en el Parlamento, tuvo el efecto de que disminuyera su concesión. Mientras que entre 1948 y 1992 hubo más de 40 medidas legislativas de clemencia, luego de 1992 solamente se promulgó la Ley n° 241 de 2006 que pretendió hacer frente a un grave caso de hacinamiento carcelario.

De acuerdo con Radi, la amnistía y los indultos se han utilizado en Italia como un mecanismo para descongestionar el sistema judicial penal y las cárceles en donde se han presentado graves casos de hacinamiento. Sin embargo, se han dado casos en los que las amnistías se han utilizado para solucionar conflictos sociales, como sucedió con las medidas adoptadas en 1968 y 1970 (Radi, 2021). Por su parte, conforme al art. 681 del Código de Procedimiento Penal, el presidente Mattarella concedió 26 medidas individuales de clemencia entre el 3 de febrero de 2015 y el 20 de mayo de 2021, entre los que se encuentran conmutaciones de la pena e indultos.

Ahora bien, el 24 de julio de 2021 se presentó al Parlamento un proyecto de ley para reformar la justicia, incentivada por el hecho de que, según datos del Ministerio de Justicia, había por lo menos 1,6 millones de procesos pendientes al 31 de marzo de 2020. En él se pretendían incluir reformas a las instituciones de la amnistía y el indulto por considerarlas instrumentos importantes para el ejercicio de la política criminal porque ayudan a mantener el equilibrio en el sistema, siempre y cuando se establezcan límites destinados a evitar que se abuse de ellos (Radi, 2021).

4.4. *Análisis comparado*

Lo relatado hasta este punto permite extraer dos conclusiones importantes de cara a las propuestas con las que se concluirá este capítulo. En primer lugar, es evidente que las amnistías y los indultos son instituciones antiquísimas que se han utilizado de formas muy diversas en los distintos ordenamientos y con distintos objetivos. En todo caso, en todos ellos son esencialmente discrecionales, incluyen figuras que extinguen la responsabilidad penal y la pena y pueden ser generales o particulares. Además, responden a necesidades político-criminales de los ordenamientos jurídicos y se pueden encontrar vínculos con delitos de corrupción y casos en los que los indultos se han utilizado para afrontar esas conductas.

Sin embargo, y, en segundo lugar, en todos los sistemas se han dado abusos de estas figuras para beneficiar a quienes son cercanos al poder, especialmente por casos de corrupción. En estos asuntos, como lo demuestra el indulto del Presidente Nixon en los EE.UU, el caso Tangentópili en Italia o los dieciséis indultos por delitos de corrupción que, según Civio, fueron concedidos por el Presidente Mariano Rajoy en España, se han dado abusos de poder. Esto ha generado inconformidad en la opinión pública que considera que la concesión de las gracias constituye una forma de corrupción en sí misma: un ejercicio arbitrario del poder para beneficiar que unos pocos puedan burlar el sistema penal. En ese sentido, todas las reformas que se propongan con el objetivo de limitar el uso de estas figuras y de evitar que sean utilizadas para beneficio personal será bienvenida.

4.5. *Regulación de las amnistías e indultos en los países latinoamericanos*

Para analizar la regulación latinoamericana de las amnistías y los indultos respecto de la corrupción, se debe tener en cuenta que se ha dicho que el fenómeno está arraigado a “la tradición histórica” de la región y se ha considerado como un mal necesario tolerado para el desarrollo económico de mandatos, por supuesto, corruptos. Así, centro y Suramérica han registrado altos índices de corrupción por el abuso de poder con el fin de obtener provecho individual (López-López, *et. al*, 2016). Un concepto reiterado por los autores en la ma-

teria es cómo la corrupción se ha llegado a convertir en una práctica cultural en la región debido a “otros factores tales como la tradición jurídica, la religión dominante, el modelo colonizador y la fragmentación étnica, cultural o lingüística” (López-López, *et al*, 2016: 180).

En consecuencia, cuando la corrupción es un elemento estructural del sistema, quienes son procesados por los delitos relacionados con estas prácticas alegan que se trata de una persecución política. Y si bien, en algunos casos así sucede, esto no implica que no haya un importante número de procesados que en efecto son responsables por delitos de corrupción (Goertzel, 2005). Sin embargo, a pesar de que el fenómeno pueda considerarse cultural o tradicionalmente parte de Latinoamérica, el control sobre este depende en gran medida de cada sistema jurídico. En consecuencia, si dichos sistemas son débiles aumentan las probabilidades de que se generen actos de corrupción dada la falta de certeza de que los responsables vayan a ser sancionados (Alonso & Mulas-Granados, 2011).

Ahora bien, es importante mencionar que las leyes de amnistías e indultos en la región han estado marcadas por largos periodos de violencia en las décadas de los setenta y los ochenta, o se han producido como “resultado del terrorismo de Estado” (Norris, 1992). Esto por cuanto este tipo de leyes han constituido verdaderas “leyes de impunidad” y han tenido una abundante producción para prevenir el castigo a los funcionarios gubernamentales involucrados en graves violaciones a los derechos humanos. Dentro de ellas pueden mencionarse varios casos de amnistías y auto amnistías otorgadas por gobiernos militares: Chile en 1979, Brasil 1979, Honduras, 1981-1991, Guatemala, 1982-1987, Argentina 1983-1990, Uruguay 1983-1990, El Salvador 1987, Nicaragua 1987-1990 y Surinam 1989 (Norris, 1992).

A continuación, se hará una breve mención de la regulación de las amnistías e indultos respecto de la corrupción en algunos países de América Latina.

4.5.1. Argentina

La dictadura militar que gobernó Argentina de 1976 a 1983, no solo ejecutó graves violaciones a los Derechos Humanos, sino que

también permitió la múltiple concesión de indultos y amnistías frente a militares y funcionarios de seguridad procesados o acusados por delitos de lesa humanidad, bajo el argumento de buscar la paz (Cantón, 2007). Lo anterior, tras la promulgación en 1983 por parte del gobierno militar, de la ley de autoamnistía 22.924, mejor conocida como Ley de Pacificación Nacional. A pesar de su aparente propósito, esta ley generó una enorme tensión social:

[...] nadie esperaba que 24 horas después de la marcha de resistencia de las Madres de la Plaza de Mayo en demanda de sus deudos, el Gobierno otorgara su dudoso perdón a los responsables en última instancia de la desaparición de un número de ciudadanos estimado en 30.000 (Prieto, 1983).

Sin embargo, esta ley fue considerada nula y por ellos se celebraron en 1984 y 1985 los Juicios de las Juntas Argentinas (Stella, M. E, 2015). Luego, tras las sentencias de estos juicios, se aprobaron en 1986 las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Pero fueron muchas las voces que se alzaron en contra de la concesión de estas gracias, hasta que en 2001 consiguieron que fueran anuladas por el juez federal argentino Gabriel Cavallo que declaró la invalidez, inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final que habían permitido dejar en la impunidad los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura argentina (Cantón, 2007: 1).

Con la misma convicción, en el 2007, la Corte Suprema de Argentina anuló aquellos indultos otorgados por el presidente Carlos Menem, durante 1989 y 1999 por tratarse de beneficios inconstitucionales (Corte Suprema de Argentina, Sentencia del 13 de julio de 2007. Otros casos similares: “Mazzeo” Fallos 330 y 3248 y “Videla” Fallos: 333 y 1657).

Respondiendo a la historia argentina con respecto a las amnistías, la Constitución Nacional vigente en Argentina, modificada por última vez en 1994, le otorga en el art. 99 numeral 5, al poder ejecutivo en cabeza del presidente, la potestad de indultar o conmutar penas bajo las siguientes condiciones: (a) que se trate de delitos sujetos a la jurisdicción federal, (b) que el tribunal correspondiente emita un informe al respecto y (c) que la Cámara de Diputados no sea el ente acusador.

Por su parte, el CP argentino, en el art. 61 establece que “la amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares”. Por su parte, el art. 68 prevé en relación con el indulto que “[...] extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares”. Así, siguiendo las líneas planteadas en apartados anteriores, el régimen argentino permite extinguir tanto la acción penal, como las penas, sin prever en términos generales límites para la concesión de las gracias. Esto ha implicado que las figuras deban ser limitadas por los jueces, a partir de la incorporación de las normas sobre derechos humanos (Taglianetti, 2019).

Ahora, en particular respecto a los delitos de corrupción, en Argentina se ha discutido la posibilidad de otorgar amnistías en dos momentos. Primero, en marzo de 2018 se presentó el proyecto de ley 0478-D-2018 mediante el cual se proponía la prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas incluyendo cambios respecto a la imprescriptibilidad de la acción penal, en los delitos de corrupción. Expresamente el art. 3º del proyecto de ley establecía lo siguiente:

Prohibición de indulto, amnistías o conmutación de pena en delitos de corrupción: Las penas o procesos penales sobre delitos cometidos en contra de la Administración Pública previstos en los capítulos VI (Cohecho y tráfico de influencias), VII (Malversación de caudales públicos), VIII (Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas), IX (Exacciones ilegales), IX bis (Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados) y XIII (Encubrimiento) del título XI del Libro Segundo del Código Penal; no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga. Aunque se haya dictado con fecha anterior a la promulgación de esta ley (Diputados de Argentina, 2018).

En segundo lugar, en enero de 2021, después de que el exjefe de la Corte Suprema de Justicia, Eugenio Zaffaroni propusiera el indulto como alternativa para los dirigentes kirchneristas condenados por delitos de corrupción, tanto el Congreso argentino como el presidente descartaron la posibilidad de amnistiar y de otorgar indultos, respectivamente. Autores de otras iniciativas legislativas presentadas sobre la materia aclararon que la prohibición de indultos y amnistías se fundamenta en la necesidad de que las conductas no queden en la impunidad. Así, como subraya Serna (2021), “[l]a corrupción es una

grave violación a los derechos humanos y como tal no deben existir obstáculos normativos ni de ninguna índole que impidan que los responsables sean juzgados” (Serra, 2021).

4.5.2. Brasil

En Brasil la materia está regulada por la ley de amnistías 6.683 de 1979 que fue implementada principalmente para delitos políticos, comunes conexos, electorales, respecto de personas con derechos electorales suspendidos y para funcionarios públicos previamente castigados por Actos Institucionales (Norris, 1992). Por su parte, la Carta Política vigente desde 1988, permite diferentes tipos de beneficios. En materia de indultos, el numeral 42 del art. 5, en que se establece la igualdad como uno de los derechos y deberes individuales y colectivos establece que legalmente se considerarán como delitos no susceptibles de indulto o amnistía, los siguientes: “la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes, respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran” (Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988). Asimismo, el art. 84, numeral 12, faculta al Presidente de la República para “conceder indultos y conmutar penas, con audiencia, si fuese necesario, de los órganos instituidos en la ley” (Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988).

En cuanto a la concesión de amnistías, la Constitución indica que: (a) la Unión, integrada por los territorios federales, puede conceder amnistías (art. 21); (b) pueden también ser concedidas por el Congreso Nacional (art. 48, numeral 8); y (c) en materia presupuestal, según el art. 165, numeral 6 indica que “[e]l proyecto de ley presupuestaria irá acompañado de un informe regionalizado del efecto, sobre ingresos y gastos, de exenciones, amnistías, condonaciones, subsidios y beneficios de naturaleza financiera, tributaria y crediticia” (Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988).

Al igual que en el caso argentino, el uso de las amnistías y los indultos ha sido un tema discutido principalmente en el marco de los crímenes graves. En 2010, el Supremo Tribunal Federal de Brasil se abstuvo de revisar la Ley de Amnistías promulgada en 1979 que

evitó juzgar a los militares que actuaron entre 1964 y 1985. Esto, en oposición a la solicitud presentada por la Orden de Abogados de Brasil que pedía la reinterpretación de la ley para poder realizar los correspondientes juicios. Dicha ley, afectó a 4.500 presos políticos, excluyó a 300 personas vinculadas con conductas terroristas y benefició a los principales líderes de la oposición clandestina brasileña que se encontraban presos o exiliados (Smink, 2010).

Paralelo a lo anterior, en materia de corrupción se han presentado algunos casos que vale la pena mencionar. En 1990, Fernando Collor de Mello fue elegido como dirigente porque expresamente estaba en contra de la corrupción. Sin embargo, su tesorero de campaña tenía un esquema elaborado para realizar tratos financieros ilegales con empresas privadas (Skidmore, 1999). Paradójicamente, Collor estableció mecanismos para prevenir la corrupción mientras aceptaba dinero de particulares y cometía tráfico de influencias. En otras palabras, mientras públicamente condenaba la corrupción, llevaba a cabo actos de corrupción para beneficio personal, por lo que fue sometido a un juicio político por corrupción y posteriormente absuelto por el Tribunal Supremo Federal de Brasil por ausencia de pruebas que demostraran que estaba involucrado en la comisión del delito (Goertzel, 2005). Algunos años después, el expresidente fue denunciado por el fiscal Rodrigo Janot por estar involucrado en el escándalo de corrupción del Caso Petrobras, resultado de la Operación Lava Jato (Benitez, 2015).

Adicionalmente, se han otorgado varios tipos de indultos en Brasil. Primero, a bancos privados (Xavier, 2017), luego en materia de deudas fiscales a contribuyentes (Fernandes, 2019) y recientemente para condonación estudiantil (Soares & Mões, 2022). Además, en febrero de 2019 el Gobierno expidió un decreto para indultar presos que padeciesen enfermedades graves permanentes. Estos beneficios se excepcionaron en casos de condenas por delitos de corrupción, crímenes de tortura y tráfico de drogas, graves casos de violencia, personas con vínculos con organizaciones criminales, terrorismo, violación y acoso sexual (Carranza Jiménez, 2019). En el mismo sentido, en diciembre de 2019 y en 2020 el presidente Jair Bolsonaro otorgó indultos a policías y militares que hubieran cometido homicidios en ejercicio de sus funciones, a través de un decreto general.

La figura exige que los abogados de los posibles beneficiados acudan ante los jueces para que decidan el asunto caso a caso (Diario Oficial de Brasil, 25 de diciembre de 2020).

A pesar de los esfuerzos, la inaplicabilidad de las penas por delitos de corrupción sigue siendo una realidad en el Brasil y en este tipo de crímenes hay un gran margen de impunidad. Por ejemplo, en las investigaciones por los casos de Odebrecht y Petrobras se implementaron mecanismos de terminación anticipada del proceso penal y cooperación internacional con el fin de desestructurar las organizaciones de crimen transnacional involucradas, lo que, a pesar de tener un claro propósito, ha impedido que estas personas cumplan con la sanción penal. Es claro que no se trata de la misma figura, pero el efecto es similar al de las amnistías y los indultos, especialmente cuando estas se conceden de manera condicionada.

4.5.3. Chile

El caso chileno es similar al argentino en la medida en la que ambos Estados comparten una historia de dictadura. En 1978, durante el régimen de Augusto Pinochet, se promulgó la Ley de Amnistía que pretendía “proteger del procesamiento judicial a aquellas personas sospechosas de haber cometido violaciones de derechos humanos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978” (Amnistía Internacional, 2015). En 1998, la Corte Suprema de Chile resolvió que esta no debía aplicarse en casos de graves violaciones de los derechos humanos, lo que ha permitido el avance de numerosas investigaciones por estos hechos e, incluso, que se hayan proferido condenas.

Actualmente, la Constitución chilena no se pronuncia de forma expresa sobre alguna consideración o definición respecto de las amnistías e indultos. Sin embargo, (Soto & Vásquez, 2021: 7) identifican que de la regulación general se puede concluir que mientras la amnistía y el indulto general son materias de ley (Constitución Política de Chile, art. 63, N° 16), el indulto particular es una atribución especial del presidente de la República (Constitución Política, art. 32, N° 14”).

Por tanto, es en la ley penal en donde el tema encuentra su máximo desarrollo. Tanto la amnistía como el indulto tienen como consecuencia jurídica la extinción de la responsabilidad penal de acuerdo con el art. 93 del CP. Por su parte, el indulto se ha identificado como una institución controversial entre otras razones porque “se ha tendido a reconocer la posibilidad de que éste opere no solo para condenados sino también para procesados” (Soto & Vásquez, 2021: 9). Así mismo, es importante tener en cuenta que las amnistías son muy amplias como causal de extinción de la responsabilidad penal, pues no solo eliminan la responsabilidad penal, sino que también eliminan “la calidad de condenado de su beneficiario para efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento, de aquellos derechos de que haya sido privado por penas” (Ogas Cabrera & Soto Nilo, 2007: 22).

Actualmente, la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos permite solicitar “la remisión, reducción o conmutación de una pena que se haya impuesto mediante sentencia firme y ejecutoriada. Esto es una atribución especial y discrecional del presidente de la República, delegada en el ministro de Justicia y Derechos Humanos” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022). Este beneficio está dirigido a personas naturales cuya condena se encuentre ejecutoriada y que no hayan sido procesados por conductas terroristas. El marco legal para lo anterior se establece en la Ley 18.959 que fija los criterios para conceder indultos, promulgada en 1981 pero modificada en 2011 mediante la Ley 20.507, y el Decreto 1542 de 1999 que reglamenta la solicitud de indultos. Cabe resaltar que ninguna de estas normas prohíbe o limita el hecho de que estas figuras puedan aplicarse a casos de corrupción.

4.5.4. México

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, establece como una de las facultades y obligaciones del presidente, descritas en el art. 89, “conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales”. Sin embargo, esta facultad está limitada por el art. 111 de la misma Constitución que establece que si los funcionarios públicos son encontrados culpables de cometer delitos en ejercicio de su cargo no podrá con-

cedérseles la gracia de indulto. Esta norma resulta muy interesante en la medida en la que México es el único de los Estados analizados que tiene dentro de su ordenamiento constitucional la prohibición de que se concedan indultos por delitos de corrupción pública. Por su parte, el CP federal en el art. 94 establece que los indultos no pueden concederse sino respecto de la sanción impuesta por sentencia condenatoria⁴.

Así mismo, en el 2019, el Senado de los Estados Unidos Mexicanos aprobó la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, incluyendo como uno de sus objetivos erradicar la corrupción pública para “resolver exitosamente los fenómenos de delincuencia, la delincuencia común y la delincuencia organizada” (Diario Oficial de la Federación, 2019). Lo anterior, dado que el Legislador reconoció que la impunidad en materia de corrupción iba en contravía de cualquier esfuerzo estatal por combatir la criminalidad. Dicha estrategia trató de incentivar a las personas dedicadas a la criminalidad organizada para que abandonaran sus actividades criminales. Al respecto, llama la atención la inclusión de una evaluación sobre la procedencia o no de una amnistía o indulto:

A la luz de las lógicas de pacificación, deben ser revisados los expedientes de los acusados y sentenciados en el marco de las estrategias de seguridad de los gobiernos anteriores, a fin de determinar si sus casos pueden ser objeto de amnistía o indulto, condicionado al cumplimiento de los cuatro ejes de la justicia transicional: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición” (Diario Oficial de la Federación, 2019).

De la norma anterior hay dos elementos que resultan relevantes. El primero es el uso del término “justicia transicional” y la referencia a algunos de sus componentes como un mecanismo para enfrentar la criminalidad organizada transnacional. La segunda, es que, aunque no hay una referencia explícita a la corrupción, cabría preguntarse si la revisión de expedientes de acusados y sentenciados para determinar si pueden ser objeto de amnistía o indulto procede también

⁴ CP federal de México: “Art. 94: El indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable”

respecto de estos casos, teniendo en cuenta que el legislador mexicano enfatiza su interés por erradicar las prácticas corruptas.

Con el mismo propósito, el 23 de abril de 2020 entró en vigor la Ley de Amnistía presentada por el presidente Andrés Manuel López Obrador. Según el mandatario, la finalidad de la ley era otorgar libertad a personas que fueron encarceladas injustamente como consecuencia de excesos del sistema penal, que no fueran reincidentes, y contribuir a la paz y reconciliación del país (Infobae, 2021). Sin embargo, esta amnistía está limitada a los delitos de aborto, homicidio por razón del parentesco, hurto simple sin violencia, sedición y delitos contra la salud. Así mismo, están incluidos quienes hayan cometido el delito en situación de pobreza o extrema vulnerabilidad, quien pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, o personas consumidoras de sustancias estupefacientes (Cámara de Diputadas del Honorable Congreso de la Unión, 2020).

4.5.5. Perú

El 15 de junio de 1995 fue una fecha trascendente para el Perú, porque ese día se publicó por parte del Congreso Constituyente, la Ley No. 26.479 que otorgó:

[...] amnistía general a los militares, policías o civiles que se encuentran denunciados, procesados o condenados, en el fuero común y en el fuero privativo, por cualquier hecho que se vinculase con la lucha contra el terrorismo, ya sea que se hubiese cometido de manera individual o por grupos paramilitares, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995 (Landa Arroyo, 2022: 66).

Dicha Ley generó una enorme polémica pues para la población, se trató de una ley de impunidad. Lo anterior, a pesar de que el Congreso alegara que su motivación era la reconstrucción y el perdón nacional.

Por su parte, la Constitución Política del Perú, promulgada en 1993, hace referencia tanto a los indultos como a las amnistías. Respecto de los primeros, el art. 118 numeral 21 establece como una de las funciones del presidente “Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción

haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”. Más adelante, en el numeral 13 art. 139 se aclara, como un principio de la administración de justicia que tanto los indultos como las amnistías producen efectos de cosa juzgada. Adicionalmente, el art. 102 de la Constitución otorga al Congreso la posibilidad de ejercer el derecho de amnistía.

Adicionalmente, también se han dado casos en los que las amnistías y los indultos han estado vinculados con casos de corrupción. Por ejemplo, el jefe de inteligencia del ex presidente del Perú Alberto Fujimori, Vladimiro Lenin fue visto realizando públicamente negocios ilícitos. Sin embargo, socialmente su comportamiento se toleró “mientras la economía y la guerra contra Sendero Luminoso fueran bien” (Goertzel, 2005: 79).

Ahora, si bien es cierto que en el Perú la corrupción puede rastrearse históricamente, a partir del 2000 la ciudadanía empezó a cobrar consciencia sobre el fenómeno al ser uno de los mayores problemas del país, tan solo precedido por la inseguridad (Chaparro, Espinosa, & Páez, 2021: 786). Explican los autores que este cambio se ha generado por la visibilidad que han cobrado los actos de corrupción, como, por ejemplo:

[la] serie de denuncias, con alta cobertura en medios, que han implicado a diversos funcionarios de gobiernos locales y regionales pero que además han terminado involucrando a políticos, empresarios, e inclusive, a cinco de los últimos presidentes (casi todos los que gobernaron desde 1990 hasta el 2016) en investigaciones, juicios o condenas vinculados a diversos hechos de corrupción (Chaparro, Espinosa, & Páez, 2021: 787).

En materia de amnistías e indultos por corrupción en el Perú, no puede dejar de mencionarse el caso del indulto otorgado al reconocido empresario José Enrique Crousillat quien había sido condenado en 2006 por delitos de corrupción, tras haber recibido recursos públicos para apoyar la reelección presidencial de Fujimori a través de su canal de televisión (Ramírez, 2010).

En diciembre de 2009, el presidente Alan García, debido al estado de salud del empresario, lo indultó argumentando que se trataba de razones humanitarias. No obstante, luego de recibir el beneficio, la Resolución Suprema N° 056-2010-JUS anuló el indulto pues, no solo

se había desvirtuado la causa humanitaria que había sido considerada para su otorgamiento, ya que Crousillat se encontraba en buenas condiciones de salud, sino que también se identificaron vicios en el otorgamiento del indulto como lo concluyó el Quincuagésimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia y posteriormente la Cuarta Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia (Tribunal Constitucional del Perú, 2011).

En 2020, a propósito de la pandemia por el Covid-19, el gobierno peruano decretó, como medida excepcional y temporal, el otorgamiento de “indultos comunes y humanitarios a presos para evitar el contagio del coronavirus en los penales, cuya población es más del doble de su capacidad” (Aquino, 2020). En otras palabras, se trató de la concesión de indultos por razones humanitarias, principalmente, relacionadas con la salud individual y pública.

4.5.6. Análisis comparado

Lo dicho hasta aquí permite adelantar tres conclusiones. La primera de ellas es que las amnistías y los indultos en América latina han sido concedidas por motivos muy diversos, a diferencia de lo que sucede en los sistemas que se analizaron en el acápite anterior. A estas figuras se acude por motivos humanitarios, como el caso de la pandemia por COVID-19 en el Perú, o para lidiar con el hacinamiento carcelario o para enfrentar casos de criminalidad organizada como sucedió en México. Se trata de figuras que, en todos los casos, se utilizan con mediana frecuencia y encuentran regulación constitucional y legal.

En segundo lugar, las amnistías y los indultos en Latinoamérica han estado ligadas a los contextos de violencia masiva como las dictaduras en Chile y Argentina, la llamada lucha contra el terrorismo en Perú y la criminalidad organizada transnacional en México. Esto implica que, en todos los casos, se han entendido como medidas de transición, que permiten superar estos periodos de desestabilidad social. A diferencia del caso español o de lo que ha sucedido en los Estados Unidos, son muy pocos los casos en los que el uso de estos instrumentos se ha vinculado a los delitos de corrupción. Dados los contextos de dictadura y conflicto que han predominado en el con-

tinente, las amnistías y los indultos se han utilizado más para superarlos, que para beneficiar a quienes han sido corruptos. Sin embargo, esto no implica que no se hayan dado casos en los que se hayan utilizado para tratar de beneficiar a unos pocos y lejos del objetivo altruista de superar situaciones excepcionales de extrema violencia.

No obstante, en tercer lugar, su uso se ha visto fuertemente limitado por la protección de los derechos humanos y los derechos de las víctimas de los crímenes más graves que han sido garantizados por las cortes. Han sido los jueces los encargados de impedir que las amnistías sean utilizadas para dejar en la impunidad los graves crímenes cometidos en los contextos de extrema violencia que se mencionaron. Como sucedió en el caso argentino, por ejemplo, el límite a la concesión de gracias ha sido impuesto por la obligación de juzgar y sancionar los más graves crímenes y de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia.

En los casos de corrupción, aunque hay ejemplos de amnistías concedidas por estos hechos (habiendo sido algunas revocadas), lo que ha resultado determinante es la indignación social que entiende el otorgamiento de las gracias como un hecho de impunidad. Igual que sucede en los países del hemisferio norte, la concesión de amnistías e indultos a favor de quienes han cometido delitos relacionados con la corrupción se entiende como un acto de abuso de poder a favor de quienes tienen la capacidad de burlar el sistema penal. La opinión pública considera que el solo otorgamiento de gracias es un acto de corrupción injustificable. En consecuencia, no parece que haya argumentos a favor de su uso.

5. REGULACIÓN DE LAS AMNISTÍAS E INDULTOS EN COLOMBIA

5.1. Desarrollo legislativo

Igual que en el resto de los países de América Latina, la corrupción en Colombia no es un tema menor. La percepción de la población es que Colombia es un país extremadamente corrupto, dividido y con un Estado ineficiente cuyas instituciones generan poca con-

fianza. Adicionalmente, la corrupción se puede encontrar incluso en las acciones de los ciudadanos comunes que en muchas ocasiones conviven con ella de manera natural:

Particularmente en Colombia, el 81% de las personas consideran que los partidos políticos son muy corruptos, el 79% dicen que el Parlamento y los legisladores son extremadamente corruptos, y el 70% piensan que los funcionarios y servidores públicos son también extremadamente corruptos. Solamente el 37% de los colombianos opinan que las instituciones educativas, religiosas y los medios de comunicación son muy corruptos (López-López, *et al.*, 2016: 181).

Más allá de la percepción, la presencia de la corrupción en Colombia es latente por el enorme número de hechos que pueden encontrarse. Dentro de sus formas se encuentran los cohechos a funcionarios públicos, desde policías de tránsito hasta magistrados, la entrega de información privilegiada para conseguir contratos, el acceso a apoyos gubernamentales que deberían estar destinados específicamente a ciertos sectores de la población, entre otros. Dentro de los casos que pueden mencionarse, a modo de ejemplo, se encuentra el desvío de recursos económicos que estaban dirigidos a apoyar campesinos, para favorecer a un grupo de latifundistas, conocido como el programa Agro Ingreso Seguro. También, tiene amplia recordación el llamado “Carrusel de la contratación”, ocurrido en relación con la contratación pública en Bogotá, durante 2010.

Es importante hacer referencia al contexto de conflicto armado en el que se ha desarrollado casi toda la historia del país. A diferencia de lo que pasa en otros países, el uso de las amnistías y los indultos en Colombia ha estado en buena medida relacionado con los delitos políticos y el intento de superar el conflicto y alcanzar la paz. Durante el siglo XX se otorgaron en promedio este tipo de indultos cada 11 años y de amnistías cada 7 años (Gutiérrez Urresty, 2006: 397), todos ellos con el propósito de que cesara la violencia política en el territorio nacional. En ese contexto las amnistías y los indultos en el país tienen un importante fundamento político y siempre se ha entendido que solo proceden por los delitos de esta naturaleza.

En consecuencia, las amnistías y los indultos se entienden como mecanismos excepcionales de transición a través de los cuales el Estado colombiano ha tratado de finalizar procesos de conflicto armado

y transitar hacia formas pacíficas de convivencia (Gutiérrez Urresty, 2006: 389). A pesar de su supuesto carácter excepcional, el hecho de que esta haya sido una práctica reiterada en Colombia ha tenido un impacto determinante en la manera en la que la opinión las percibe, por lo que su uso no es un tema pacífico. Por un lado, se entienden como mecanismos para garantizar la impunidad, debido a que a través de los mismos se renuncia al castigo de crímenes graves. Por otro lado, se ha desarrollado un imaginario del delito político como un delito privilegiado, motivado por una convicción altruista sobre la manera en la que debe conducirse el Estado (Marquardt, 2016: 52).

Dentro de las veces que se han concedido amnistías o indultos en Colombia cabe mencionar la amnistía concedida por el presidente Alberto Lleras Camargo, primer presidente liberal del llamado “Frente Nacional”, para invitar a la desmovilización a los grupos armados y que fue aplicada a quienes habían participado en los actos de violencia bipartidista. En 1982 Belisario Betancur propuso una amnistía que comprendía todos los delitos conexos con los delitos políticos, excepto aquellos cometidos por fuera de combate o con indefensión de la víctima. Por último, es importante tener en cuenta la amnistía otorgada a los miembros del M-19 que les ha permitido a algunos de sus miembros llegar al Congreso de la República y a algunas alcaldías, e incluso a la presidencia de la República (Reyes Alvarado, 2005).

Hasta 2016 y la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante AFP) entre las antiguas FARC-EP y el Gobierno colombiano, la ley que regía el asunto de los indultos y las amnistías era la Ley 418 de 26 de diciembre de 1997 “[p]or la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. De acuerdo con el art. 50 de dicha ley, modificada por el art. 11 de la Ley 1421 de 2010:

El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio del indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político, cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelanta un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reintegrarse a la vida civil.

También podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reintegrarse a la vida civil.

No se aplicarán los beneficios jurídicos dispuestos en este título y los socioeconómicos que en el marco del proceso de reintegración establezca el Gobierno Nacional, a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados, por el Estado colombiano. Estas personas podrán acogerse al régimen transicional consagrado en la Ley 975 de 2005 y demás normas complementarias o acudir a la jurisdicción ordinaria para recibir los beneficios jurídicos ordinarios por confesión y colaboración con la justicia.

Producto de la firma del AFP se promulgó la Ley 1820 de 2016 que regula el alcance, competencias y requisitos para acceder al beneficio de la amnistía. En ella se señala que los requisitos para el otorgamiento de estos beneficios responden a los factores de competencia personal, temporal y material. Así, solo podrán beneficiarse de la amnistía: (a) los miembros de la antigua guerrilla de las FARC-EP o de las organizaciones que hayan firmado un acuerdo de paz con el Estado colombiano y estén debidamente acreditados como tales (criterio personal); (b) que hayan cometido delitos con nexo directo o indirecto con el conflicto armado (criterio material); y (c) por conductas que se hayan cometido antes del 1 de diciembre de 2016 (criterio temporal).

Adicionalmente, se estipularon las conductas por las cuales los comparecientes no pueden ser sujetos de este beneficio (parágrafo del art. 23 y art. 46). De igual manera, la Ley 1820 de 2016 debe interpretarse en congruencia con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1957 de 2019, así como con los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la materia, tales como las sentencias C-674 de 2017, C-007 de 2018 y C-080 de 2018. Por tanto, debe diferenciarse la amnistía de sala, que puede otorgarse por algunos delitos luego de que se haya establecido su conexidad con los delitos políticos y el conflicto armado habiendo analizado el caso concreto (con una naturaleza similar al indulto particular); y la amnistía *de iure*, que, de acuerdo con la Ley 1820 de 2016, es la que debe conce-

derse por los delitos políticos y conexos. En ese marco, se incorporaron al ordenamiento jurídico dos formas distintas de amnistía con las limitaciones derivadas de las obligaciones de juzgar y sancionar los más graves crímenes cometidos en el marco del conflicto.

El Capítulo III, del Título III, de la misma Ley regula la actuación de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, que aplica tratamientos penales equivalentes pero diferenciados de la amnistía a los miembros de la Fuerza Pública y a los terceros colaboradores, en consideración a que estos no cometieron delitos políticos, por lo cual no pueden beneficiarse de la amnistía o el indulto. Entre estos tratamientos se encuentran la renuncia a la persecución penal que extingue la acción y la sanción penal, la cesación del procedimiento y la suspensión condicional de la pena. Al respecto es fundamental tener en cuenta que todos los tratamientos penales especiales que contempla la Ley 1820 de 2016 para todos los actores del conflicto, están condicionados a que los comparecientes cumplan con una serie de obligaciones de cara a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Sin embargo, resulta interesante analizar el vínculo que puede existir entre el conflicto armado y la corrupción. Así, un gran sector de la población entiende que, además de ser crímenes internacionales, varias de las conductas ilícitas cometidas en el marco del conflicto armado, principalmente por miembros de la Fuerza Pública constituyeron hechos de corrupción. Uno de estos casos es el de las ejecuciones extrajudiciales de personas que fueron presentadas como muertes legítimas en combate por parte de miembros del Ejército Nacional (López-López, *et al.*, 2016: 182). Aunque estos casos son crímenes de guerra y de lesa humanidad, en el imaginario colectivo se entienden también como actos de corrupción. Otros casos que puede resultar relevantes en este contexto es la manipulación de los registros públicos para evitar que los propietarios de las tierras que fueron desplazados las recuperen, la financiación de campañas electorales, el desvío de recursos públicos para financiar grupos armados y la compra de votos por parte de todos los actores armados.

En la historia de Colombia las amnistías han formado parte de la constitución de la sociedad y el Estado, pues por años han permanecido células armadas que reclaman derechos, participación

y sistemas de gobierno alternos. Por eso, este tipo de beneficios se han concedido principalmente a grupos armados para incentivar su renuncia a la lucha armada. Sin embargo, en el nuevo sistema de justicia, producto del AFP, se abrió la posibilidad de que fenómenos de corrupción también sean dilucidados y sometidos a tratamientos penales especiales.

Por ejemplo, uno de los escándalos más grandes de la historia política reciente del país fue la “parapolítica”, que consistió en alianzas entre las Autodefensas Unidas de Colombia —AUC—, que eran grupos paramilitares, y políticos del orden local, regional y nacional. Los políticos que entraron en estas alianzas no tuvieron la posibilidad de acudir a medidas de justicia transicional, cuando este grupo se desmovilizó, pues eran civiles que no eran parte del conflicto. Pero, hoy en día se reconoce que estos civiles alimentaron la guerra, pues favorecieron la contratación de personas afines a los paramilitares en diferentes ramas del poder; mantuvieron el control de la democracia en diferentes instancias, lo que influía en la toma de decisiones de los cuerpos colegiados, que iba desde acuerdos municipales hasta leyes de la República; manipularon las elecciones con la presión de las armas; e incluso desviaron recursos públicos para financiar grupos armados y de cierta forma “devolver” favores.

Como se ve, este tipo de corrupción asociada al conflicto armado abarcó un espectro mucho más amplio y estructural del mero acto individual y aislado, tanto que se ha alegado una dinámica sistémica, pues algunos políticos sostienen que era la única manera de hacer política en una época en donde hacían presencia estos grupos. Incluso después de que el grupo armado se desmovilizara sus impactos seguían estando vigentes en las esferas del poder público, como ocurrió en el caso de Musa Abraham Besayle Fayad, quien alega que se concertó para delinquir y sobornar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia con altas sumas de dinero para evitar que se descubrieran su alianza con las AUC. Como este, son muchos los políticos que después de que desapareciera este grupo armado seguían cometiendo actos de corrupción para mantener la verdad oculta, a como diera lugar.

Las dinámicas descritas son las que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz está buscando

develar, pues parte de la premisa de que el conflicto armado irregular no pudo mantenerse durante tanto tiempo sin la participación de políticos e incluso de la Fuerza Pública. El tratamiento de estas formas de corrupción estructural, si bien no constituyen en sí mismos crímenes internacionales no amnistiables, para “perdonarlos” se ha recurrido a nuevas figuras como las amnistías o indultos de facto, pues tienen como efecto la renuncia a la persecución penal o el perdón de la pena ordinaria (aunque no se le llame amnistía, sino definición de la situación jurídica), a cambio de que cuenten la verdad y de que implementen programas de reparación para las víctimas.

Estas dinámicas invitan a una reflexión diferente sobre la corrupción en países en conflicto armado y la importancia de este tipo de medidas, pues si los poderes políticos regionales han estado implicados en alimentar la guerra será muy difícil hacer transiciones sin conceder beneficios para ellos también, que son quienes siguen manteniendo las redes de poder electoral y de control en las zonas donde han desarrollado una autoridad suficiente para impedir beneficios o perseguir a sus “contrarios”.

Así pues, en sociedades como la colombiana la situación es aún más grave pues la corrupción no solo afecta la garantía de los derechos humanos, sino que adicionalmente facilita la comisión de crímenes graves, incrementa las situaciones de conflicto y aumenta la ruptura de los lazos sociales. Un gobierno corrupto, que rechaza la transparencia y la rendición de cuentas es poco probable que respete los derechos humanos, no solo porque la corrupción en sí misma los afecte, sino porque puede incurrir en conductas delictivas que los lesionen de manera directa. Así, se crea un ciclo de criminalidad en el que la corrupción se convierte en una herramienta para permitir la impunidad de los delitos cometidos por gobiernos autoritarios o por las partes de los conflictos armados. Aunque el asunto no se haya estudiado con suficiencia, ya hay voces que ponen de presente la importancia de evidenciar el efecto negativo que tiene la corrupción en las sociedades en conflicto y cómo este es un factor que agrava ese tipo de situaciones (Carranza Jiménez, 2019).

Finalmente, cabe resaltar que, en Colombia, aunque han sido pocos los casos, también se han dado amnistías tributarias, económicas

y cambiarias. La Ley tributaria y cambiaria de 1990 permitió, gracias a una amnistía, el ingreso al país de divisas de todo origen, argumentando la necesidad de abrir el comercio exterior. También la Ley 223 de diciembre de 1995, sobre racionalización tributaria de las personas que tengan mora en el impuesto de renta y otros impuestos, amnistió a personas con deudas ante el fisco con el propósito de ampliar la base tributaria y el sistema de información (Gutiérrez Urresty, 2006).

5.2. Análisis comparado

Las particularidades del ordenamiento colombiano y su contexto histórico y social hacen que las medidas en materia de amnistías e indultos se destaquen al ser comparadas con lo que ha sucedido en los otros ordenamientos que se han descrito. El primer elemento fundamental es que en Colombia no se discute que la concesión de estas figuras tiene como límite el hecho de que los beneficiarios hayan cometido delitos políticos o delitos conexos. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en principio, quienes hayan cometido delitos de corrupción no pueden recibir amnistías e indultos. Esa es la razón por la cual la crisis de legitimidad de estas figuras y el hecho de que la opinión pública las vincule con abusos de poder no se ha dado en Colombia de la manera que ha sucedido en otros ordenamientos.

Sin embargo, esto no quiere decir que la sociedad las acepte pacíficamente. En el país existen enormes detractores del uso que se le ha dado a las amnistías y los indultos. A pesar de que se trata de figuras de uso común, son muchos los que las consideran sinónimo de impunidad. Esa postura de la población es similar a la que han asumido los ciudadanos de los otros países con respecto a la concesión de gracias, aunque las razones sean distintas. En consecuencia, en Colombia parece inconcebible que las amnistías o los indultos se utilicen para favorecer personas condenadas por delitos de corrupción, no solamente porque está prohibido por la ley, sino porque generaría una enorme indignación social.

6. CONCLUSIONES

Las reflexiones anteriores permiten llegar a varias conclusiones. En primer lugar, es fundamental tener en cuenta que no existen razones suficientes para sostener que las amnistías o los indultos puedan constituir una herramienta idónea para luchar en contra de la corrupción pública o privada. Su aplicación implica que se pierda el efecto intimidatorio del derecho penal, se ponga en entredicho la legitimidad del sistema jurídico e, incluso, que en alguna medida se pueda considerar como un incentivo perverso para quienes deciden ejecutar actos de corrupción, en la medida en la que pueden tener la esperanza de que no serán castigados (Valle Mariscal de Gante, 2017: 6). A esto se suma el hecho de que en ninguno de los ordenamientos estudiados se exige una verdadera motivación para que los órganos encargados otorguen las amnistías o los indultos. Esta falta de transparencia y de racionalización de las decisiones propicia que se concedan las gracias de manera arbitraria y para favorecer a quienes ostentan poder económico o político; en estos casos las amnistías y los indultos son verdaderos actos de corrupción.

Sin embargo, ninguna norma en el Derecho internacional impide el uso de amnistías o indultos a favor de personas que hayan sido procesadas o condenadas por delitos de corrupción. Las prohibiciones en la materia están destinadas a prevenir que estas figuras se apliquen para dejar en la impunidad los más graves crímenes internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos.

Al mismo tiempo, los tratados internacionales que se pronuncian con respecto a la corrupción sí exigen la aplicación de sanciones efectivas. En consecuencia, si se tiene en cuenta que los delitos de corrupción afectan de manera grave los derechos humanos y que los instrumentos de Derecho internacional entienden que solo un ejercicio efectivo del derecho penal puede tener un efecto disuasorio en la lucha contra la corrupción, se puede alegar que la apuesta internacional es evitar la concesión de amnistías e indultos por este tipo de delitos.

La conclusión anterior con respecto a la inconveniencia de utilizar las gracias en casos de corrupción puede excepcionarse en los casos en los que las amnistías y los indultos son utilizados como he-

ramientas de transición. Es frecuente que los Estados dictatoriales y los grupos armados organizados cometan, además de crímenes de lesa humanidad y de guerra, delitos de corrupción que financian a estas estructuras. Sin embargo, estos delitos no suelen abordarse en los procesos de justicia transicional que se enfocan en revelar la verdad con respecto a los crímenes más graves.

Sin embargo, si los delitos de corrupción que sirvieron para financiar a los grupos, estatales o no, se develaran e incluso si se logran recuperar los recursos, se aumentarían tanto los actos de reparación como las garantías de no repetición, que son objetivos fundamentales de la justicia transicional (Carranza, 2008). Esto puede hacerse a través de amnistías condicionadas, que se otorguen a cambio de aportes significativos a la verdad y la reparación, solo para ciertos delitos y siempre excluyendo los más graves crímenes internacionales. Así, las amnistías y los indultos seguirán siendo figuras excepcionales que solo se aplicarían en casos extremos. Además, en los procesos de transición investigar la criminalidad económica y la corrupción tendría dos objetivos adicionales: por un lado, se alcanzaría una verdad más completa y, por otro, se podrían recuperar bienes que aportarían a la reparación de las víctimas de los más graves crímenes.

6.1. Estrategia de acción para América Latina

En línea con lo anterior, resulta evidente que deben continuar los esfuerzos que se han realizado en Chile, Brasil, Argentina y Perú para que no sean aplicadas las leyes de amnistía que pretendían impedir la investigación y el juzgamiento de los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante las dictaduras del Siglo XX. Resulta claro que estos crímenes no pueden quedar en la impunidad, en primer lugar, porque deben garantizarse los derechos de las víctimas. A esto se suma que las figuras de la amnistía y el indulto que están previstas en estos ordenamientos jurídicos deben limitarse, para garantizar que su uso solo se de en casos excepcionales y no para impedir la acción de la justicia. De estos casos deberían quedar excluidos los delitos de corrupción pues su prevención efectiva requiere del juzgamiento, la condena y la aplicación de las penas.

Así, es necesario distinguir entre dos supuestos de hecho. Por una parte, las situaciones de criminalidad ordinaria y, por otra, aquellos casos excepcionales en los que se justifica acudir a la justicia transicional. En el primer supuesto, no parece haber ninguna justificación para obviar el castigo de quienes han cometido delitos por corrupción a través de la concesión de amnistías o indultos. En ese sentido no se recomienda su uso pues realmente constituyen herramientas destinadas a beneficiar a unos cuantos con la impunidad de sus delitos y en detrimento de las garantías de los ciudadanos.

En el segundo supuesto, como se ha puesto en evidencia a lo largo del texto, en teoría no existe ningún impedimento para que los elementos centrales de la justicia transicional, dentro de los que frecuentemente se acude a la concesión de amnistías e indultos, sean utilizados para lidiar con delitos con contenido económico o vinculados a la corrupción, cuando estos se hayan cometido dentro de los contextos excepcionales de violencia que ameritan acudir a aparatos de justicia transicional. A pesar de ello, son pocos los ejemplos en los que esto se ha hecho. El campo de la justicia transicional se ha limitado a abordar crímenes relacionados con las graves violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, en Perú se constituyó el Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado (FEDADOI) para que administrara los bienes confiscados al expresidente Alberto Fujimori y sus socios, los cuales fueron utilizados para financiar la ejecución de ciertas medidas de justicia transicional y anticorrupción, incluyendo la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas.

El caso mexicano resulta paradigmático en la medida en la que las amnistías han sido planteadas como mecanismos para enfrentar la crisis de seguridad generada por la presencia de grupos de delincuencia organizada transnacional. En ese sentido, las amnistías planteadas como mecanismo para que cese la violencia y se desarmen los grupos organizados parecen más cercanas a la justicia transicional que a la aplicación de las amnistías en los ordenamientos jurídicos ordinarios. Es claro que esta propuesta se aleja del caso español o del de los Estados Unidos, en el que los indultos particulares han sido la regla general. Así, la regla general debería ser la prohibición de las

gracias en los casos de corrupción y la excepción estaría dada por los casos de justicia transicional.

6.2. Plan de acción para Colombia

En el caso colombiano es claro que, además de la corrupción que hay en todos los países de América Latina, aquí se sufre una forma particular de corrupción, que se produce en circunstancias específicas y excepcionales, abriendo la posibilidad de considerar la concesión de amnistías e indultos con respecto a este tipo de delitos en contextos de transición, y con miras a alcanzar objetivos que van más allá de los perseguidos por la justicia ordinaria.

Los delitos relacionados con la corrupción a gran escala y otros delitos económicos cometidos por actores estatales y actores armados no estatales no han sido tenidos en cuenta en la mayoría de los procesos de transición y en general, en las iniciativas de justicia transicional, aunque existen algunas excepciones. Sin embargo, es importante considerar si en contextos de transición lo más adecuado es privilegiar que se investiguen, juzguen y sancionen las graves violaciones de los derechos humanos y los crímenes internacionales, o sería adecuado también investigar y sancionar los delitos económicos y la corrupción. Esto, porque resulta evidente que las dictaduras, los conflictos armados y, en general, las situaciones de inestabilidad que ameritan la implementación de mecanismos de justicia transicional requieren de un importante impulso económico que, frecuentemente, está basado en prácticas corruptas. Por tanto, la prevención de estos mecanismos delictivos de financiación puede ser un mecanismo idóneo para garantizar que este tipo de conflictos no se repita.

Aun así, en el marco de la justicia transicional podrían perseguirse objetivos importantes al utilizar sus mecanismos para investigar y sancionar los delitos vinculados a la corrupción. Por una parte, los países en transición rara vez cuentan con los recursos económicos para afrontar la reconstrucción del Estado, la indemnización de las víctimas, la reincorporación de las partes en conflicto y, en general todo lo que implica recuperar el tejido social. Esto implica que los mecanismos de la justicia transicional, como las amnistías y los indultos, podrían eventualmente utilizarse como herramienta de negocia-

ción para la recuperación de los dineros que hubieran salido de las arcas del Estado por corrupción.

En estos casos, las amnistías y los indultos pueden concederse de manera condicionada, a cambio de que los condenados o investigados aporten verdad suficiente para que el Estado cuente con herramientas para evitar que estos delitos vuelvan a cometerse, tal como está consagrado en la Ley 1820 de 2016. Así, pueden identificarse la manera en la que operan las redes de corrupción, la influencia de estos delitos en la comisión de otros delitos graves, obtener la colaboración de cómplices y autores de bajo rango dentro de las organizaciones criminales, entre otras. Esto, en cuanto para mantener los beneficios se exige ofrecer a la justicia una verdad exhaustiva y detallada sobre todas las circunstancias particulares y contextuales de los delitos cometidos.

Finalmente, la verdad obtenida en sistemas transicionales, en los que obtenerla es fundamental, sería mucho más completa, pues no se limitaría a develar los delitos cometidos, sino que se incluirían sus mecanismos de financiación y que tan permeable era el Estado a la corrupción. En este punto es fundamental tener en cuenta que los delitos que se persiguen en contextos de transición son, con frecuencia, crímenes de sistema. Es decir, se trata de conductas que no son perpetradas por un individuo de manera aislada, sino que surgen de la interacción de múltiples actores con diversos intereses. En ese orden de ideas, la corrupción del Estado afecta de manera determinante la comisión de estas conductas y, por tanto, identificarla y desmantelarla es fundamental para garantizar que este tipo de crímenes no vuelva a repetirse.

Lo anterior es posible teniendo en cuenta que en Colombia la única posibilidad de otorgar amnistías e indulto es que los delitos cometidos por los beneficiados hayan sido políticos o conexos con estos, por lo cual resulta imposible concederlas por otros comportamientos corruptos. Así, tal como se recomendó para los sistemas latinoamericanos, en el sistema colombiano debe mantenerse las prohibiciones de conceder amnistías e indultos por delitos ordinarios, dentro de los que se incluyen los delitos por corrupción y solo permitirse su uso en el marco de la justicia transicional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Argentina

Corte Suprema de Justicia de Argentina. (2007). Sentencia del 3 de julio de 2007. M.P. Carmen M. Argibay.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia de Constitucionalidad de 23 de septiembre de 1997. Ref. C-456 1997. MP. Jorge Arango Mejía & Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia de Constitucionalidad 14 noviembre de 2014. Ref. C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia de Constitucionalidad (01 de marzo de 2018). Ref. C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia de Constitucionalidad (15 de agosto de 2018). Ref. C-080 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Estados Unidos

United States Supreme Court. (1927). Ref. 274 U.S. 480, 47 S.Ct. 664, 71 L.Ed. 1161 *Biddle v. Perovich*. (May 31, 1927).

Perú

Tribunal Constitucional del Perú. Lima. Perú. Resolución Suprema N° 056-2010-JUS, (25 de enero de 2011). M.P. Jose Enrique Crousillat

Doctrina

Alonso, J., & Mulas, C. (2011). *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Aquino, M. (2020). *Perú abre puerta a indultos de presos para evitar contagio de coronavirus*. Editorial: Reuters.

Borlini, L. & Arnone, M. (2014). *Corruption: Economic Analysis and International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Pub.

Cantón, S. (2007). "Leyes de amnistía". En: Ávila, M. *Víctimas sin mordaza: El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica*. México D.F.: DPLF. Pp. 219-249.

- Carranza, R. (2008). "Plunder and Pain: Should transitional justice engage with corruption and economic crimes?". *The International Journal of Transitional Justice*. Vol. (2). Pp. 310-330.
- Chaparro, A., Espinosa, A., & Páez, D. (2021). "Percepción de eficacia en el control de la corrupción y su relación con el clima socioemocional y la identidad nacional en el Perú: Un estudio experimental". *Revista de Psicología*. Vol. 39 (2). Pp. 777-804.
- Correa, H. (2014). *Amnistías, Indultos y Perdonos: Entre la insurrección comunera y las conversaciones de la Habana*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Cury, E. (1982). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Dean, K. (1997). *Pardons: Justice, Mercy, and the Public Interest*. New York: Oxford University Press. Pp. 179-225.
- Dorado, P. (1915). *El derecho protector de criminales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Doval, A., Blanco, I., Fernández, C., & Sandoval, C. (2012). "Las concesiones de indultos en España (2000-2008)". *Revista Española de Investigación Criminológica*. Pp. 1-27.
- Etcheberry, A. (1965). *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Goertzel, T. (2005). "Corruption, leadership and development in Latin America". *Psicología Política*. Núm.. 31. Pp. 77-102.
- Gutiérrez, A. (2006). "Las amnistías e indultos, un hábito social en Colombia". En Ambos et. al. (eds.). *Justicia Transicional: teoría y praxis*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Pp. 388-407.
- Kobil, D. T. (1990). Quality of mercy strained: Wrestling the pardoning power from the King. *Tex. L. Rev.*, 69, 569.
- Landa, C. (2022). "Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana". *Revista IIDH*. Pp. 63-132.
- López, W., Roa, D., Roa, M., C., Pérez, C., & Pineda, C. (2016). El rol de la filiación política en las creencias y discursos legitimadores de la corrupción. *Psychosocial Intervention*. Vol 25(3). Pp. 179-186.
- Marquardt, B. (2016). "Estado constitucional y paz en Iberoamérica: Un acercamiento conceptual e histórico". En: Marquardt. *Paz a través del Derecho y de la Constitución*. Bogotá: Ibáñez. Pp. 10-60.
- Miguel, R. (2018). "Gracia y Justicia: Soberanía Y Excepcionalidad/Grace and Justice: Sovereignty and exceptionality". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 113. Pp. 13-36.

- Mulas, C & Alonso, J. (2011). *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Norris, R. (1992). "Leyes de impunidad y os derechos humanos en las amé-ricas: una respuesta legal". *Revista IIDH*. Pp. 47-122.
- Novoa, E. (1960). *Curso de Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ogas, C., & Soto, A. (2007). *Amnistía, indulto, prescripción y delitos universales*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Ogas, C., & Soto, A. (2007). *Repositorio Facultad de Derecho Universidad de Chile*.
- Olsen, T., Payne, L., & Reiter, A. (2016). *Justicia Transicional en Equilibrio*. Bogotá D.C.: Universidad Javeriana.
- Posada, R. (2010). "Aproximación al concepto jurídico del delito político". En R. P. (Coord). *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes. Pp. 3-95.
- Radi, R. (2021). Amnistía e indulto, riforma Cartabia e l'amnistia necessaria. *Filodiritto*. Pp.1-8.
- Ramírez, L. (2010). *Corrupción y sistema de justicia. Informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú*. Lima.
- Requejo, J. (2001). Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español. *Revista de Historia Constitucional*. Pp. 81-106.
- Reyes, Y. (2005). Colombia: entre la guerra y la paz. *Revista. IUSTA*. Pp. 67-80.
- Ruckman, J. (1997). Executive Clemency in the United States: Origins, Development, and Analysis (1900-1993). *Presidential Studies Quarterly*. Pp. 251-271.
- Santana, M. (2016). "Desmontando el indulto (Especial referencia a los delitos de corrupción)". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm.. 108. Pp. 51-91.
- Skidmore, T. (1999). "Collor's Downfall in Historical Perspective". En K. Rossenn, & R. Downes, *Corruption and Political Reform in Brazil*. Miami: North-South Center Press. Pp. 10
- Soto, V., & Vásquez, D. (2021). Amnistía e Indulto en la historia de Chile: Introducción Jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales. Biblioteca del Congreso Nacional - Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Obtenido de Amnistía e indulto en la historia de Chile: Introducción jurídica a los conceptos y síntesis de algunos conflictos políticos y sociales.

- Stella, M. (2015). “A un cuarto de siglo, reflexiones sobre el Juicio a las Juntas Militares en Argentina”. *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*. Vol. 52. Pp. 301-312.
- Taglianetti, E. (2019). Análisis constitucional del indulto y la conmutación de penas. ¿Qué requisitos se deben cumplir para su legítima emisión? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- Tilih, L. (2009). Amnesty and pardon mechanisms for guaranteeing the right to liberty and security. *Studii Juridice Universitare (SJU)*. Vol. 3(4). Pp. 237-245.
- Valle, M. (2017). La prohibición de indultar a los corruptos: ¿Medida con valor real o aparente? *Revista Internacional Transparencia e Integridad*. Pp. 1-11.

Informes, resoluciones y documentos

- Benítez, A. (2015). El País. Obtenido de Collor de Mello y el presidente del Congreso, acusados de corrupción. https://elpais.com/internacional/2015/08/19/actualidad/1440009046_787938.html.
- Carranza, D. (2019). Gobierno de Brasil publica decreto de indulto humanitario para presos enfermos. AA.
- Deutsche, W. (2021). DW. “Expresidente Uribe propone amnistía general para lograr paz en Colombia”.
<https://www.dw.com/es/ex-presidente-uribe-propone-amnist%C3%ADa-general-para-lograr-paz-en-colombia/a-58901845>.
- Diario Oficial de la Federación. (2019). Secretaria de Gobernación México. “Decreto por el que se aprueba la Estrategia Nacional de Seguridad Pública del Gobierno de la República”.
https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5560463&fecha=16/05/2019.
- Diputados de Argentina. (2018). “Proyecto de ley 0478-D-2018”.
<https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0478-D-2018>
- Fernandes, A. (2019). Temer perdoou R\$ 47,4 bi de dívidas de empresas, maior anistia em 10 años. Obtenido de UOL Economía: <https://economia.uol.com.br/noticias/estado-conteudo/2019/01/21/temer-perdoou-r-474-bi-de-dividas-de-empresas-maior-anistia-em-10-anos.htm>.
- Infobae. (2021). Ley de Amnistía en México ha liberado a cinco personas en un año desde su entrada en vigor. *Infobae*.
- Janovsky, D. (2019). No excuse for corrupt pardons. *Analysis*. Pp.1-10.

- <https://www.pogo.org/analysis/no-excuse-for-corrupt-pardons>.
- Prieto, M. (1983). Los militares argentinos promulgaron su ley de amnistía. *El País*.
- Serra, L. (2021). “En el Congreso descartan que pueda aprobarse una amnistía para perdonar a dirigentes procesados por corrupción”. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/descartanamnistia-perdonar-dirigentes-procesados-corrupcion-nid2563452/>.
- Smink, V. (2010). “Brasil mantiene su Ley de Amnistía”. *BBC Mundo*.
- Soares, G., & Mões, M. (2022). “Perdão do Fies deve chegar a bi e beneficiar 1 milhão”. *Poder 360*. <https://www.poder360.com.br/educacao/perdao-do-fies-deve-chegar-a-r-38-bi-e-beneficiar-1-milhao/>.
- Xavier, R. (2017). “Bancos privados receberam do governo perdões de R\$ 27 bilhões em 2017”. *Poder 360*. <https://www.poder360.com.br/governo/governo-ja-perdoou-mais-de-r-321-bilhoes-de-bancos-privados-em-2017/>.
- https://elpais.com/diario/1983/09/24/internacional/433202403_850215.html.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 8

Conclusiones

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*
HÉCTOR OLASOLO*
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*

* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que forma parte del Programa de Investigación 70593 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de MinCiencias (Colombia).

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

La presente obra colectiva ha tenido como objeto analizar las respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) desde la parte general del derecho penal en América Latina y, especialmente, en Colombia. Para ello se ha analizado estas cuestiones desde una perspectiva comparada que contrasta los principales estándares internacionales que le son aplicables y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico, tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España, Estados Unidos e Italia).

Realizado este análisis, el presente capítulo sistematiza las principales conclusiones alcanzadas por los autores, ofreciendo unas reflexiones finales de los directores académicos de la obra. Queda para el siguiente capítulo la exposición de las principales recomendaciones formuladas para los ámbitos latinoamericano y colombiano, con el fin de promover una contribución más eficaz desde la parte general del derecho penal a la lucha contra la corrupción transnacional, especialmente cuando se encuentra asociada al COT.

1. INTRODUCCIÓN

Los delitos de corrupción, incluidos los asociados al COT constituyen uno de los problemas de mayor complejidad, en la medida en que afecta y compromete directamente la institucionalidad y gobernabilidad de los países, desarrollados, emergentes o pobres. Ello exige una actuación conjunta de los Estados para hacerle frente, tal y como establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003), mediante políticas y prácticas preventivas, pero igualmente represivas, esto es, de penalización y aplicación de la ley, “con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos” (art. 30 de la CNUCC).

Las graves consecuencias generadas por este tipo de delitos han dado lugar al desarrollo de políticas y estrategias que han llevado a la adopción de medidas punitivas más severas contra estos delitos,

como se desprende de los instrumentos internacionales (universales y regionales), lo que implica la previsión de normas jurídicas que sancionen las distintas manifestaciones de este fenómeno.

Sin embargo, aunque en un plano preventivo surge la necesidad de esta incriminación para evitar, y en su caso castigar, las conductas socialmente intolerables, su eficacia preventiva queda condicionada igualmente por el tratamiento que, específicamente, se les da a aquellas cuestiones que condicionan cualitativa y cuantitativamente la atribución de responsabilidad penal a los autores y partícipes de estos delitos y que pertenecen a la parte general del derecho penal. Esas cuestiones inciden directamente en la aplicación de las normas y en el consiguiente castigo de las conductas delictivas, así como en su cumplimiento, contribuyendo a que la respuesta penal resulte adecuada y eficaz en el marco de una estrategia anticorrupción.

De hecho, la mayor parte de los capítulos que conforman el presente volumen subrayan que la falta de eficacia de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos para evitar, o al menos disminuir, los comportamientos corruptos (especialmente, cuando están vinculados al COT), no parece que tenga tanto que ver con la ausencia de legislación penal, sino que está más bien relacionada con su heterogeneidad, especialmente en el tratamiento de las cuestiones de parte general, lo que impide el recurso a la cooperación jurídica internacional de manera eficaz.

Además, varios de los capítulos plantean como un segundo problema el abordaje de estas cuestiones sin tener en cuenta ni los problemas estructurales que fomentan las dinámicas de corrupción, ni las circunstancias económico-políticas y socio-culturales de gran parte de la población de los países de América Latina (especialmente, la que habita en sus municipios y regiones periféricas), lo que hace que su regulación no responda a sus necesidades.

A esto hay que unir la constante crisis humanitaria de los sistemas penitenciarios latinoamericanos, lo que obstaculiza en gran medida, cuando no impide, la realización del paradigma resocializador del tratamiento penitenciario, habiéndose convertido la cárcel en un lugar de simple retribución y neutralización del delincuente, lo que ha puesto en crisis permanente uno de los aspectos centrales del derecho penal liberal.

En consecuencia, si bien no puede negarse el aspecto simbólico del castigo penal, no es menos cierto, que, en este contexto, cada vez son más los estudios que recomiendan el recurso a otros mecanismos más idóneos tanto para prevenir la corrupción (programas de fiscalización, vigilancia y control, participación democrática de los ciudadanos o fomento de buenas prácticas en la administración, por poner solo algunos ejemplos), como para promover una mayor resocialización de los infractores (acompañamiento y construcción de tejidos sociales donde los condenados puedan aportar a la construcción de ciudadanía).

A la luz de lo anterior, el presente capítulo expone las principales conclusiones a las que los autores de la obra han llegado en atención a los distintos elementos que condicionan la atribución de responsabilidad penal de las personas físicas por delitos de corrupción, las penas aplicables y su cumplimiento. Para ello se sigue el siguiente orden temático:

1. El castigo de los actos preparatorios, la asociación ilícita y la tentativa (sección 2).
2. Las especialidades en materia de circunstancias atenuantes, en especial, la cooperación eficaz con la justicia (sección 3).
3. Las especialidades en relación con las circunstancias agravantes (sección 4).
4. El régimen de penas, con énfasis en las penas privativas de libertad, la multa, y las inhabilitaciones absolutas y especiales referidas a los cargos y servidores públicos (sección 5).
5. El régimen de cumplimiento penitenciario, particularmente en relación con los subrogados penales (libertad anticipada, libertad condicional y suspensión de la pena), y la cuestión de la resocialización de los condenados por delitos de corrupción (sección 6).
7. El problema de la concesión de las amnistías y los indultos por delitos vinculados con la corrupción, incluida la asociada al COT (sección 7).
8. Reflexiones finales (sección 8).

2. EL CASTIGO DE LOS ACTOS PREPARATORIOS, LA ASOCIACIÓN ILÍCITA Y LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

El derecho penal no tiene en cuenta únicamente los comportamientos que se subsumen directamente en los tipos penales, sino también otros cuyo castigo conecta con aquellos cuando se realizan en alguna de las fases previas al momento consumativo del delito y que actúan de amplificadores del tipo penal. Como señalan Linares, Villarraga & López en el capítulo 1, estos amplificadores (los actos preparatorios, la asociación ilícita y la tentativa) buscan proteger y tutelar ciertos bienes jurídicos que están asociados a la seguridad ciudadana, al tiempo que tratan de evitar la conformación y el actuar delictivo a través de su penalización de manera preventiva.

Sin embargo, al mismo tiempo, su tipificación plantea la cuestión relativa a la relevancia penal de las actuaciones previas a la ejecución del delito (con mayor trascendencia cuando se actúa bajo formas concertadas de actividad delictiva) o desarrolladas tras el inicio de la ejecución, que no llegan a alcanzar la consumación.

De esta manera, si bien su criminalización puede ayudar a evitar la comisión de delitos graves de corrupción, la ampliación del alcance de la responsabilidad penal a las fases iniciales del proceso delictivo genera también el riesgo de tipificar comportamientos que, por sí mismos, pueden carecer de la gravedad y culpabilidad propias de la consumación del delito. De esta manera, surge el interrogante sobre la proporcionalidad de la respuesta penal y sobre la posibilidad de acabar castigando la intención antes que la conducta.

Por otra parte, la estrecha relación entre corrupción y criminalidad organizada ha llevado también a incriminar, no solo los delitos que cometen las organizaciones, sino la propia acción de asociarse o concertarse para ello. Sin embargo, esto conlleva también el riesgo de criminalizar generalizadamente a todos quienes puedan tener vínculos con personas que participan en actividades ilícitas, aunque no se encuentren directamente involucrados en actos criminales, y ni tan siquiera hayan realizado una contribución activa al mantenimiento de la organización o grupo.

2.1. *Actos preparatorios*

Los actos preparatorios pertenecen a un estado previo a la ejecución del delito, dirigidos a facilitar o crear condiciones óptimas para ello. Aunque su lejanía en términos de peligro del bien jurídico conduce generalmente a su irrelevancia penal, en ocasiones, pueden suponer un aumento del riesgo en la comisión del delito que, para algunos sistemas jurídicos, ameritan su castigo, particularmente cuando en esta preparación delictiva intervienen varias personas. Sin embargo, por las razones expuestas en la sección anterior, esto no está exento de críticas doctrinales. Por ello, no sorprende que los actos preparatorios en relación con los delitos de corrupción (incluidos los asociados al COT), entren en el ámbito de las disposiciones facultativas, pero no obligatorias, para los Estados en los principales textos internacionales en materia de corrupción.

Así, la Convención de Mérida faculta, pero no obliga, a los Estados parte a castigar la preparación del delito (art. 27.3 de la CNUCC), mientras que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (2000), ni tan siquiera menciona explícitamente los actos preparatorios, aunque puede deducirse de su articulado y otros textos vinculados a ella que los Estados tienen libertad para precisar cuándo tiene lugar el inicio del reproche penal y si este depende o no de la ejecución.

Incluso en el ámbito del Derecho internacional penal (DIP), la regulación de los actos preparatorios es ciertamente limitada, de manera que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) se limita a sancionar la instigación pública y directa a cometer el delito considerado más grave a nivel internacional, el genocidio (art. 25.3.e del ECPI).

Esta escasa atención a los actos preparatorios en el ámbito internacional, y la consiguiente ausencia de estándares internacional en cuanto a su regulación, va a condicionar su tratamiento en los sistemas jurídicos nacionales. Así, los sistemas jurídicos no latinoamericanos presentan una importante heterogeneidad en cuanto a su regulación alcance y efectos. De hecho, España es el único país de tradición romano-germánica que opta por una categoría autónoma

para los actos preparatorios que considera punibles (conspiración, proposición y provocación para delinquir (arts. 17 y 18 del CP), según un sistema de *numerus clausus* (en el que se integran algunos delitos de corrupción, como el blanqueo de bienes), únicamente punibles cuando no han sido absorbidos ya en la fase de ejecución.

Por su parte, en EE.UU., el *General Criminal Conspiracy Statute* (18 U.S. Code § 371) prevé la figura de la conspiración para la comisión de cualquier delito, según un régimen de doble imputación con su ejecución posterior. Esta regulación presenta una tipificación amplia al flexibilizar los estándares probatorios para imputar el delito de conspiración.

Finalmente, Italia se desmarca de los ordenamientos jurídicos anteriores porque no castiga los actos preparatorios, aunque jurisprudencialmente se consideran penalmente relevantes para la imputación de la tentativa cuando están idónea e inequívocamente dirigidos, desde una apreciación *ex ante* y según las circunstancias existentes, a la comisión de un delito, (art. 56 del CP).

En cuanto a la penalidad, España y EE.UU. castigan los actos preparatorios con una pena inferior a la de la consumación del delito, con notables diferencias en su determinación.

En contraste con lo anterior, los sistemas jurídicos latinoamericanos no castigan los actos preparatorios por entender que: (a) quedan fuera del ámbito de la tentativa (que requiere en todo caso el inicio de la fase de ejecución); y (b) no son suficientes para demostrar su vinculación con el propósito de llevar a cabo el delito principal, ni suponen un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido. En consecuencia, la cuestión central para estos ordenamientos es la relativa al momento del comienzo de la ejecución del delito, a partir de la cual la tentativa es punible.

2.2. Asociación ilícita

Los instrumentos internacionales, universales y regionales, de referencia en relación con la corrupción y, en especial, el crimen organizado, solo recogen los actos preparatorios en disposiciones facultativas, centrandó su interés en el castigo de la participación activa y la

colaboración internacional con las diversas formas de criminalidad organizada. Con ello se separan del DIP que no incorpora la figura de la asociación ilícita, a pesar de sancionar ciertos actos preparatorios en relación con el genocidio.

En consecuencia, nos encontramos, una vez más, con una regulación internacional heterogénea, que abre, en todo caso, la puerta a la responsabilidad penal por actividades que, sin constituir delito en sí mismas, resultan penalmente relevantes si apoyan los objetivos delictivos de las organizaciones del crimen organizado.

De hecho, la Convención de Palermo obliga a los Estados a tipificar el acuerdo con una o más personas para cometer un delito con el propósito de obtener un beneficio económico u otro beneficio material, lo que, según la Convención, da lugar al nacimiento de un “grupo delictivo organizado”. Así mismo, también impone a los Estados el deber de criminalizar los denominados “grupos estructurados”, que se caracterizan por no haberse formado de manera fortuita y tener un nivel menor de estructura y organización que los grupos delictivos organizados.

Esta diferenciación entre formas más o menos estructuradas y estables de delincuencia organizada es también recogida en la Directiva de la Unión Europea (UE) 2008/841/JAI, en la que se impone a los Estados parte de la Unión criminalizar a las organizaciones delictivas y a las asociaciones estructuradas, cubriendo de esta manera distintas manifestaciones de un fenómeno criminal complejo y mutable.

Los sistemas jurídicos nacionales analizados (latinoamericanos y de fuera de la región), aportan diferentes enfoques en cuanto al tratamiento de la asociación ilícita y, en general, de las diversas formas de delincuencia organizada, aunque tienen como elemento en común la relevancia penal del hecho de asociarse para delinquir, con carácter autónomo de la posterior ejecución de los delitos que constituyen su fin.

Así, España y EE.UU. cuentan con un amplio marco penal para hacer frente a la delincuencia organizada, si bien en el caso español se aprecia claramente la influencia de la mencionada directiva de la UE para tipificar las distintas formas (en estructura y estabilidad) en que se expresa la delincuencia organizada. Así, junto al tradicional

(y escasamente aplicado) delito de asociación ilícita del art. 515 del CP, desde el año 2010 conviven también en el CP español los delitos de pertenencia a una organización criminal o grupo criminal, según las definiciones de tales agrupaciones contenidas en los arts. 570 bis y 570 ter, respectivamente, que siguen en esencia lo dispuesto en dicha directiva. Estos delitos contemplan un amplio elenco de conductas prohibidas en relación con dichas organizaciones o grupos.

Por su parte, en la legislación federal estadounidense la figura del *racketeering* sería asimilable a la de asociación ilícita, con un claro enfoque en la pertenencia a grupos delictivos callejeros. No obstante, se trata de una figura amplia que criminaliza diversas actividades relacionadas con la delincuencia organizada, incluyendo violencia, suministro ilegal de bienes y servicios, corrupción y fraudes. Además, el Estatuto de Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Mafiosos (RICO) aborda la infiltración del crimen organizado en organizaciones legítimas, centrándose en actividades que afectan el comercio interestatal o exterior.

Finalmente, en Italia, además del delito de asociación ilícita (un grupo de tres o más personas que se asocian con el fin de cometer delitos) (art. 416 del CP), existe un tipo penal especial para asociaciones mafiosas, con penas más severas (art. 416 bis del CP).

En cuanto a los países latinoamericanos, se observa como tendencia común la persecución de la delincuencia organizada a través de tipos penales autónomos, con independencia de su concreta denominación: asociación ilícita (Chile y México), organización criminal (Brasil y Perú), asociación criminal (Argentina) y concierto para delinquir (Colombia). Además, castigan estas formas de delincuencia organizada con independencia de la sanción penal por los delitos realizados en el desarrollo de su actividad delictiva.

En general, existe una gran afinidad con respecto a los elementos que conforman todas estas figuras que tipifican el hecho de asociarse o concertarse para la comisión de delitos: pluralidad de personas, estructura organizativa, reparto de funciones y finalidad delictiva. Con ello siguen lo dispuesto en los textos internacionales en la materia.

Sin embargo, existen también ciertas diferencias importantes. Así, en primer lugar, si bien predomina la exigencia de un mínimo de

tres personas (Argentina, México y Perú), Brasil requiere al menos cuatro, mientras que en Colombia basta con dos (art. 340 del CP).

En segundo lugar, la mayoría de los países consideran la existencia de una estructura jerárquica como un elemento importante para la asociación ilícita, así como para definir la gravedad y la penalidad del delito. Esta implica una planificación y división de tareas, lo que lleva a que a menudo se castigue más severamente a los líderes y organizadores, como dispone por ejemplo el art. 210 del CP argentino y el art. 317 del CP peruano.

En tercer lugar, se observan diferencias en el requerimiento de alguna característica específica para definir la asociación ilícita. Por ejemplo, la regulación peruana exige expresamente la permanencia de esta, mientras que en Brasil se requiere específicamente que la organización criminal busque obtener, directa o indirectamente, cualquier ventaja, así como que los delitos que lleve a cabo sean sancionados con penas máximas superiores a cuatro años, o sean delitos de carácter transnacional. Más restrictiva es, sin embargo, la legislación penal mexicana, al circunscribir el castigo de la asociación ilícita a los delitos que enumera la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996).

En cuanto a Colombia, cabe destacar principalmente un aspecto singular en su regulación, derivado de la íntima conexión del concierto para delinquir con el paramilitarismo. Así, se prevé una mayor penalidad cuando la organización ha acordado cometer ciertos delitos, incluyendo, entre otros, el genocidio, la desaparición forzada de personas, la tortura, el homicidio, el terrorismo, el tráfico de drogas, el secuestro, la extorsión, el lavado de activos o el testaferrato.

Finalmente, Perú se desmarca del resto de las legislaciones vecinas al incriminar, junto a la organización criminal, la banda criminal, siempre que falte alguna de las características de la primera. Con ello se sigue la diferenciación recogida en los principales textos internacionales en la materia, como también hace la regulación española. Esta doble tipificación se debe a que la delincuencia organizada es un fenómeno voluble y mutable, no siempre sometido a fórmulas rígidas de estructura, organización y estabilidad.

2.3. *Tentativa*

A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa supone el comienzo de la ejecución del delito, aunque este no llega a consumarse por causas que son ajenas a la voluntad del autor. Al margen de la tradicional controversia dogmática sobre el momento en que se entiende que se inicia la fase de ejecución (particularmente importante en los sistemas latinoamericanos donde, al no tipificarse los actos preparatorios, determina la frontera de lo punible), todos los instrumentos internacionales anticorrupción imponen a los Estados la obligación de castigar la tentativa en aquellos delitos que conforman su ámbito de aplicación.

En consonancia con este marco internacional, todos los sistemas nacionales analizados castigan, con carácter general, la tentativa del delito. Con respecto a los que se encuentran fuera del ámbito latinoamericano, cabe destacar los siguientes elementos comunes en su definición: (a) un elemento objetivo, esto es, un hecho exterior que suponga un paso sustancial o idóneo hacia la comisión del delito; (b) un elemento subjetivo referido a la voluntad del autor de llevar a cabo el delito; y (c) la ausencia de la consumación por causas ajenas a su voluntad. Además, en materia de penas, los tres sistemas analizados contemplan una reducción de la pena correspondiente al delito consumado, bajo distintas fórmulas.

En cuanto a las diferencias, hay que destacar que los CP español e italiano, en contraposición con la normativa penal federal de los EE.UU., regulan también la figura del desistimiento voluntario de la consumación del delito, lo que lleva, en general, a la impunidad de la tentativa, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el autor por los actos ya realizados.

El esquema de castigo de la tentativa se reproduce, en esencia, en la totalidad de los sistemas jurídicos de referencia de América Latina, esto es: (a) necesidad de inicio de la ejecución; (b) la no producción del resultado prohibido; y (c) que este no se haya dado por causas ajenas a la voluntad del actor. Además, es común a estos sistemas la presencia de la figura del desistimiento voluntario o arrepentimiento efectivo o activo, coincidiendo en que solo se castigan los actos reali-

zados si estos son constitutivos de otro delito distinto de la tentativa no consumada por el desistimiento (que queda, por tanto, impune). Las divergencias se presentan en el plano de la reducción de la pena por no haberse consumado el delito.

A estos efectos, el CP chileno es el único que distingue expresamente, en relación con la frustración de la tentativa, los casos en que el actor ha realizado todos, o solo parte, de los actos que hubieran debido llevar normalmente a la consumación del delito. Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos, como el colombiano, abordan esta distinción por vía jurisprudencial a través de las figuras de la tentativa acabada e inacabada.

En líneas generales, la regulación de la tentativa en Colombia sigue lo dispuesto en los demás países de la región. Sin embargo, presenta una particularidad importante en relación con los delitos de cohecho y tráfico de influencias, al haber sido considerados jurisprudencialmente como delitos de mera conducta, que por su naturaleza no admiten la modalidad de tentativa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25974). Linares, Villarraga & López cuestionan esta interpretación porque corre el riesgo de hacer inoperante la figura de la tentativa para prevenir el actuar delictivo de los grupos involucrados en prácticas de corrupción.

En todo caso, y como conclusión final, las autoras subrayan que, si bien la tentativa y el resto de amplificadores de los tipos penales criminalizan un mayor elenco de conductas con el fin de evitar y/o disminuir el actuar delictivo, lo cierto es que, en lo que respecta a la corrupción asociada al COT, esto no parece haber surtido mayor efecto en la gran mayoría de los países de América Latina (incluida Colombia). En su opinión, entre las varias razones que podrían explicar esta situación, destacan tres en particular: (a) la inocuidad de las reformas legales si no se abordan los problemas estructurales que fomentan y posibilitan la corrupción; (b) la inadaptación de la estructura legal a las condiciones socio-culturales y económico-políticas de la sociedad colombiana en muchas de las regiones y municipios del país; y (c) la indiferencia de los sectores mejor establecidos de la sociedad ante esta realidad.

3. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES: LA COOPERACIÓN EFICAZ CON LAS AUTORIDADES

En los sistemas de atenuación de las penas que forman parte de la normativa penal nacional, ciertos factores cobran especial protagonismo en relación con los delitos de corrupción con alcance transnacional. Entre ellos, como indican Amati & Barón en el capítulo 2, destaca la colaboración con las autoridades judiciales para proporcionar información que solo quienes están involucrados en las tramas corruptas pueden ofrecer.

Por esta razón, todas las legislaciones penales de los países analizados prevén mecanismos regulatorios de “recompensas”, con el fin de promover la “colaboración premiada” de los infractores, si bien existen importantes diferencias en cuanto a la variedad de las condiciones para su concesión y la diversidad de las recompensas otorgadas (que puede ir desde una cierta reducción de la pena hasta la exclusión del castigo).

Esta disparidad en el tratamiento de la atenuante de colaboración premiada es el resultado, en buena medida, de la ausencia en el nivel internacional de criterios específicos sobre las circunstancias atenuantes aplicables a los tipos penales relativos a la corrupción transnacional. Esto se debe a que los instrumentos internacionales sobre la corrupción y el COT buscan establecer unas bases comunes en la lucha contra estos fenómenos, proporcionando a los Estados indicaciones “esenciales” en el diseño de una estrategia anticorrupción, pero sin entrar a dar indicaciones dirigidas a homogeneizar los marcos normativos estatales en aspectos tan específicos como las circunstancias atenuantes.

En consecuencia, únicamente las Convenciones de Palermo y Mérida recogen una recomendación genérica sobre la previsión de mecanismos premiales cuando se produzca una “colaboración sustancial” en la investigación (entendiendo como tal, el suministro de información útil para la misma o para la búsqueda de pruebas, o que contribuya a la identificación e incautación del producto del delito) o en el enjuiciamiento (testimonio inculpativo), pero sin entrar,

en ningún caso, a determinar el alcance que debería tener el efecto premial en la pena (arts. 26 de la CNUDOT y 37 de la CNUCC).

Un primer aspecto controvertido que presenta la colaboración premiada es su alcance atenuante o exonerador. Esta segunda opción enfrenta varias críticas, entre las que destacan las siguientes: (a) somete la eficacia preventiva de la norma a un fin utilitarista; (b) puede permitir formas veladas de actividades provocativas del delito; y (c) puede ser utilizada como instrumento de chantaje para vengarse de funcionarios que piden más de lo que se acuerda ilegalmente o cuya ayuda ya no es necesaria.

Además, si bien la información suministrada por quienes forman parte de las tramas corruptas permite romper la opacidad de estas redes (identificando roles, jerarquías, flujos de financiamiento y estrategias operativas), lo que, a su vez, puede fortalecer la eficacia preventiva de la respuesta punitiva contra la corrupción, extender el efecto mitigador de la responsabilidad hasta la exoneración del colaborador presenta el riesgo de ofrecer una imagen debilitada del Estado, además de entrar en conflicto con los principios de proporcionalidad de la pena, igualdad, presunción de inocencia y prohibición de la autoinculpación. Por ello, para Barón & Amati, en esta difícil conjugación de intereses parece más conveniente que los mecanismos de colaboración premiada se traduzcan solamente en una reducción de la pena.

Sin embargo, a pesar de estas críticas, los sistemas no latinoamericanos contemplan tanto el efecto atenuante de la colaboración como la exoneración, presentando solo ciertas divergencias en cuanto a su ámbito y condiciones de aplicación, así como respecto de las garantías frente a esta última.

Así, en Italia se excluye la exoneración en relación con el agente provocador en supuestos de autodenuncia voluntaria (que, en todo caso, debe realizarse en un plazo de cuatro meses desde la comisión del hecho y antes de conocerse la existencia de una investigación en su contra). Además, se recoge la atenuación por colaboración posterior al delito para revelar pactos corruptos que permanecen todavía ocultos (reducción de uno a dos tercios de la pena). La colaboración tiene que ser, en todo caso, relevante (actividad adecuada al propó-

sito que busca la regulación, incluso aunque el resultado perseguido no se logre finalmente alcanzar) y puede consistir en: (a) ayudar en la investigación para identificar a los autores, obtener pruebas o evitar que el hecho delictivo continúe causando nuevos impactos negativos; o (b) colaborar en la recuperación de las sumas transferidas ilícitamente. En todo caso, es un modelo de recompensa restringida, en la medida en que excluye algunos delitos, como la extorsión.

Por su parte, el CP español somete a plazo la exoneración por colaboración premiada en delitos de cohecho (dos meses desde que se produjeron los hechos y siempre que no se haya iniciado el proceso penal contra el sujeto que se autodenuncia). Además, para estos mismos delitos la regulación española impone otras cautelas: (a) el que denuncia deber ser un particular que solo haya cometido actos corruptos de manera ocasional; y (b) la iniciativa para la comisión del cohecho debe haber venido, en todo caso, del funcionario público (español o extranjero).

Así mismo, el CP español recoge dentro del catálogo de sus circunstancias atenuantes generales (aplicables a cualquier delito) la atenuante de confesión (20.4) y de reparación del daño (art. 20.5), ambas con identidad propia. Aunque ambas se someten a plazos específicos para su aplicación, el legislador español trata de fomentar actitudes de colaboración útil con la justicia, aceptando igualmente una atenuación analógica a cualquiera de estas dos circunstancias cuando no se respetan los plazos. Además, la legislación penal española también acoge reglas específicas de atenuación por colaboración en algunos delitos de corrupción, como sucede con la malversación, sin llegar en este caso a conceder la exoneración.

En EE.UU., la regulación federal (Código de los Estados Unidos para la corrupción interna y Ley de Prácticas de Corrupción Extranjera (FCPA) para la corrupción transnacional) no prevé incentivos premiales referidos a la autodenuncia, la divulgación voluntaria de un delito atribuible al sujeto que denuncia o la colaboración sustancial en la investigación o enjuiciamiento de otra persona que haya cometido un delito. Sin embargo, las directrices federales para la determinación de la pena (USSG) sí prevén reducciones para estos casos. Además, desde una perspectiva procesal, es posible llegar a acuerdos de enjuiciamiento diferido, o incluso de no enjuiciamiento, con la

Fiscalía Federal o, en aplicación de la FCPA, con el Departamento de Justicia o la Comisión del Mercado de Valores.

En lo que respecta a los sistemas latinoamericanos, Amati & Barón subrayan, en primer lugar, cómo el art. 260 quater del CP chileno limita la aplicación de los mecanismos de arrepentimiento, colaboración premiada o colaboración eficaz a algunos de los delitos más graves contra la administración pública (malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho y cohecho a funcionarios públicos extranjeros). Sin embargo, el resto de sistemas los extienden a un catálogo más amplio de delitos, incluyendo los de corrupción y otras formas graves de delincuencia, con especial referencia a los delitos de delincuencia organizada (la ley argentina excluye expresamente las medidas de recompensa para los delitos de lesa humanidad).

En cuanto al plazo para prestar la colaboración que active el mecanismo de recompensa, los sistemas latinoamericanos tienden a no establecer límites procesales, tratando de favorecer la delación del sospechoso, incluso concediendo relevancia a las colaboraciones realizadas tras el pronunciamiento de la sentencia condenatoria contra el eventual colaborador, como contempla el art. 478.3 del CPP peruano. Solo se desmarcan, de esta tendencia la regulación chilena y la argentina. La primera, por condicionar el efecto premial de la colaboración eficaz a la intervención “en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación” (art. 260 quater (3) del CPP). En el caso argentino, dicha limitación parece deducirse del art. 3 de la Ley 27.304, al exigirse que el acuerdo con el imputado arrepentido se realice antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente.

Con todo, no es irrelevante la fase procesal en la que se produce la colaboración, siendo mayor la reducción de la pena cuanto antes sea el suministro de la información relevante. Así, por ejemplo, la Ley brasileña 12.850 dispone una reducción de dos tercios de la pena privativa de libertad (o sustituirla por pena restrictiva de derechos) cuando la colaboración se produzca con anterioridad a la sentencia condenatoria, mientras que la reducción se restringe a la mitad si es posterior.

Las medidas de recompensa al colaborador se condicionan también en todos los sistemas latinoamericanos estudiados a que la información suministrada sea “efectiva”, es decir, concreta y objetivamente útil para facilitar la investigación y desarticular las tramas delictivas en las que se participó.

Los sistemas latinoamericanos optan, asimismo, por regular el contenido que debe incluir la información suministrada. Así, todos dan importancia a la información que permita identificar a los demás participantes (o a quienes ocupen altos cargos en las organizaciones delictivas), prevenir la comisión de nuevos delitos y decomisar su producto. Además, la ley argentina del arrepentido (Ley 27.304) y la ley brasileña 12.850 en materia de delincuencia organizada, otorgan igualmente importancia a la información que permita identificar el paradero de las víctimas de los delitos investigados y enjuiciados (en el caso brasileño, preservar también su integridad física). Por otro lado, el art. 41 ter del CP argentino, así como la regulación peruana (art. 475.2 (d) del CPP), conceden también relevancia a la colaboración cuando la información permite identificar las fuentes de financiamiento de la organización criminal.

En cuanto al beneficio que puede concederse por la colaboración eficaz y los criterios para adoptar esta decisión, se parte de que todos los sistemas latinoamericanos analizados prevén como posible efecto la atenuación de la pena para los delitos en los que procede, así como un marco reglado del tipo de beneficio que, en abstracto, se puede otorgar al colaborador. Solo las legislaciones penales de Brasil y Perú permiten la exoneración del colaborador o delator, sin perjuicio de las dudas en torno a su conveniencia política y compatibilidad constitucional en cada caso. No obstante, los requisitos reglados para el reconocimiento del beneficio son muy diferentes en estos países y, en general, en todos los sistemas jurídicos analizados.

Los sistemas latinoamericanos coinciden también en atribuir un margen de discrecionalidad (más o menos amplio) al órgano judicial en la determinación concreta del beneficio, según la fase procesal en que se produce la colaboración, como se ha indicado en relación con la Ley 12.850 de Brasil. Destaca a este respecto, por su gran amplitud, la regulación de Perú, en la que conviven la exención de la pena con

su atenuación (sin mayor concreción legal). Además, si la colaboración es posterior a la sentencia, también es posible la suspensión de la pena privativa de libertad o su conversión en pena de multa o prestación de servicios o la limitación de días libres (art. 478.3 del CPP).

En un contexto de paulatino endurecimiento de la respuesta punitiva por delitos de corrupción, la normativa colombiana concibe la colaboración premiada como un factor de atenuación general, según dispone el art. 55 del CP (cuando después de cometer el hecho, el responsable se presenta voluntariamente a la autoridad o evita la acusación de un tercero inocente). Pero lo más significativo es que la colaboración eficaz se recoge, a diferencia del resto de sistemas, como atenuante específica en el delito de peculado (art. 401 del CP). Además, a diferencia de los demás sistemas latinoamericanos, el legislador colombiano no ha especificado cuál es el objeto de la información, limitándose a establecer un estándar genérico de que esta sea de “utilidad en los tribunales” (art. 324.18 del CPP).

El ordenamiento jurídico colombiano acoge también, de manera destacada, fórmulas de justicia negociada con la Fiscalía o preacuerdos basados en el principio de oportunidad, cuyo objetivo es fomentar la cooperación eficaz del sospechoso, acusado o, incluso, condenado (también aquí es posible una reducción de la pena, bastando la aceptación de uno o más cargos). En dichos acuerdos, se puede incluso llegar a acordar la evitación del procesamiento.

Con respecto a esta cuestión, la legislación colombiana muestra afinidad con los sistemas brasileño y peruano, y particularmente con el art. 323 ter CP italiano, en la medida en que se requiere poner en conocimiento un hecho corrupto y proporcionar pruebas y testimonio a tal efecto, así como dar una indemnización por el daño causado (art. 324.18 del CP colombiano). Con todo, como señalan Amati & Barón, se han planteado dudas sobre la conveniencia política y compatibilidad constitucional de este régimen, porque el denunciante tiene que cumplir múltiples requisitos, incluida la compensación del daño y testificar contra los otros involucrados en la trama corrupta, sin estar seguro de que sus esfuerzos vayan a ser suficientes, y con el riesgo, de que finalmente se vea privado del beneficio premial.

4. ESPECIALIDADES EN RELACIÓN CON LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

En relación con las circunstancias agravantes en materia de corrupción, se parte, como señalan Prado, Collantes, Trevejo & Yshii en el capítulo 3, de un vacío de recomendaciones en el plano internacional, a excepción de algunos instrumentos universales y regionales sobre criminalidad organizada, en particular en relación con el tráfico de drogas (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) (1988)) y el blanqueo de bienes (Directiva de UE 2018/1673). En ellos se exhorta a los Estados a introducir en sus legislaciones penales circunstancias agravantes, especialmente cuando el delito es cometido con la intervención de una organización criminal (elemento de agravación común a ambos instrumentos), o concurre la condición de funcionario público del autor o partícipe, el abuso del cargo público en la comisión del hecho punible, la reincidencia, o el hecho de que el delito haya sido cometido en el ejercicio de la actividad profesional del autor.

Fuera de los instrumentos internacionales mencionados, la inexistencia de pautas sobre circunstancias agravantes, encuentra reflejo, como es habitual, en los sistemas jurídicos nacionales analizados, que distinguen entre: (a) agravantes genéricas, previstas normalmente en la parte general de los códigos penales y aplicables con respecto a cualquier delito; y (b) agravantes específicas (entre las que se incluyen las agravantes cualificadas, caracterizadas por alterar o crear un nuevo marco de penalidad), que se recogen como catálogos circunstanciales para delitos concretos en la parte especial de los códigos penales o en leyes especiales o complementarias, afectando solo, por tanto, a dichos delitos.

En cuanto a los sistemas jurídicos no latinoamericanos, las circunstancias agravantes tienen una configuración muy diferente, en la que destaca la previsión de una regulación taxativa y limitada de factores agravantes genéricos, específicos y cualificados en España e Italia, frente a un régimen amplio, disperso y complejo en el sistema norteamericano. Esto tiene una de sus causas en la existencia de procedimientos heterogéneos de determinación de la pena en cada

uno de estos sistemas: (a) complejas y flexibles reglas de individualización de la pena en EE.UU.; (b) amplio margen de discrecionalidad concedido al juez en el caso italiano; y (c) detallado y cuasi aritmético sistema para la determinación de la pena en la legislación penal española.

Estas divergencias dificultan una valoración comparativa de estos sistemas, si bien se advierten algunas similitudes (que son mayores en los casos de España e Italia). Así, es común a estos sistemas considerar el abuso del cargo, posición o función pública del sujeto como factor de agravación (arts. 22.7 del CP español y 61.10 del CP italiano y 18 US Code), a menos que este elemento forme parte del delito al que se aplica. Italia presenta la particularidad de concebir como agravante genérica la pluralidad de agentes que actúan de modo conjunto y organizado, es decir, bajo una forma de delincuencia organizada (art. 112. a.1, del CP) y, particularmente, el que se trate de una organización criminal con operatividad transnacional (art. 61 bis).

Por su parte, en el caso español, la comisión delictiva bajo una forma de delincuencia organizada presenta un complejo cuadro normativo y se desplaza, con carácter general, a los delitos de asociación ilícita, pertenencia a organización criminal o a grupo criminal. Pero, además, el CP español también conoce la comisión delictiva por una organización o grupo criminal como circunstancia agravante específica para determinados delitos vinculados al COT, como el blanqueo de bienes y el tráfico de drogas.

Fuera de estos supuestos referidos al COT, las legislaciones española e italiana presentan una regulación muy parca de circunstancias agravantes específicas en delitos de corrupción, destacando la consideración de la cuantía del beneficio económico ilegal obtenido por el funcionario en la comisión del delito en el peculado o malversación y en el tráfico de influencias. Además, es común a estos sistemas nacionales (así como al norteamericano), la ausencia de un factor de agravación que permita castigar más severamente los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado que tienen la condición de personas expuestas políticamente (PEP).

En el caso de los sistemas latinoamericanos destaca, en primer lugar, la misma heterogeneidad de regímenes en consonancia con la

falta de estándares precisos en el plano internacional. Elemento común de partida es que la mayoría de estas regulaciones contemplan tres clases de circunstancias agravantes (genéricas, específicas y cualificadas), diferenciándose en sus características y efectos particulares.

Además, estos ordenamientos jurídicos incluyen en sus legislaciones penales un catálogo de circunstancias agravantes genéricas de aplicación a cualquier delito, lo que incluye también los delitos de corrupción. Es común en este catálogo recoger la condición funcional del autor del delito, el abuso de poderes o facultades, así como la infracción de deberes propios del cargo o función que se desempeña, como sucede en Brasil (art. 61 CP), Chile (art. 12.8 del CP) y Perú (art. 46.2 del CP). En todos estos casos, la aplicación de estas agravantes genéricas queda desplazada por la presencia de una agravación específica por la misma circunstancia en el correspondiente delito o por ser inherente a este.

México difiere de este modelo, al acoger indicadores generales de individualización de la pena sin precisar su efecto agravante o atenuante, entre los que se contempla la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, su calidad y/o la de la víctima, así como la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que se le hubiere expuesto. Misma fórmula genérica prevé el caso argentino en los arts. 41 y 42 del CP, que solo incluyen circunstancias de individualización de la pena, sin especificar que corresponda con un factor agravante o atenuante determinado, lo que concede a la autoridad judicial un amplio arbitrio de decisión. La amplitud de estos indicadores permite considerar como agravante el hecho de prevalerse de la condición de cargo público en relación con los delitos de corrupción.

Mayor diversidad reguladora se observa en el campo de las circunstancias agravantes específicas en los delitos de corrupción y criminalidad organizada. En general se refieren al tipo o cuantía del perjuicio producido por el acto funcional delictivo, así como a la magnitud o naturaleza del beneficio económico o ganancia ilícita generada (véase, por ejemplo, la legislación chilena relativa al peculado y al fraude fiscal).

También concurre en Perú como factor agravante específico el que el delito lo cometa un funcionario público (como en el tráfico de influencias), o la alta posición del funcionario público autor del delito (como en el enriquecimiento ilícito). Agravación esta última que guarda afinidad con la que contempla el régimen mexicano en atención a la categoría del funcionario o si el servidor público, funcionario o empleado es de confianza en los delitos cometidos por estos. Estas circunstancias agravantes son también aplicables en Perú a los delitos de corrupción asociados al COT en los que funcionarios públicos que integran la organización criminal abusan de su posición y cargo para facilitarlos o encubrirlos. Finalmente, una última particularidad del caso peruano es la agravación específica de que el agente o servidor público se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, que se incluyó en su CP con motivo de la pandemia mundial por coronavirus.

En lo que coinciden todos los sistemas latinoamericanos es en considerar la reincidencia como circunstancia de agravación, con distinta configuración: (a) agravante genérica (Brasil y Chile, como sucede también en España); o (b) agravante cualificada (Argentina y Perú, como en Italia). Además, en Argentina y México las condenas dictadas por un tribunal extranjero pueden computar también a efectos de la reincidencia, mientras que en Chile esto sucede únicamente con las condenas por tribunales extranjeros en los delitos de tráfico de drogas. Ahora bien, ninguna de estas regulaciones introduce la reincidencia como circunstancia agravante específica para los delitos de corrupción.

En general, la mayoría de los sistemas latinoamericanos estudiados prevé una reincidencia genérica (comisión de un nuevo delito), con la salvedad de Chile, donde debe ser de la misma especie. Mayores divergencias se encuentran en cuanto al cómputo del plazo máximo entre la condena y la comisión del nuevo delito para que pueda aplicarse la agravante (diez años en Argentina en relación con delitos castigados con penas privativas de libertad, cinco años en Brasil y Perú, o vinculado al plazo de prescripción de la pena en México).

Por su parte, la habitualidad se concibe como factor de agravación cualificado en algunos ordenamientos internos, como es el caso de Perú y México, en sintonía con el régimen italiano. Además, cuan-

do el autor del delito se aprovecha de la calidad de integrante de las fuerzas armadas o de la policía nacional, o de su condición de funcionario o servidor público, se considera también como agravante cualificada en Perú.

En otro orden de cosas, es frecuente que las regulaciones latinoamericanas (a excepción de Argentina y México, que se limitan a prever indicadores generales orientados al juez para la determinación de la pena), contemplen reglas de resolución de concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes genéricas. Así mismo, es frecuente también en estos sistemas nacionales la exclusión de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes de naturaleza subjetiva o personales.

Colombia pertenece al grupo de países que regula un catálogo cerrado de circunstancias agravantes genéricas, con la particularidad de que incluye la posición de poder que ostenta el autor del delito (art. 58.9 del CP), a diferencia del resto de sistemas nacionales de referencia dentro y fuera de América Latina. Esta circunstancia recuerda a la agravante de prevalerse del cargo público que tenga el culpable del CP español, así como al criterio de determinación y fundamentación de la pena del CP peruano, que hace referencia al abuso del cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que el autor del delito ocupe en la sociedad. Además, el efecto agravatorio en el régimen colombiano se obtiene al aplicar un porcentaje o múltiplo sobre el máximo de la pena asignada al delito.

El caso colombiano difiere también parcialmente del resto de sistemas jurídicos al prever en la mayoría de delitos vinculados con el COT un catálogo de agravantes específicas, por ejemplo, en relación con el tráfico de drogas (narcosubmarinos) y el lavado de activos. Sin embargo, la reincidencia no se incluye como agravante genérica o cualificada. Finalmente, como sucede en el resto de sistemas latinoamericanos, las circunstancias agravantes de carácter personal no son comunicables a los partícipes.

A la luz de lo anterior, Prado, Collantes, Trevejo & Yshii consideran que las notables diferencias existentes en las regulaciones analizadas en relación con las circunstancias agravantes debilitan el objetivo común de posibilitar un tratamiento penal de similar magnitud

y relevancia para los delitos de corrupción, así como para aquellos en los que interviene el COT, fruto, en su opinión, de la ausencia de pautas de eficacia vinculante en el plano internacional.

Así mismo, subrayan la importancia de incorporar como circunstancia agravante específica la condición de PEP (mandatarios, ministros de Estado, parlamentarios, magistrados de altas cortes, etc.) del autor o partícipe de los delitos de corrupción o de criminalidad organizada. Esto debido a que los graves casos de corrupción con repercusión transnacional ocurridos en el siglo XXI (como *Lava Jato* o *Panama Papers*) muestran como PEP del más alto nivel estatal participan generalmente en los mismos.

5. LAS PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS: PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, MULTA E INHABILITACIONES ABSOLUTAS Y ESPECIALES

En el capítulo 4, Prado, Collantes, Trevejo & Yshii afirman que, dada la gravedad de los delitos de corrupción y el notable impacto negativo que producen en la conciencia ciudadana y en la estabilidad política, los textos internacionales son coincidentes en requerir a los Estados regular y aplicar penas que resulten eficaces, disuasorias y proporcionales.

No obstante, a pesar de la relevancia del problema y sus dañosas consecuencias, no se define en el plano internacional (universal o regional) un estándar cualitativo o cuantitativo que identifique el alcance de estos términos, o que se refiera a la tipología o magnitud de las penas, que permita valorar si un determinado castigo penal cumple con dichas exigencias.

De hecho, los arts. 30 de la CNUCC (numerales 5, 6, 8, 9 y 10) y 3.4. de la Convención de Viena se limitan a referirse genéricamente a las penas privativas de libertad, la multa y la inhabilitación como penas principales, sin hacer referencia expresa a las penas accesorias. Solo ocasionalmente (como hace el art. 30.7 de la CNUCC) se apela a la necesidad de aplicar inhabilitaciones funcionales en delitos de

corrupción, algo que, a juicio de Prado, Collantes, Trevejo & Yshii, podría configurarse como una pena accesoria de inhabilitación.

En consecuencia, en ausencia de estándares internacionales mínimos comunes, el régimen de penas referido a los delitos de corrupción es una cuestión político criminal de cada país. En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia especializadas han interpretado que las sanciones administrativas o penales son eficaces si permiten concretar efectos preventivos y sancionadores en un plano material. Así mismo, son proporcionales si cualitativa y cuantitativamente tienen correspondencia con la gravedad del hecho ilícito y su significado social. Finalmente, se consideran disuasorias si poseen capacidad e idoneidad suficiente para desmotivar al potencial delincuente de su interés por planificar o ejecutar el delito.

Los sistemas jurídicos de los países no latinoamericanos incluyen en sus catálogos generales y especiales de penas las privativas de libertad, la multa y las inhabilitaciones (estas últimas como penas principales o accesorias). Así mismo, se observa una clara tendencia a la prevalencia de las penas privativas de libertad como opción punitiva para los delitos de corrupción y, en menor medida, conjuntamente con penas de multa y/o de inhabilitación.

No obstante, las regulaciones no son homogéneas, presentando particularidades en cuanto a la forma de conminación, extensión, configuración legal y determinación judicial de las penas. En este sentido, se advierte que la singularidad del modelo federal de conminación penal (delitos federales y estatales) y las importantes especificidades de las reglas de determinación judicial del sistema norteamericano dificultan una evaluación comparativa con el modelo español e italiano.

Así las cosas, el régimen español de penas en general, y en particular por delitos de corrupción (incluidos los asociados al COT), presenta la particularidad de que en la mayoría de estos delitos la pena principal es triple (coincidiendo en esto con EE.UU.), incluyendo prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de la profesión o industria (o suspensión de empleo o cargo público según se determine en sentencia).

Esto en contraste con el sistema italiano en el que, por regla, la pena principal es exclusivamente la de prisión (*reclusione*), y solo incluye penas de multa en algunos delitos vinculados con el crimen organizado, en los que se adiciona una pena de multa (por ejemplo, en el lavado de activos y en el tráfico ilícito de drogas). No obstante, Italia contempla también la posibilidad de acumular a la pena privativa de libertad una pena de multa (de acuerdo con la capacidad económica del condenado según el art. 133 bis del CP italiano), si el delito se comete por un móvil de lucro, lo que extiende su aplicación a la práctica totalidad de los delitos de corrupción.

Por otro lado, también se encuentran divergencias en el mínimo y máximo de las penas de prisión. Por ejemplo, los delitos de cohecho propio (activo y pasivo) en Italia tienen un máximo de prisión de 10 años, siendo inferior en el CP español (6 años), si bien estas divergencias en los rangos penales no parecen comprometer la necesaria proporcionalidad en atención a la gravedad de las conductas incriminadas.

España concibe un doble régimen de determinación de la pena de multa que encuentra reflejo en los delitos de corrupción, en algunos casos según un sistema de días-multa (generalmente con un rango de 12 a 14 meses), en otros conforme a un régimen de multa proporcional en atención al valor del beneficio o ventaja (corrupción entre particulares), del beneficio perseguido u obtenido (tráfico de influencias), del valor de los bienes (lavado de activos) o del valor de la droga (tráfico de drogas). Según los autores, este segundo modelo de multa proporcional parece el más adecuado.

Por su parte, Italia acoge un modelo de determinación de la multa semi tasada, con montos que oscilan en un rango entre 5000 y 200.000 euros, mientras que EE.UU. acoge un modelo de multa tasado al que se adiciona un régimen alternativo de multa proporcional, debiéndose aplicar la cantidad que resulte superior de ambas opciones.

La pena de inhabilitación puede fungir en el sistema español como pena principal, pero también accesoria cuando no se prevé como principal para un delito concreto. Así mismo, puede imponerse en su modalidad de aplicación absoluta (en cuyo caso consiste de

dos elementos: privación definitiva de todos los honores, empleos o cargos públicos del condenado, e incapacidad para obtenerlos o ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena cuando la pena privativa de libertad sea superior a los 10 años) o especial (solo incluye el segundo elemento cuando la pena privativa de libertad no supera los 10 años), con rangos para delitos de corrupción que pueden ir de un mínimo de un año a un máximo de 20 años. Sin embargo, en el caso italiano, solo cabe imponer la pena de inhabilitación de cargo o empleo público o para contratar con la administración pública (en sus dos modalidades: perpetua o temporal) como pena accesoria.

En cuanto al régimen de penas por delitos de corrupción en los países latinoamericanos analizados, este presenta las siguientes características. En primer lugar, existe una absoluta primacía de las penas privativas de libertad (con independencia de su concreta nomenclatura), si bien con rangos muy heterogéneos, que tiene una extensión promedio de entre 1 y 12 años, siendo Perú el país donde se contemplan las penas más severas, al poder alcanzar en delitos como el cohecho pasivo específico hasta los 15 años. Además, de tratarse de delitos vinculados con el crimen organizado, las penas pueden superar ampliamente este umbral, destacando el caso de México con hasta 25 años de privación de libertad por tráfico ilícito de drogas (Argentina, Brasil y Perú le siguen con penas de hasta 15 años). No obstante, al margen de las penas relativas al tráfico de estupefacientes en México, estas disparidades no parecen comprometer, por regla general, el estándar de tratarse de penas eficaces, disuasorias y proporcionadas a la gravedad de los delitos.

En segundo lugar, el recurso a la multa y la inhabilitación como penas principales es variable. Así, Chile, México y Perú contemplan estas tres clases de penas en delitos de corrupción, mientras que Argentina opta por la aplicación conjunta de las penas privativas de libertad y la inhabilitación. En todo caso, la multa presenta una incidencia menor en los sistemas latinoamericanos, al igual que la aplicación de la inhabilitación referida a la pérdida del cargo de funcionario público o a la prohibición para poder ejercer en el futuro cargos públicos, así como para contratar con el Estado en caso de particulares condenados por delitos de corrupción. Esta última, pre-

senta además la particularidad de que se regula generalmente como pena principal, si bien en algunos sistemas como el peruano puede constituir también una pena accesoria.

En cuanto a las fórmulas de cuantificación y aplicación de la pena de multa que acompaña mayoritariamente a la pena privativa de libertad para estos delitos, los sistemas nacionales acogen distintas fórmulas. Aunque predomina el sistema de días-multa, como sucede en Brasil, México y Perú, Chile recurre a las “unidades tributarias mensuales”. También aparecen divergencias en el modo de obtener la cuantía de la multa. Generalmente se tiene en cuenta el volumen total del ingreso diario o renta del condenado, aunque algunos países recurren a la aplicación de porcentajes o múltiplos que inciden sobre los montos del valor del beneficio económico ilícitamente obtenido, como sucede en el caso chileno o mexicano, similar al sistema de multa proporcional del CP español.

Con respecto al régimen de la pena de inhabilitación, predominan las formas de inhabilitación especial y temporal, con variados periodos de duración que van desde menos de 1 hasta 25 años. Solo Argentina y Perú contemplan para determinados delitos penas de inhabilitación perpetua (20 años o más), del mismo modo que sucede en el caso italiano, aunque en este sistema solo es posible aplicar la inhabilitación como pena accesoria. Sin embargo, algunas legislaciones acogen también modelos de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, como son los casos chileno y argentino.

En tercer lugar, es de destacar que, entre los delitos relacionados con la corrupción, los delitos de cohecho son los que se sancionan con penas más altas, mientras que las penas más bajas se asocian a los delitos de malversación de caudales públicos.

Finalmente, en relación con Colombia, hay que subrayar su pertenencia al grupo de países, junto a España, que prevé, con carácter general, una pena principal triple (privativa de libertad, multa e inhabilitación) por delitos de corrupción (excepto en delitos de criminalidad organizada, en los que se establece una pena conjunta de prisión y multa), siendo frecuente que las penas de prisión y de inhabilitación tengan la misma duración temporal.

Aunque se observan más similitudes que diferencias con el resto de países estudiados, el sistema colombiano es uno de los más severos en la penalidad aplicable, con penas que superan el máximo del resto de legislaciones del entorno latinoamericano, sobre todo en delitos relacionados con el COT. Por ejemplo, la pena privativa de libertad puede llegar a 22 años y 6 meses en el peculado por apropiación, e incluso a los 30 años en el lavado de activos y en el tráfico de drogas.

En relación con el régimen de la pena de multa, esta se fija en Colombia según un cuestionado sistema que tiene en cuenta el monto legal que corresponde a un “salario mínimo legal mensual”. No obstante, este régimen convive con un sistema de multa proporcional, más conveniente para combatir la corrupción, a partir de equivalencias o de múltiplos sobre el valor de lo ilícitamente generado por el delito, y con topes establecidos siempre en base a salarios mínimos legales mensuales.

Por último, en el sistema colombiano las penas accesorias en delitos de corrupción son excepcionales, refiriéndose, en todo caso, a incapacidades que afectan al ejercicio de derechos y funciones públicas del condenado, siempre que al condenado se le imponga una pena principal de prisión, siendo similar en este aspecto a la regulación italiana y argentina.

De esta manera, y a la luz de lo anterior, se puede afirmar que el estándar de aplicación de sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas por la comisión de delitos de corrupción (incluidos los asociados al COT), no presenta una aplicación armonizada en los sistemas nacionales analizados, consecuencia de la ausencia de orientaciones más específicas en el ámbito internacional sobre las características cualitativas y cuantitativas de las penas principales o accesorias en la materia. Como subrayan Prado, Collantes, Trevejo & Yshii, esta falta de uniformidad, que se refleja en las asimetrías manifestadas en las legislaciones internas, debilita la configuración de un espacio internacional contra la corrupción, además de dificultar un nivel de armonización legislativa suficiente para garantizar una cooperación jurídica internacional eficaz.

6. CUESTIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN PENITENCIARIO: ESPECIAL ATENCIÓN A LA CUESTIÓN DE LA RESOCIALIZACIÓN DE LOS DELINCUENTES DE DELITOS DE CORRUPCIÓN Y LOS SUBROGADOS PENALES

El hacinamiento exacerbado y la crisis humanitaria permanente del sistema penitenciario en el contexto latinoamericano constituyen obstáculos prácticamente insalvables para el adecuado tratamiento penitenciario de las personas condenadas y el éxito de los programas de resocialización. En consecuencia, como afirman, respectivamente, Figueroa & Hernández y Tamayo & Ariza en los capítulos 5 y 6, puede afirmarse que el paradigma rehabilitador se encuentra en crisis, la cual se ve exacerbada por el giro dado hacia la retribución y la simple neutralización del delincuente en la práctica cotidiana de la ejecución penitenciaria (convirtiendo así a la cárcel en un mero depósito de seres humanos).

Ante esta situación, son varios los retos a los que se enfrenta el cumplimiento de los fines de la pena de las personas condenadas por delitos de corrupción, en el marco de una crítica teórica más amplia sobre el uso de la cárcel como mecanismo de resocialización y el tratamiento penal de los delincuentes. Todo ello, teniendo en cuenta que una estrategia anticorrupción no puede limitarse al plano de la conminación legal y de la atribución de la responsabilidad penal, sino que debe tomar también en consideración cuestiones relativas a la ejecución de la pena (de ahí la importancia de analizar el régimen de su cumplimiento por los condenados por delitos de corrupción, incluidos los vinculados al COT).

Entre estos retos, se encuentran, sin duda, los relativos a la función que corresponde a los subrogados penales (suspensión del cumplimiento de la pena y libertad condicional), los cuales, ante sistemas penitenciarios y carcelarios colapsados, se centran en la actualidad en perseguir un objetivo práctico: la descongestión de las cárceles. Esto al tiempo que tratan de mantener la esperanza de los condenados por recobrar la libertad, motivando un buen comportamiento intramuros que pueda “contagiarse” a las demás personas privadas de libertad.

Para abordar estos retos, los mencionados autores nos recuerdan que el punto de partida son los estándares internacionales básicos, que insisten en la consagración y protección del derecho a la resocialización. En el ámbito internacional universal, destaca el reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de unas garantías mínimas para asegurar el derecho a la resocialización, como el principio de legalidad y la presunción de inocencia (art. 10) y la prohibición de ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado (art. 9). Más específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) consagra en su art. 10 la finalidad del tratamiento penitenciario de promover la reforma y readaptación social de los condenados, así como de fomentar el trato digno y humano que debería recibir toda persona privada de libertad.

Esta última regla ha sido desarrollada por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas (1957; 1977), en cuanto a la finalidad resocializadora de la pena para que el castigo sea legítimo (numeral 57) y al tratamiento individualizado de los delincuentes (numeral 59). Sin embargo, son las Reglas Mandela de 2015 las que constituyen el cuerpo normativo de mayor relevancia sobre el tratamiento penitenciario y el reconocimiento de la garantía de reincorporación a la sociedad (estrechamente ligada a la resocialización), entendida como una obligación para el Estado. Además, también impone a los Estados la obligación de crear mecanismos alternativos a la prisión, a fin de facilitar la reincorporación social del condenado (numerales 4, 59 y 88).

En el ámbito internacional regional también se consagra la importancia del tratamiento humano durante la reclusión penitenciaria para alcanzar la resocialización, con garantías sustanciales y procesales que lo posibiliten (art. 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948)). Además, el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) dispone que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Como resultado, a pesar de que el recurso al castigo penal y, en concreto, a la pena de prisión aún es cuestionada, su legitimidad, como señalan los estándares internacionales, pasa, en todo caso, por

estar condicionada a su capacidad para servir a la reintegración de los condenados a la sociedad. En consecuencia, el reconocimiento de los derechos humanos y su consagración en la mayoría de las constituciones occidentales, obliga a los Estados a convertir la resocialización en una garantía fundamental derivada de la dignidad humana, sin distinción de delincuentes y tipologías delictivas (de manera que también es un derecho reconocido a los condenados por delitos de corrupción).

Con base en lo anterior, los mencionados textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos abogan sin fisuras por el tratamiento humano de la pena de privación de libertad que combine la evolución del proceso intramural del condenado y la posibilidad de su excarcelación temprana. Sin embargo, cuando se trata de delitos de corrupción (incluidos los asociados al COT), la mayoría de los instrumentos internacionales que se refieren específicamente a estos delitos guardan silencio sobre la ejecución de la pena y, en concreto, sobre posibles medidas de excarcelación temprana. Únicamente las Convenciones de Palermo y Mérida invitan, pero no obligan, a los Estados a considerar la eventualidad de la libertad condicional para los responsables de estos delitos, en atención a la gravedad de los mismos.

En consecuencia, como señalan Figueroa & Hernández, en ausencia de estándares precisos sobre los subrogados penales, su previsión y alcance se convierte en una cuestión de legislación doméstica. Además, para el abordaje de esta cuestión, es necesario tener también en consideración los siguientes aspectos:

1. Todos los sistemas jurídicos analizados, dentro y fuera de América Latina, contemplan fórmulas de suspensión de la pena y de acceso a la libertad condicional, aunque con sus propias especificidades en cuanto a los requisitos objetivos y subjetivos de concesión. Esto no impide, sin embargo, que se presenten ciertas afinidades en su régimen regulatorio, como, por ejemplo, el condicionamiento de su concesión a ciertos límites temporales (de duración de la pena para la suspensión, y de cumplimiento de una parte de la pena para el acceso a la libertad condicional), y la exigencia para ello de determinados re-

quisitos entre los que cabe destacar la ausencia de reincidencia y la buena conducta carcelaria.

2. La política de tolerancia cero desplegada dentro y fuera de América Latina en materia de corrupción ha generado, a pesar de lo anterior, una progresiva limitación (llegando incluso en algunos sistemas, como el colombiano y el mexicano, a la prohibición) en cuanto al acceso a los subrogados penales por parte de los condenados por este tipo de delitos, así como una constante expansión de los plazos requeridos para su prescripción penal (algunos países como Argentina y Perú han llegado a disponer la imprescriptibilidad para los supuestos más graves de delitos contra la administración pública o el patrimonio del Estado, duplicando el plazo para los demás).

Solamente los sistemas brasileño y chileno se apartan de esta tendencia, al optar por someter a las personas condenadas por corrupción al régimen de tratamiento penitenciario general, aplicable a cualquier condenado, esto es, sin restricciones específicas de cara a su reintegración social. Esto ha hecho que, si bien todos los sistemas estudiados parten de la consagración de la resocialización como fin al que se orienta la pena (y, en general, sustentan el régimen penitenciario en torno a la progresividad en el tratamiento de la pena privativa de libertad), lo cierto es que, sus legislaciones (en particular, las de la mayor parte de los países latinoamericanos) parecen ignorar en la práctica el paradigma rehabilitador frente a los delitos relacionados con la corrupción.

3. No se ha estudiado aún con suficiente profundidad la cuestión relativa a si los subrogados penales pueden, o no, favorecer la desintegración de las tramas, redes y organizaciones corruptas, como fenómenos estructurales, dado que su funcionalidad se ha limitado hasta el momento a la persecución y posterior resocialización de individuos concretos. En consecuencia, se mantiene el interrogante sobre si la baja incidencia en la descomposición de la estructura criminal transnacional obedece a: (a) la ausencia de persecución penal de las personas jurídicas; (b) una ineficaz política criminal que no ataca a la naturaleza estructural de la corrupción; (c) una política coercitiva

que excluye la liberación temprana en favor del clamor populista, o que busca mitigar la conflictividad social a través de gobiernos propositivos; o (d) otras causas, como por ejemplo, la alta capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias de las organizaciones o redes de corrupción.

Descendiendo al plano del régimen penitenciario de los sistemas domésticos, conviene advertir desde un inicio que, en relación con los sistemas no latinoamericanos, se observa una mayor sintonía de los sistemas español e italiano frente al de EE.UU., puesto que este último presenta algunas dificultades para su análisis, ya que: (a) se privilegian las sanciones administrativas sobre las penales; (b) la regulación penal tiene carácter estatal, lo que deriva en la coexistencia de distintas prácticas en materia de corrupción; y (c) no existen regímenes especializados en el manejo de personas condenadas por corrupción a nivel federal.

Además, mientras que, con carácter general, en el sistema español los condenados por delitos de corrupción tienen los mismos derechos que los condenados por cualquier otro delito para acceder a los programas de tratamiento penitenciario y de atención postpenitenciaria, así como a los mecanismos suspensivos o sustitutivos de la ejecución de la pena, en Italia la regulación contenida en la Ley 3 (2019) (*Legge spazzacorrotti*) es más restrictiva. Según Tamayo & Ariza, esto se debe a las siguientes razones: (a) la prescripción de los delitos de corrupción se amplía mediante su suspensión durante el proceso; y (b) inicialmente se incluyó una restricción al acceso a la reintegración de los condenados (la cual fue finalmente declarada inconstitucional por la sentencia 12-26 de la Corte Constitucional italiana (2020), por entender que vulneraba la legalidad de las penas al extenderse a hechos cometidos antes de la promulgación de la ley).

En lo que se refiere específicamente al régimen jurídico de suspensión de la pena, es importante señalar que, por tratarse de condenas que, desde la perspectiva de la resocialización, no ameritan tratamiento penitenciario, no existe, en términos generales, una prohibición expresa a su concesión por delitos de corrupción en ninguno de los sistemas analizados, a excepción de Perú (art. 57 del CP tras su reforma en 2015 por la Ley 30.304).

Sin embargo, al aplicarse la suspensión solo a penas menores, en la práctica esto supone un obstáculo casi insuperable para su concesión en casos de condenas por delitos de corrupción. Así, por ejemplo, en España solo pueden beneficiarse de una suspensión de la pena los condenados a penas no superiores a 2 años de prisión, lo que hace que solo sea aplicable a casos de tráfico de influencias y malversación, así como a situaciones de condenas de conformidad que no superen los 2 años de prisión, en atención al descuento punitivo que conlleva esta figura procesal.

Por su parte, en los sistemas latinoamericanos los límites de las penas que admiten una eventual suspensión varían, oscilando entre los dos (Brasil), tres (Argentina), o cuatro (México y Colombia) años, y siempre que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos que condicionan su concesión, como la ausencia de reincidencia, la personalidad del condenado o conducta posdelictiva, y la naturaleza, modalidad y móvil del delito. Además, a diferencia de la regulación española (e italiana), ninguno de estos regímenes jurídicos condiciona la suspensión de la pena a la reparación del daño, lo que, como señalan Figueroa & Hernández, resulta contraproducente al tratarse de delitos de corrupción.

Con respecto a esta última cuestión, la legislación italiana constituye un buen ejemplo, al exigir, como condición para la concesión de la suspensión de la pena, el pago por el condenado de una cantidad equivalente al beneficio obtenido con el delito o a lo que indebidamente hubiera recibido el servidor público en caso de delitos contra la administración pública. Además, la reparación del daño, o la eliminación de las consecuencias perjudiciales del delito, exige una revisión crítica de la conducta del condenado, esto es, alejarse explícitamente de su pasado delictivo, en consonancia con la aplicación judicial italiana de este subrogado.

En cuanto al régimen jurídico de la libertad condicional, los sistemas nacionales analizados, dentro y fuera de América Latina, privilegian que, una vez cumplida una parte de la condena (por ejemplo, tres cuartas partes en el caso español), se pueda conceder tras evaluar cómo ha sido el comportamiento en prisión, cuáles han sido los avances en el proceso de reinserción y qué riesgo de reincidencia

existe, sin que, por regla general, se prohíba su concesión para los delitos de corrupción, incluso cuando se vinculan al COT.

Solamente, el art. 85 del CP federal mexicano dispone un régimen penitenciario específico para personas condenadas por corrupción, según el cual los servidores públicos condenados por estos delitos no pueden acceder a la “libertad preparatoria” (denominación que se da en México a la libertad condicional), la cual procede una vez cumplidas las tres quintas partes de la pena en los delitos dolosos y la mitad en los delitos imprudentes. No obstante, este precepto permite levantar dicha prohibición siempre y cuando se garantice el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Esta última excepción muestra como la reparación del daño causado con el delito vuelve a cobrar importancia para el acceso a la libertad condicional en algunas legislaciones, incluyendo la italiana o la española (esta última la exige cuando se trata de delitos que causan un daño al erario por sustracción de fondos o daños económicos a la administración) (LO 1/2015, de reforma del CP). Además, también cobra importancia en ambos sistemas, como incentivo resocializador, el expreso abandono de la actividad delictiva en supuestos vinculados con organizaciones terroristas (España) y en delitos de corrupción (Italia), en este último caso bajo una causa de no punibilidad por colaborar con la justicia (Ley 3/2019).

Chile e Italia presentan, asimismo, como particularidad el permitir la imposición de penas alternativas (trabajo comunitario) por delitos de corrupción. A este respecto, la Ley chilena 18.2156 (1983) establece hasta seis fórmulas de sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad (remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión del territorio nacional y prestación de servicios en beneficio de la comunidad). Por su parte, el sistema italiano permite sustituir las penas privativas de libertad de hasta 3 años (art. 47 de la Ley 354 (1975)). Como indican Figueroa & Hernández, esta clase de medidas alternativas resultan importantes en un contexto penitenciario en el que no es posible la incapacitación general de todos los condenados, dadas las limitaciones de la infraestructura carcelaria y las situaciones de hacinamiento que se producen.

En cuanto a EE.UU., destaca el amplio margen de discrecionalidad del que dispone el juez a la hora de conceder o denegar los subrogados penales —*parole* (libertad condicional) y *probation* (libertad vigilada), siendo esta última una figura afín a la suspensión de la pena en los sistemas continentales europeos—, lo que podría provocar su rechazo por una valoración sesgada por parte del juzgador competente.

Pero, sin duda, lo que más llama la atención, es la notable disparidad existente entre los distintos sistemas nacionales analizados con respecto al tiempo de condena que es necesario cumplir para poder acceder a la libertad condicional. Así, mientras en Argentina varía entre 1 año y 8 meses y 35 años (dependiendo de la gravedad del delito), en Chile es la mitad de la condena, en Colombia y México son tres quintas partes y en España tres cuartas partes.

Como señalan Figueroa & Hernández, el sistema colombiano no se desmarca de los ordenamientos jurídicos de la región, si bien, al no existir regímenes penitenciarios abiertos y semiabiertos como en Argentina, Brasil, Chile o México, cuando no sea aplicable la suspensión de la pena solo cabe la sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliaria o la concesión de la libertad condicional tras el cumplimiento de tres quintos de la pena.

Colombia comparte, además, con Perú el hecho de prohibir expresamente que los condenados por delitos contra la administración pública, estafa y abuso de confianza que afecte a bienes públicos puedan acceder a la suspensión de la pena y a la prisión domiciliaria (previstas, respectivamente, para condenas a penas de hasta 4 y 8 años de prisión).

Además, como señalan Tamayo & Ariza, la legislación colombiana presenta muchos de los problemas identificados en demás sistemas estudiados en relación con los delitos de corrupción, lo cual se ve agravado en la práctica por el lamentable estado de las cárceles colombianas, lo que impide garantizar los derechos fundamentales de la población privada de libertad, principalmente el derecho a la resocialización y la reintegración del condenado a la sociedad.

De esta manera, la Ley 1474 (2011) excluye el acceso de los condenados por actos de corrupción a la suspensión condicional de la

pena y a la sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliaria. Asimismo, la Ley 1944 (2018) extiende esta exclusión al delito de soborno transnacional, además de prohibir la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia. Finalmente, con la reforma operada en el art. 38G del CP por la Ley 2014 (2019), se prohíbe en la actualidad el acceso a la prisión domiciliaria, así como la impartición de cátedra en colegios y en instituciones de educación superior oficiales, a los condenados por toda una serie de delitos asociados a la corrupción (peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tráfico de influencias, soborno y delitos que afecten al patrimonio del Estado, incluso si son particulares los que participan en su comisión).

A la luz de lo anterior, Figueroa & Hernández concluyen en relación con la cuestión específica de los subrogados penales que, si bien estos son herramientas centrales para la resocialización del condenado, priman, en la actualidad, medidas de “eficacia simbólica” que llevan a vetar ciertos subrogados para personas condenadas por delitos de corrupción. Todo ello a pesar de la crisis del sistema penitenciario, y sin que se hayan explorado en profundidad los efectos que pueden tener en la desarticulación de las organizaciones criminales. Esta política criminal favorece, sin duda, que los condenados puedan ser reemplazados y que las estructuras o instituciones que promueven la corrupción puedan permanecer intactas.

Por su parte, Tamayo & Ariza ponen el acento, de manera más general, en lo siguiente:

1. La restricción de los beneficios penitenciarios en general, y en particular en delitos de corrupción, parece encontrar explicación en la excesiva confianza de las sociedades contemporáneas en la capacidad de la pena de prisión para servir de mecanismo de disuasión y actuar como única respuesta posible (y útil) al injusto penal. Esto permite, así mismo, explicar, al menos en parte, el crecimiento penitenciario en América Latina.

Sin embargo, aunque no puede negarse el aspecto simbólico que conlleva el castigo penal, diversos estudios cuestionan la capacidad de la pena y, en especial, de la prisión, para disuadir a los delincuentes, subrayando la existencia de otros mecanismos más adecuados para prevenir la corrupción (programas de fiscalización, vigilancia y control, procesos de fiscalización pública y privada, participación democrática de los ciudadanos, creación de prácticas de buena administración, entre otros), junto a otras herramientas idóneas para una resocialización eficiente de los infractores (como el acompañamiento y la construcción de tejidos sociales en los que los condenados puedan participar de manera positiva en la construcción de ciudadanía).

De esta manera, la privación de acceso a las posibilidades de “corromper”, al ser aislados de las redes y contextos que les permite delinquir, se ha venido considerando suficiente para evitar la reincidencia en delitos de corrupción, de manera que la pena privativa de libertad (o, al menos, su imposición durante periodos excesivamente amplios) respondería exclusivamente a su contenido simbólico de “encerrar”, o “mantener encerrados” a los corruptos, lo que resulta difícilmente compatible con los ordenamientos constitucionales garantistas.

Por ello, debería valorarse la posibilidad de recurrir a otras medidas de tipo administrativo, fiscal, empresarial, pedagógico o social, que pudieran desplegar una mayor capacidad que el castigo penal para evitar la comisión de estos delitos. Además, el énfasis en la función simbólica de la pena (con base en su fin preventivo general positivo o negativo) se presenta más problemático cuando se observa que los delincuentes de cuello blanco suelen gozar de mejores condiciones de reclusión que la población interna común.

2. La expansión de la prohibición de la prescripción en delitos de corrupción: (a) no puede fundamentarse en la necesidad de perseguir a toda costa a los delincuentes, dado que va en contra del ideal rehabilitador de la pena; y (b) se vincula con el problema de la inacción de la justicia (y por tanto de la impunidad), debido a que las redes de corrupción menoscaban

los sistemas de investigación y enjuiciamiento nacionales. Sin embargo, ni los delitos de corrupción se pueden perseguir sin importar la finalidad constitucional del castigo penal y la cárcel, ni todos los delitos de corrupción son iguales, por lo que no puede tratarse la prescripción penal de la misma forma en cada caso. Además, habría vías para extender la prescripción de manera garantista y compatible con la rehabilitación del castigo penal y la prisión, por un lado, y la necesidad de investigar y juzgar los delitos de corrupción, por otro. Ello ocurre cuando se conecta, no al momento de la comisión del delito, sino al de la identificación y perduración de sus efectos dañinos, lo que, si bien también plantea sus propios problemas, resulta menos restrictiva de derechos fundamentales que la imprescriptibilidad de la acción penal.

7. LA CONCESIÓN DE AMNISTÍAS E INDULTOS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN

La corrupción, incluida la asociada al COT, es un fenómeno que ha de analizarse no solo desde una perspectiva penal, sino también política y ética. Por ello, la pregunta que aborda Vargas en el capítulo 7 es la relativa a si frente a la atribución de responsabilidad penal a los responsables de estos delitos, y ante la severidad de los regímenes de ejecución de penas estudiados en la sección anterior, cabe la posibilidad de otorgar amnistías o indultos a los condenados por delitos vinculados con la corrupción, en la medida en que su concesión depende exclusivamente de la voluntad política de quienes ostentan la potestad de otorgarlos.

En relación con las figuras objeto de estudio, es necesario señalar que mientras que la amnistía supone una derogación retroactiva de carácter general e impersonal de una norma que califica una conducta como delictiva y le impone una pena, el indulto actúa únicamente sobre la pena impuesta a una persona que ha delinquido, excepcionando el cumplimiento de la pena o atenuándola en un caso concreto. Estas “medidas de gracia” son prerrogativas estatales de aplicación discrecional que, en esencia, buscan mitigar los efectos

de la ley cuando debido a su aplicación rigurosa produce resultados injustos o indeseables, que no pueden evitarse por otros medios. Sin embargo, al tratarse de decisiones políticas, algunos gobiernos las han adoptado por otro tipo de razones.

Como resultado, no son pocas las críticas que han recibido estas figuras en general, y en particular cuando son adoptadas con respecto a delitos de corrupción. Entre ellas, cabe destacar las siguientes:

1. El castigo en muchas sociedades, como la colombiana, se concibe como una obligación jurídica y moral, según la cual debe aplicarse, incluso de forma severa o ejemplarizante.
2. Existe la percepción social de que los condenados con cierto poder pueden acceder casi de forma automática al indulto u otras formas de conmutación de la pena, generando impunidad y eliminando el efecto intimidatorio de la norma penal.
3. Las medidas de gracia vulneran el principio de división de poderes, por ser una intromisión del gobierno, y en ocasiones del legislativo, en el poder judicial.
4. El gobierno no tiene legitimidad para otorgar estas medidas frente a los derechos de las víctimas. Así, según la opinión mayoritaria, los delitos de corrupción generan una gran afectación colectiva, aunque no presenten víctimas individuales. Por ello, de seguirse esta posición, la ponderación de los efectos positivos y negativos de conceder un indulto o una amnistía han de ser considerados en atención a dicha afectación colectiva, y a lo que implicaría su concesión en el marco de situaciones de corrupción estructurales. De ahí que, como indica Vargas, el cuestionamiento de estas medidas de gracia en relación con los delitos de corrupción sea aún mayor, al entender que con ello se perpetúa la afectación a la colectividad sin causa justificada.
5. La absoluta discrecionalidad en su concesión, sin que se conozcan las razones o resulten explicables.

En definitiva, la concesión de amnistías o indultos se ha llegado a entender como un acto de corrupción en sí mismo del que se benefician los poderosos para evitar ser condenados, lo que impide la

realización de los fines a los que aspira la pena al sancionar este tipo de delitos (retribución, prevención general o disuasión y prevención especial).

No obstante, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, en determinados casos la concesión de estas medidas puede tener un efecto social favorable (sobre todo en relación con los delitos políticos), cuando con ellas se aspira a garantizar la paz y la estabilidad social (Sentencia C-45 (1997)). De esta manera, las medidas de gracia pueden funcionar como auténticos mecanismos de transición en situaciones en que la sociedad ha sufrido una situación de tal inestabilidad que castigar determinadas conductas podría resultar aún más perjudicial.

En este contexto, no existe una posición internacional sobre el otorgamiento de amnistías o indultos en materia de corrupción, porque ninguna norma de ámbito universal o regional lo prohíbe expresamente. De hecho, las Convenciones de Palermo (art. 11.2) y Mérida (art. 30.3) se limitan a afirmar la necesidad de que las sanciones penales resulten eficaces y cumplan una función preventiva, pero no van más allá. En consecuencia, a nivel internacional, solo cabe afirmar la prohibición de estas medidas de gracia con el fin de impedir que se apliquen para dejar en la impunidad los crímenes internacionales más graves y las violaciones graves de derechos humanos.

Como resultado, y ante la ausencia de estándares internacionales precisos en esta materia, su existencia, objeto y requisitos se convierte en una cuestión de política criminal interna. En este contexto, los sistemas jurídicos no latinoamericanos que han sido objeto de estudio (España, Italia y EE.UU.) presentan los siguientes aspectos en común:

1. Las medidas de gracia son instituciones muy antiguas que se han utilizado (y se siguen utilizando) frecuentemente, de formas muy diversas y con distintos fines.
2. Su concesión es esencialmente discrecional, e incluyen figuras que extinguen la responsabilidad penal o la pena, pudiendo ser generales o particulares.

3. Se han utilizado, en ocasiones, en casos de corrupción sin justificación alguna, lo que ha provocado el abuso de estas medidas para beneficiar a quienes son cercanos al poder (como, por ejemplo, el indulto otorgado al ex presidente Richard Nixon en EE.UU., los indultos concedidos en relación con el caso *Tangentopoli* en Italia, o los 16 indultos por condenas relativas a delitos de corrupción concedidos durante el gobierno de Mariano Rajoy en España).
4. Lo anterior ha derivado en una gran inconformidad de la opinión pública que considera la concesión de estas medidas de gracia como una forma de corrupción en sí misma que permite que unos pocos puedan burlar el sistema penal.

Se observan también ciertas particularidades en la regulación de las medidas de gracia en estos sistemas. Así, en España está prohibida la concesión de indultos generales. Por su parte, en EE.UU. el presidente (o, en su caso, los gobernadores de cada Estado, según se trate de un delito federal o estatal) pueden conceder amnistías, indultos (*pardons*), conmutaciones de pena condicionadas (aunque nunca se ha utilizado esta fórmula) o incluso perdones que interrumpen la investigación. Además, el Congreso tiene la facultad de revisar las medidas de gracia otorgadas por el presidente, si bien nunca las ha revocado hasta el momento.

En cuanto a los sistemas latinoamericanos, si bien la corrupción es un fenómeno muy arraigado y estructural, con una larga tradición histórica, las medidas de gracia no han tenido, en general, como objeto este tipo de delitos, sino que, por el contrario, se han utilizado generalmente para abordar otro tipo de cuestiones, como problemas humanitarios o de hacinamiento carcelario. Además, estas medidas se han utilizado también para superar contextos de violencia masiva (como las dictaduras en Chile y Argentina, el terrorismo en Perú y el COT en México), por lo que son consideradas también como medidas de transición para superar periodos de gran inestabilidad social.

Sin embargo, su aplicación no se extiende a crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos. Esto debido a que la jurisprudencia nacional, siguiendo lo dispuesto a este respecto en los instrumentos internacionales, ha tratado de impedir que las

amnistías se utilicen para dejar impunes este tipo de delitos cometidos en contextos de extrema violencia. Un buen ejemplo en este sentido es la anulación por parte de la Corte Suprema de Argentina en 2007 de los indultos otorgados por el ex presidente Carlos Menem a los responsables de las Juntas Argentinas que estuvieron al frente de la dictadura militar entre 1976 y 1983. Otro ejemplo son los límites establecidos por la Corte Suprema de Chile a la aplicación de la Ley de Amnistía en relación con los crímenes cometidos durante el régimen militar de Augusto Pinochet.

Lo anterior, no obsta, sin embargo, a que también se hayan adoptado medidas de gracia en relación con algunos casos de corrupción (como los indultos concedidos a algunos bancos privados o a contribuyentes por deudas fiscales o al propio expresidente de Brasil, Fernando Collor de Mello), habiendo sido posteriormente, en ocasiones, revocadas, como ocurrió con el indulto concedido a José Enrique Crousillat en Perú. Estas revocaciones han sido fruto de la indignación social generada por su concesión, al ser vistas como una herramienta de impunidad. Como consecuencia, algunos países como México han prohibido expresamente conceder indultos a funcionarios públicos culpables de cometer delitos en el ejercicio de su cargo. Por su parte, en Argentina se ha llegado a presentar una iniciativa (proyecto de ley 0478-D-2018) para prohibir los indultos, amnistías y conmutación de penas a los condenados por delitos de corrupción, sin que, sin embargo, haya sido aprobada hasta el momento.

Finalmente, en cuanto a Colombia, el país se caracteriza por combinar un histórico contexto de conflicto armado con altos índices de corrupción. Ante esta situación, el uso de las amnistías e indultos ha estado, en gran medida, vinculado con delitos políticos, en un intento por superar el conflicto y alcanzar la paz (este es el caso, por ejemplo, de la Ley 1820 (2016), producto de la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera entre las antiguas FARC-EP y el gobierno colombiano). En consecuencia, este tipo de medidas de gracia se ven principalmente como mecanismos excepcionales de transición. Esta concepción se ve reforzada porque en Colombia, al igual que en Mé-

xico, no es posible conceder amnistías e indultos a quienes han cometido delitos de corrupción (lo que no ha impedido, sin embargo, que se hayan adoptado un limitado número de amnistías tributarias, económicas y cambiarias).

A pesar de lo anterior, y si bien, en términos generales, las amnistías y los indultos no son herramientas idóneas para luchar contra la corrupción (al limitar el efecto intimidatorio del derecho penal, poner en cuestión la legitimidad del sistema jurídico, operar como un incentivo perverso que promueva nuevos actos de corrupción y aplicarse con una manifiesta falta de transparencia y racionalización), se ha planteado recientemente la cuestión relativa a si, excepcionalmente, deberían ser aceptadas también para este tipo de delitos, siempre y cuando: (a) ayuden a superar situaciones de gran inestabilidad social (es decir, fueran al mismo tiempo medidas de transición); y (b) permitan obtener aportes significativos a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición (excluyendo, en todo caso, de su ámbito de aplicación los crímenes internacionales más graves).

Ante esta pregunta, Vargas adopta una posición, hasta ahora minoritaria, al responder afirmativamente, teniendo en cuenta las particulares características del conflicto colombiano. Así, según la autora, la íntima conexión existente entre el conflicto y la presencia de una corrupción estructural y sistémica (manifestada en la manipulación de registros públicos para evitar que los propietarios desplazados por el conflicto recuperen su tierra, la financiación de campañas electorales, el desvío de recursos públicos para financiar grupos armados, o la compra de votos por parte de los distintos actores armados, entre otros ejemplos), ha provocado que la participación de la clase política y de la fuerza pública haya sido necesaria para que el conflicto se haya prolongado durante tanto tiempo (en otras palabras, sus prácticas corruptas han agravado el conflicto y han aumentado la ruptura de los lazos sociales, además de provocar la comisión de graves violaciones de derechos humanos).

Por ello, para Vargas, sería recomendable que estas prácticas corruptas puedan ser objeto de medidas de gracia, a condición de que quienes incurrieron en las mismas cuenten la verdad (revelando, entre otras cosas, como han servido para financiar a los actores arma-

dos) y ofrezcan bienes para implementar programas de reparación para las víctimas y garantías de no repetición (ambos objetivos fundamentales de la justicia transicional).

8. REFLEXIONES FINALES

Los organismos internacionales han alertado desde hace tiempo de las nefastas consecuencias de la corrupción, exhortando a los Estados al establecimiento de políticas y medidas preventivas que actúen de barrera de contención frente a este pernicioso fenómeno, así como a la adopción de medidas represivas que castiguen las conductas en que se manifiesta con sanciones eficaces, disuasorias y proporcionales. Por ello, la Convención de Mérida “introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción”.

Pero al mismo tiempo que este tipo de disposiciones constituyen la base para el desarrollo de una estrategia global anticorrupción (incluida la asociada al COT), la naturaleza y alcance de estas normas evidencia también las dificultades y debilidades para ello. Así, aunque existe una obligación internacional para incriminar los actos de corrupción en sus distintas manifestaciones y tipologías delictivas, las cuestiones de parte general que han sido objeto de análisis en esta obra, y que en gran medida condicionan cualitativa y cuantitativamente el castigo penal (también una vez dictada sentencia condenatoria) y, en última instancia, la eficacia preventiva del derecho penal, solo son, en el mejor de los casos, abordadas por los instrumentos internacionales en sus disposiciones facultativas. Además, algunas de ellas ni tan siquiera aparecen mencionadas, o son abordadas a través de criterios excesivamente amplios e indeterminados.

El insuficiente tratamiento de las cuestiones de parte general en los estándares internacionales (tanto universales como regionales), no favorece su incorporación al ámbito interno en los aspectos que, sin afectar a la tipificación de la conducta delictiva, resultan determinantes para “ajustar” la penalidad a la gravedad de la conducta y mantener la confianza en el conjunto del sistema de justicia.

Esto conduce a un escenario doméstico en el que, a pesar de ciertas afinidades, impera, en general, la heterogeneidad de regímenes, dependiendo de las tradiciones socio-jurídicas de cada país. Esta ausencia de un nivel suficiente de armonización constituye un gran obstáculo para la eficacia de la cooperación jurídica internacional en la lucha contra la corrupción transnacional.

Por ello, las recomendaciones ofrecidas en la presente obra colectiva requieren, en todo caso, que a la hora de su aplicación en cada Estado se introduzcan los ajustes necesarios para garantizar un nivel suficiente de armonización, con el fin de que su implementación pueda tener efectos positivos en el ámbito de la cooperación con terceros países.

Sin embargo, esto no es una tarea sencilla, como se refleja a lo largo de esta obra. Así, por una parte, hay que subrayar que la falta de eficacia de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos para evitar, o al menos disminuir, los comportamientos corruptos (especialmente, cuando están vinculados al COT), tiene mucho que ver con el abordaje de las cuestiones de parte general sin tener en cuenta: (a) las concretas circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales de amplios sectores de la sociedad (especialmente, de quienes habitan en municipios y regiones periféricas), lo que hace que los ordenamientos jurídicos no respondan a la multiculturalidad y a las necesidades de gran parte de la población; (b) los problemas estructurales que fomentan las dinámicas de corrupción; y (c) la indiferencia ante esta situación de los sectores mejor establecidos en las sociedades que los padecen.

Esto plantea, sin duda, una tensión inherente a cualquier reforma anticorrupción que se quiera introducir, porque si desde la perspectiva de la eficacia de la cooperación jurídica internacional se requiere un mayor nivel de armonización entre las legislaciones nacionales, desde el punto de vista de su eficacia interna es fundamental prestar la necesaria atención a la multiculturalidad y a las diversas condiciones de vida de los distintos grupos poblacionales.

Además, por otra parte, existen también dificultades muy significativas para encontrar el equilibrio en el ámbito nacional entre la eficacia preventiva del derecho penal en la lucha contra la corrupción

y el respeto a los principios y categorías del denominado “derecho penal liberal” (especialmente, en el ámbito del tratamiento penitenciario) que determinan la legitimidad de la intervención penal.

De esta manera, si bien la eficacia preventiva del derecho penal se vincula directamente con su capacidad de disuasión, de manera que la amenaza de sanciones severas (e incluso la sobrecriminalización de las conductas punibles) puede, en teoría, actuar como un elemento disuasorio para quienes contemplan cometer actos de corrupción, no es menos cierto que su aplicación tiene un costo muy elevado cuando conlleva el sacrificio de garantías individuales.

Las tensiones entre estas dos finalidades propias del derecho penal liberal se ponen de manifiesto, explícita o implícitamente, en algunas de las cuestiones de parte general abordadas en esta obra, de entre las que destacamos, a modo de ejemplo, las siguientes:

1. La incriminación de los actos preparatorios puede servir de herramienta para evitar la materialización de delitos graves de corrupción. Sin embargo, la ampliación del alcance de la responsabilidad penal a fases tempranas del proceso delictivo plantea la posibilidad de criminalizar comportamientos que, por sí mismos, pueden carecer de la gravedad y culpabilidad asociadas con la consumación del delito. Además, el castigo de los actos preparatorios plantea interrogantes sobre la proporcionalidad de la respuesta penal y conlleva el riesgo de castigar la intención antes que el acto.
2. La corrupción proporciona espacios donde las organizaciones y los grupos criminales pueden infiltrarse, cooptar y manipular a su favor, mientras que el crimen organizado alimenta la corrupción al introducir flujos masivos de recursos obtenidos a través de actividades ilegales. El compromiso internacional de combatir toda manifestación de la criminalidad organizada (sobre todo si tiene un alcance transnacional) ha llevado a incriminar, no solo los delitos que esta comete, sino la propia acción de asociarse o concertarse para ello, a pesar de lo mutable de su tipología (como refleja la distinción entre grupo delictivo organizado y grupo estructurado recogida en la Convención de Palermo).

Esta ampliación del alcance de la intervención penal conlleva, sin embargo, el riesgo de incurrir en una criminalización generalizada de quienes, aunque pueden tener vínculos con personas que intervienen en actividades ilícitas, no se encuentran directamente involucrados en actos criminales, y ni tan siquiera han realizado una contribución activa al mantenimiento de la organización o grupo. Esto no solo dificulta la distinción con ciertas formas de codelincuencia, sino que plantea importantes interrogantes a la luz de los principios de lesividad y de proporcionalidad frente a la conducta individual, sobre todo cuando la ley no delimita claramente los contornos legales de estas formas de asociación para delinquir, o no distingue entre distintos niveles de participación o conocimiento de las actividades delictivas.

3. La resocialización, a cuyo fin se orienta el régimen penitenciario en general, y los subrogados penales en particular, es cuestionada cuando se trata de personas condenadas por delitos de corrupción, como consecuencia de su propia naturaleza, su carácter estructural y la existencia de una fuerte presión social y política que trata de negarles, o cuanto menos dificultarles, una segunda oportunidad.

A la inversa, también puede suceder que la tensión surja entre el sacrificio de la eficacia preventiva de la norma penal y la finalidad pragmática o “bien mayor” que subyace a los mecanismos de colaboración premiada, plasmada en la idea de que es mejor renunciar a una parte (o al conjunto) de la pena que afrontar la impunidad del delito en un escenario de intrincadas y opacas tramas corruptas.

Sin embargo, esto puede generar en la ciudadanía una percepción de que el sistema penal resulta más benévolo con el delincuente corrupto (sobre todo si tiene una buena posición socio-económica) que con el delincuente común, o que los delitos de corrupción son delitos privilegiados, lo que también puede hacerse extensible a la posibilidad de concesión de amnistías o indultos a los condenados por los mismos, incluso en el marco de procesos de justicia transicional.

Como resultado, si bien la eficacia preventiva no puede centrarse únicamente en el castigo penal, el derecho penal no puede tampoco prescindir del mismo, lo que genera la necesidad de buscar un difícil equilibrio ante la constante tensión en la que se encuentra con las garantías individuales, so pena de caer en la tentación de sacrificar uno u otras sin atender a la raíz del problema.

En consecuencia, a la luz de la anterior, consideramos que una estrategia anticorrupción más eficaz (aplicada, en particular, a las cuestiones de parte general abordadas en este volumen) debería basarse en un enfoque centrado en la adopción de medidas extrapenales preventivas y correctivas que aborden las causas económico-políticas y socio-culturales de la corrupción, las cuales sean complementadas por medidas penales cuyos elementos sean definidos con precisión, respeten los fundamentos del derecho penal liberal, tengan una adecuada consideración de las circunstancias concretas en las que viven las distintas poblaciones del respectivo país, y ofrezcan un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales como para poder recurrir a la cooperación jurídica internacional de manera más efectiva.

Capítulo 9

Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*
HÉCTOR OLASOLO*
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*

* Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Coinvestigador Principal del Proyecto 71848, que forma parte del Programa de Investigación 70593 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de MinCiencias (Colombia).

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Dere-

1. INTRODUCCIÓN

Para finalizar este volumen, se presentan a continuación de manera sistematizada una serie de recomendaciones elaboradas por los autores para enfrentar el fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculad al COT) tanto en América Latina, como en Colombia, en relación con las medidas penales de parte general que han sido objeto de estudio en el presente volumen.

2. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA

Con base en las reflexiones finales que hemos presentado en el capítulo anterior, y a la luz de lo expuesto por los autores en los distintos capítulos, se presentan a continuación las siguientes recomendaciones, generales y específicas, para los países latinoamericanos.

2.1. *Recomendaciones generales*

1. Fomentar el análisis y debate sobre los estudios cada vez más numerosos que recomiendan el recurso (alternativa o complementariamente) a mecanismos que pueden ser más idóneos que el castigo penal para prevenir la corrupción (programas de fiscalización, vigilancia y control, participación democrática de los ciudadanos o fomento de buenas prácticas en la administración, por poner solo algunos ejemplos) y para promover una mayor resocialización de los infractores (acompañamiento y construcción de tejidos sociales donde los condenados puedan aportar a la construcción de ciudadanía).

En mayor o menor medida, estos estudios se caracterizan por: (a) cuestionar la capacidad de la pena y, en especial, de la prisión, para disuadir a los delincuentes, subrayando la existencia de otros mecanismos más adecuados para prevenir la corrupción (programas de fiscalización, vigilancia y control, procesos de fiscalización pública y

cho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

privada, participación democrática de los ciudadanos, creación de prácticas de buena administración, entre otros), junto a otras herramientas idóneas para una resocialización eficiente de los infractores (como el acompañamiento y la construcción de tejidos sociales en los que los condenados puedan participar de manera positiva en la construcción de ciudadanía); (b) considerar suficiente para evitar la reincidencia en delitos de corrupción la privación de acceso a las posibilidades de “corromper” mediante el aislamiento de las redes y contextos que permiten cometer este tipo de delitos; (c) considerar que la imposición de penas privativas de libertad, o al menos su imposición durante periodos excesivamente amplios, responde exclusivamente a su contenido simbólico de “encerrar”, o “mantener encerrados” a los corruptos, lo que resulta difícilmente compatible con los ordenamientos constitucionales garantistas; y (d) entender que el énfasis en la función simbólica de la pena (con base en su fin preventivo general positivo o negativo) es particularmente problemático ante la constatación de que los delincuentes de cuello blanco suelen gozar de mejores condiciones de reclusión que la población interna común.

2. Evaluar las alternativas al uso preferente del castigo penal en relación con los delitos de corrupción (en especial las medidas de tipo administrativo, fiscal, empresarial, pedagógico o social), así como los escenarios en que, ya sea por sí mismas, o complementadas con medidas penales, puedan mostrar una mayor capacidad que el castigo penal para evitar la comisión de este tipo de delitos. Esto teniendo en cuenta que el creciente punitivismo en América Latina: (a) no solo constituye un paso atrás en el ideario penal liberal, sino que constituye un problema fundamental en sociedades ampliamente desiguales como las latinoamericanas, donde el ejercicio del *ius puniendi* del Estado recae usualmente sobre las clases más desfavorecidas; (b) ha provocado un aumento generalizado de la población penitenciaria con el consiguiente deterioro de las condiciones de reclusión; y (c) ha puesto de manifiesto la necesidad de superar la crisis del paradigma resocializador como epicentro de la pena y del régimen penitenciario.

3. Elaborar, a la luz de lo anterior, una estrategia regional anti-corrupción centrada en la adopción de: (a) medidas extrapenales

preventivas y correctivas que aborden las causas económico-políticas y socio-culturales de la corrupción (es particularmente importante abordar los problemas estructurales que promueven la corrupción en América Latina, incluyendo las desigualdades socioeconómicas, la ausencia de oportunidades, la falta de acceso a la justicia, las falencias del Estado de derecho y la debilidad institucional, mediante un compromiso político y económico (provisión de recursos) que se extienda suficientemente en el tiempo como para abordar estos problemas en el corto, medio y largo plazo); y (b) medidas penales, que complementen las extrapenales, y que se caractericen por los siguientes aspectos: (i) la definición de sus elementos de manera precisa; (ii) el respeto a los fundamentos del derecho penal liberal; (iii) su diseño con base en una adecuada consideración de las circunstancias concretas de vida de los distintos grupos poblacionales a los que van a ser aplicadas (incluyendo los que habitan en municipios y regionales periféricas); y (iv) la provisión de un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales como para poder recurrir a la cooperación jurídica internacional de manera más efectiva.

4. Fortalecer institucional y presupuestariamente la estrategia regional de lucha contra la corrupción que se adopte, con el fin de promover un incremento en el nivel de efectividad de la ley y su aplicación real en el territorio de los distintos países, porque los desarrollos normativos pierden su potencialidad como instrumentos de lucha contra la corrupción (especialmente, cuando se encuentra asociada al COT) si no se garantiza su aplicación.

5. Adoptar políticas públicas orientadas a lograr la aplicación efectiva de la legislación penal que forme parte de la estrategia regional anticorrupción, que deberían incluir las siguientes medidas: (a) reforzar el poder judicial en sentido amplio, incluyendo aspectos tales como la adecuación salarial, las infraestructuras tecnológicas (incluyendo las ciberdefensas y la recogida y custodia de pruebas electrónicas), el reclutamiento, la capacitación y las infraestructuras de seguridad institucional; (b) crear fiscalías especializadas (como ya existe en países como España o EE.UU.); (c) adoptar políticas criminales claras y comprensivas en relación con la aplicación de la normativa jurídico-penal objeto de estudio; (d) promover medios y fórmulas de investigación y enjuiciamiento más eficientes; (e) refor-

zar la investigación policial, especialmente en la lucha contra el COT, utilizando las tecnologías de la información para su investigación y persecución penal; (f) fortalecer normativa y administrativamente los programas de protección y asistencia a los testigos que enfrentan amenazas o intimidación como resultado de su testimonio; (g) realizar una dotación presupuestaria lo suficientemente amplia como para poder abordar los retos con un cierto nivel de solvencia; (h) fomentar la coordinación interinstitucional entre los diversos actores del sistema de justicia; e (i) promover la concienciación pública mediante campañas educativas.

6. A la luz de la mencionada estrategia regional anticorrupción, trabajar en la elaboración, negociación y eventual adopción de una convención regional que garantice un nivel suficiente de regulación jurídico-internacional de las cuestiones de parte general analizadas en el presente volumen, con especial atención a las especificidades que puedan ser necesarias a la luz de las formas de intervención del COT en las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción.

7. Establecer un organismo supranacional para monitorear la implementación de la Convención en el ámbito de los Estados miembros, con poderes para emitir y publicar informes de evaluación periódicos que: (a) tenga como criterio rector la búsqueda de un nivel suficiente de armonización entre los sistemas jurídicos latinoamericanos que permita utilizar de manera efectiva los mecanismos de cooperación internacional; y (b) utilice como principales estrategias de acción las dos siguientes: (i) centrar la atención en aquellas conductas verdaderamente relevantes para abordar de manera eficaz el fenómeno al que se pretende responder; y (ii) promover reformas legislativas cuyo contenido prevea suficientes niveles de armonización que no requieran necesariamente abandonar las respectivas tradiciones socio-jurídicas nacionales.

2.2. Recomendaciones específicas

2.2.1. Respeto de los actos preparatorios punibles, la asociación ilícita y la tentativa

1. Fomentar el debate sobre la conveniencia de tipificar los actos preparatorios (dado que por el momento no se inculpan en nin-

guno de los sistemas jurídicos latinoamericanos), sobre todo cuando la preparación del delito involucra a varios sujetos. Los países de la región deberían aunar esfuerzos para alcanzar una posición común a este respecto, valorando la conveniencia de definir un sistema de *numerus clausus* en el que se determine qué actos preparatorios serían punibles y en relación con qué delitos (incluyendo en todo caso las modalidades más graves de actos de corrupción, especialmente cuando están vinculados con el crimen organizado). La legislación española podría servir como referente en torno al cual desarrollar este debate.

2. Promover un mayor grado de armonización de las legislaciones penales en el caso del delito de asociación ilícita, en relación con la definición de esta figura, su sujeto activo, sus modalidades de comisión y sus penas, para poder ser más efectivos en la lucha contra la corrupción asociada al COT. En este sentido es particularmente relevante definir de manera clara y precisa qué constituye asociación ilícita en el contexto de la corrupción transnacional y el crimen organizado, lo que incluye identificar los elementos específicos que caracterizan a una organización criminal y establecer los criterios para su aplicación. La regulación peruana podría servir de pauta con la diferenciación que establece entre la organización criminal y la banda criminal, similar a la distinción recogida en la Convención de Palermo entre las formas de delincuencia organizada, con base en su estructura y permanencia en el tiempo.

3. Limitar el castigo por pertenencia a una asociación ilícita a aquellas conductas que contribuyan activamente a su proyecto criminal, en atención a los parámetros de lesividad y de proporcionalidad que guían la intervención penal.

4. Tipificar el castigo de la tentativa en relación con los delitos dolosos de corrupción, en consonancia con la normativa internacional en esta materia. En este sentido, la regulación chilena podría servir de inspiración a los demás Estados latinoamericanos, al incorporar en la valoración de la tentativa un criterio de peligrosidad objetiva que permite analizar el peligro real de los actos en conexión con el bien jurídico protegido.

5. Valorar la conveniencia de incriminar la complicidad y el encubrimiento en el caso de la tentativa por delitos de corrupción en

aquellas legislaciones que no contemplan el castigo de estas figuras cuando no se produce la consumación.

2.2.2. Respeto de la cooperación eficaz

1. Definir una estrategia común para la introducción en las legislaciones penales y procesales domésticas de mecanismos de cooperación basados en un sistema de incentivos premiales que ameriten una mitigación de la responsabilidad. Esta colaboración sustancial o eficaz, sugerida en el plano internacional, resulta un elemento fundamental en una estrategia para la prevención y represión de delitos de naturaleza corrupta. Además, es recomendable que México modifique, en todo caso, su legislación sobre esta cuestión, puesto que no contempla ningún mecanismo en virtud del cual, ante el ofrecimiento de colaboración concreta y útil por parte del corrupto o corruptor, el Estado asegure beneficios sancionadores.

2. Promover un mayor nivel de armonización en las condiciones de acceso a los beneficios de cooperación voluntaria en atención a una finalidad práctico-operativa, es decir, basados en datos objetivos de utilidad en la investigación y no en una disposición moral de arrepentimiento del delator. La configuración de estos incentivos premiales debería basarse, en consecuencia, en el suministro de información relevante o idónea para: (a) revelar la estructura, las funciones, y la dinámica de funcionamiento de la organización criminal; (b) identificar a otros participantes en el delito en el que está involucrado el colaborador; o (c) descubrir otras circunstancias del delito desconocidas por la autoridad pública.

3. Evaluar la conveniencia de requerir específicamente al colaborador, como condición para acceder a un beneficio por colaboración, cuáles son las fuentes de financiación de la organización o trama corrupta (ya previsto en las legislaciones argentina y peruana), lo que puede articularse igualmente como alternativa a otra información que objetivamente ayude de manera eficaz a la investigación y persecución por las autoridades.

4. Fomentar un mayor nivel de armonización en los efectos de la recompensa de la colaboración en el plano de la responsabilidad pe-

nal. A pesar de la dificultad existente a este respecto, por ser una cuestión en la que influyen tanto aspectos sustantivos como procesales y, en este último caso, condicionado a la vinculación de la acusación pública al principio de legalidad o de oportunidad, se recomienda que esta recompensa sea preferiblemente atenuante y no excluyente de la responsabilidad penal. En todo caso, debería limitarse una eventual impunidad del colaborador cuando el suministro de información útil para la investigación suceda en una etapa incipiente del procedimiento o, incluso, antes de que las autoridades descubran el delito, además de requerir la entrega del producto del delito y la reparación del daño causado.

5. Valorar la conveniencia de introducir legislativamente una concesión gradual de beneficios por colaboración, en la tónica que recoge el régimen peruano, con base en los distintos momentos procesales en que se produce dicha colaboración y los requisitos específicos de acceso al beneficio.

2.2.3. Respeto de las circunstancias agravantes

1. Impulsar, con carácter general, la reformulación o integración de los principales instrumentos de política criminal contra la corrupción y la criminalidad organizada para que en ellos se recojan estándares más precisos en materia de circunstancias agravantes. El espacio estratégico idóneo en el ámbito latinoamericano para la evaluación y discusión sobre las propuestas que aborden los problemas detectados debería ser el MESICIC, como instancia especializada que reúne a todos los países miembros de la OEA. Esto, sin perjuicio de que, a nivel universal, esta función la deberían cumplir las Naciones Unidas, a partir de la Convención de Mérida, con el apoyo de organismos especializados como la UNODC.

2. Promover un mayor nivel de armonización de los catálogos de circunstancias agravantes genéricas, específicas y cualificadas en los delitos de corrupción, especialmente cuando se vinculan al COT. Se recomienda que la estrategia operativa e instrumental de impulso de esta tarea se lleve a cabo en el marco del MESICIC, como espacio de políticas anticorrupción de la OEA.

3. Introducir como circunstancia agravante específica la condición de persona políticamente expuesta (PEP) del autor o partícipe de los delitos de corrupción o de criminalidad organizada.

2.2.4. Respeto de las penas principales y accesorias

1. Sancionar los delitos de peculado, colusión, tráfico de influencias, soborno y enriquecimiento ilícito con una pena principal mínima de 3 años de privación de libertad.

2. Fortalecer el efecto disuasorio de las penas principales privativas de libertad, de inhabilitación y de multa, con penas más severas y específicas para los delitos de corrupción y crimen organizado cuando se cometan por PEP (mandatarios, ministros de Estado, parlamentarios, magistrados de altas cortes, etc.) en abuso de su cargo o posición para ejecutar, facilitar o encubrir los hechos punibles. La regulación peruana puede servir de referente en esta cuestión, al prever formas de inhabilitación perpetua revisable y extinguable al cumplirse 20 años de ejecución.

3. Regular una escala diferenciada de penas que, en ausencia de un sistema de sanciones penales especiales para las PEP, tenga presente la condición de alto funcionario del autor o partícipe en delitos de corrupción.

4. Incluir un régimen de determinación de la pena de multa de aplicación porcentual o que represente un múltiplo del importe dinerario del beneficio económico ilícitamente obtenido con la comisión de un delito de corrupción. Particularmente, se recomienda una multa equivalente al 50% más de dicho importe o al doble del mismo. En este sentido, la regulación chilena puede servir de orientación.

2.2.5. Respeto del régimen penitenciario y los subrogados penales

1. Derogar las restricciones impuestas a los condenados por delitos de corrupción para el acceso a los subrogados penales y otros

beneficios penitenciarios. Estas restricciones son el resultado de primar medidas de “eficacia simbólica”, a pesar de la crisis del sistema penitenciario, y sin que se hayan explorado en profundidad los efectos que los subrogados penales pueden tener en la desarticulación de las organizaciones criminales. Este tipo de medidas favorecen a que los condenados puedan ser reemplazados y que las estructuras o instituciones que promueven la corrupción puedan permanecer intactas. Además, son contrarias a la resocialización y reintegración como fines de la pena, y contribuyen al empeoramiento de las condiciones generales del sistema penitenciario. La gravedad del delito, que determina un merecimiento específico de la pena del delito, no debería condicionar la posibilidad de acceder a beneficios penitenciario en igualdad de condiciones con las demás personas condenadas, puesto que este aspecto no se relaciona con el daño causado, sino con las posibilidades individuales de reincorporación social.

2. Fomentar el debate sobre las razones político criminales que han llevado a la extensión del plazo de prescripción, e incluso a la adopción de la imprescriptibilidad de la acción penal, en los delitos de corrupción. Así mismo, en caso de que se considere necesaria esta extensión, proceder a la misma mediante su vinculación al momento de la identificación y perduración del daño ocasionado por el delito (en lugar de al momento de su comisión). Ello debido a que esta alternativa, si bien plantea sus propios problemas, resulta menos restrictiva de derechos fundamentales.

2.2.6. Respeto de las amnistías y los indultos

1. Mantener los esfuerzos en los países latinoamericanos que han sufrido crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos, para que las leyes de amnistías que tratan de impedir su investigación y enjuiciamiento no sean aplicadas. El derecho internacional prohíbe que estas conductas puedan quedar en la impunidad y recoge toda una serie de derechos de las víctimas que deben garantizarse.

2. Avanzar para alcanzar un acuerdo entre los países latinoamericanos para que el uso de las figuras de la amnistía y del indulto se vete, en supuestos de criminalidad ordinaria, para favorecer la impu-

nidad por delitos de corrupción (la adopción de este tipo de medidas es también necesario en los países no latinoamericanos objeto de estudio, como España, EE.UU. e Italia).

3. Proceder únicamente a la valoración de la oportunidad de conceder este tipo de medidas de gracia por delitos de contenido económico o vinculados con la corrupción, en situaciones excepcionales de justicia transicional que buscan superar contextos excepcionales de violencia y el desarme de los actores armados, condicionando, en todo caso, su concesión a la reparación de las víctimas y la realización de aportes significativos a la verdad.

3. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA

Teniendo en cuenta que la mayor parte de las recomendaciones generales y específicas formuladas para el ámbito latinoamericano son también aplicables a Colombia (incluyendo el debate en torno a los estudios mencionados y la oportunidad de incorporar a la legislación colombiana alternativas al uso preferente del castigo penal en relación con los delitos de corrupción), y a la luz de lo expuesto en los distintos capítulos de la presente obra, se presentan a continuación las recomendaciones específicas formuladas por los autores para el sistema colombiano, teniendo en cuenta la necesidad de promover una mayor efectividad de la ley y su aplicación real, en la medida en que se observa que los desarrollos normativos de los últimos años pierden su potencialidad como instrumentos de lucha contra la corrupción, en especial cuando se vincula al COT, si no se garantiza su aplicación.

3.1. Respecto de los actos preparatorios punibles, la asociación ilícita y la tentativa

1. Valorar la idoneidad de tipificar los actos preparatorios (actualmente no incriminados en la legislación penal colombiana), especialmente cuando son varias las personas las que intervienen en la preparación delictiva, y, en su caso, implementar un sistema de tipificación de los actos preparatorios únicamente aplicable a un nú-

mero tasado de delitos, donde se contemplen los delitos contra la administración pública y las modalidades más graves de otros actos de corrupción, incluidos cuando se asocian al COT.

2. Valorar la idoneidad de revisar la tipificación de la asociación ilícita en cuanto a los elementos definatorios de esta figura y los criterios para su aplicación. Esto con el fin de buscar, en la medida de lo posible, un mayor nivel de armonización con la legislación penal de los países de la región. Particularmente se recomienda introducir legislativamente la distinción en el concierto para delinquir de formas de asociación ilícita y bandas criminales o grupos criminales, ampliando su aplicación más allá de contextos circunscritos a fenómenos criminales de guerra como el paramilitarismo. En este sentido, puede servir de exponente en esta reflexión la regulación peruana y española al respecto, en consonancia con la Convención de Mérida.

3. Determinar con mayor claridad el momento de inicio de la fase de ejecución, y prever que la tentativa pueda ser aplicada a los delitos dolosos de corrupción. A estos efectos, la legislación chilena podría servir como punto de referencia, al recoger un criterio de peligrosidad objetiva para el bien jurídico.

3.2. Respeto de las circunstancias atenuantes: especial atención a la cooperación eficaz

1. Extender la atenuación específica del art. 401 del CP, referida al delito de peculado, con carácter general, a los delitos de corrupción, posibilitando una reducción de la pena para quienes lleven a cabo una conducta reparadora-restitutoria antes del inicio de la investigación. La restitución del producto del delito y la reparación del daño causado contribuyen a la reducción del daño sufrido, por lo que en términos de proporcionalidad el beneficio de la atenuación de la pena resulta adecuado.

2. Determinar con precisión en el art. 401 del CP tanto la conducta exigida al infractor como el beneficio en la penalidad que puede obtener, en función de la fase procesal en la que se produce. Esto a efectos de garantizar la seguridad jurídica y el compromiso requerido al infractor.

3. Precisar normativamente el contenido de la “información útil” que proporciona el colaborador a los tribunales, en particular en relación con el art. 324.18 del CPP para delitos de cohecho, en atención al principio de oportunidad que rige en el sistema procesal colombiano. La falta de seguridad jurídica en la definición de esta circunstancia y la discrecionalidad que se le otorga a los tribunales en la valoración del esfuerzo colaborativo, puede desmotivar a cooperar con la justicia si quien colabora o delata no conoce las condiciones de acceso al incentivo premial.

4. Valorar la conveniencia de limitar el beneficio mitigador de la responsabilidad de la colaboración sustancial a una reducción de la pena, a los efectos de compatibilizar la finalidad utilitarista de este incentivo con la eficacia preventiva de la pena. Se recomienda evitar que la sociedad civil perciba que se otorga a los denunciantes una eventual impunidad, como un privilegio injustificado, de manera que se recomienda condicionar esta al suministro de información sustancial sobre la estructura delictiva y sus líderes o promotores, además de limitarse a una colaboración en un momento incipiente de la investigación.

5. Compilar y publicar por la Fiscalía General de la Nación las estadísticas relativas a la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos alcanzados en el ámbito de los delitos de corrupción, con el fin de asegurar una mayor transparencia y claridad en las condiciones y contenidos que debe tener la denuncia del colaborador para la concesión del beneficio de mitigación de la responsabilidad. Esta información se presenta de gran utilidad, tanto para fomentar un mayor control por la sociedad civil de la utilización de este tipo de mecanismos procesales, como para comprender, en función de las particularidades de cada caso concreto, las características que ha de tener la colaboración para que sea considerada útil por las autoridades judiciales.

3.3. Respeto de las circunstancias agravantes

1. Introducir la reincidencia como factor de agravación cualificado, siguiendo la estela del resto de sistemas jurídicos de América Latina, en especial, Perú, que la incluye de modo especial para los

delitos de criminalidad organizada. En este sentido, se recomienda igualmente que a efectos de reincidencia computen las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, en la medida en que la corrupción (en particular, cuando está asociada al COT) tiene un fuerte componente de transnacionalidad.

2. Introducir como agravante cualificada el hecho de que el delito de corrupción se cometa desde una organización criminal que ha sido creada y está integrada por PEP que abusan de su posición de poder para cometer, facilitar o encubrir el delito. La Ley peruana 30.077 contra el crimen organizado puede ser un buen exponente en esta dirección.

3. Impulsar una reforma del CP que introduzca reglas específicas para resolver los problemas derivados de la concurrencia, homogénea o heterogénea, de circunstancias agravantes. Aunque la regulación actualmente vigente regula implícitamente posibilidades de acumulación de efectos para la concurrencia de circunstancias homogéneas y de compensación para el supuesto de concurrencia heterogénea (sistema de cuartos), se considera conveniente mejorar esta técnica legislativa, aportando una regla expresa en la tónica que establece el CP italiano.

3.4. Respecto de las penas principales y accesorias

1. Reformar la regulación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la pérdida del empleo o cargo público, de manera que su imposición, siempre que se aplique al condenado una pena principal de prisión, se autorice exclusivamente cuando el delito se comete con abuso o prevalimiento de aquellos, en línea con lo previsto en el art. 39 del CP peruano.

2. Configurar tipos penales agravados para las PEP que incurran, faciliten o encubran delitos de corrupción, incluidos los asociados al COT. Con esto se busca reflejar que, debido a la posición jerárquica de las PEP, los delitos de corrupción en los que participan abusando de sus funciones y deberes especiales generan un mayor impacto en la ciudadanía, particularmente cuando el marco constitucional les atribuye privilegios e inmunidades que fomentan en la conciencia

ciudadana una imagen de impunidad. En este sentido, sería recomendable introducir una modalidad especial de inhabilitación perpetua para acceder a cargos públicos y altos puestos de gestión pública, en la línea con la regulación peruana para determinados delitos de corrupción y de COT.

3.5. Respeto del régimen penitenciario y los subrogados penales

1. Evaluar la oportunidad de incorporar a la legislación colombiana regímenes abiertos o semiabiertos de tratamiento penitenciario, como existen en otras legislaciones de la región. Esto ante el aumento generalizado de la población carcelaria, con el consiguiente deterioro de las condiciones penitenciarias, lo que afecta especialmente a las clases más desfavorecidas de la sociedad, como consecuencia del creciente punitivismo experimentado en Colombia, cuya legislación recoge unas penas de prisión notablemente elevadas en comparación con las previstas en el resto de países de la región, y donde, al margen de los casos de prisión domiciliaria para condenas de hasta 8 años, solo existe el régimen cerrado intramural de cumplimiento de la pena de prisión (a lo que hay que unir la exigencia del porcentaje más alto entre los países latinoamericanos analizados de cumplimiento de la pena para poder acceder a la libertad condicional).

2. Eliminar toda forma de diferenciación negativa en el tratamiento penitenciario (prohibiciones generales al acceso a regímenes alternativos a la prisión, a formas de flexibilización del encierro y otras formas de reintegración social) de los condenados comunes y los condenados por delitos de corrupción, al no existir fundamento para limitar el derecho constitucional a su rehabilitación. En particular, se recomienda derogar las restricciones impuestas a los condenados por delitos de corrupción para el acceso a los subrogados penales y otros beneficios penitenciarios, porque la gravedad del delito no debería condicionar la posibilidad de acceder a beneficios penitenciario ya que este aspecto no se relaciona con el daño causado, sino con las posibilidades individuales de reincorporación social.

4. Fomentar el debate sobre las razones político criminales que han llevado a la extensión del plazo de prescripción en los delitos de corrupción, y, en caso de que se considere necesaria esta extensión,

llevarla a cabo mediante la vinculación de la prescripción al momento de la identificación y perduración de los efectos dañinos de la conducta típica (en lugar de al momento de su comisión).

3.6. Respeto de las medidas de gracia

1. Promover el debate sobre la oportunidad, o no, de considerar la concesión de amnistías o indultos por delitos de corrupción en contextos de transición, dadas las especiales circunstancias del conflicto armado colombiano, con el fin de lograr objetivos que trascienden de los perseguidos por la justicia ordinaria.

A este respecto, conviene tener en cuenta que, hasta el momento, los delitos de corrupción y otros delitos económicos perpetrados por actores armados públicos y privados no han sido, como regla general, considerados en los procesos de transición. Sin embargo, en un contexto tan particular como el colombiano, sería positivo tener un debate serio e informado sobre las ventajas e inconvenientes de conceder medidas de gracia por estos delitos, con el fin de: (a) superar la gran inestabilidad social generada por décadas de violencia; (b) poder negociar la recuperación del dinero expoliado de las arcas públicas mediante conductas corruptas (el cual podría ser utilizado para reparar a las víctimas y fortalecer las garantías de no repetición); y (c) obtener aportes sustanciales, exhaustivos y detallados a la verdad sobre las circunstancias particulares y contextuales de los delitos cometidos, lo que, además de ayudar a satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad, podría dotar al Estado de nuevas herramientas para evitar volver a caer en una situación de conflicto y prevenir de manera más efectiva la comisión de nuevos delitos de corrupción vinculados a la violencia armada.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

978-84-1071-455-7



9 788410 714557



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**



Facultad de
Jurisprudencia



Facultad de Estudios
Interdisciplinarios,
Políticos y Urbanos

