

COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
71° periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño
11 a 29 de enero de 2016

**INFORME DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS PARA LA 71°
SESIÓN DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL
NIÑO EN EL EXAMEN DEL INFORME PERIÓDICO DEL PERU DE CONFORMIDAD
CON EL ARTÍCULO 12 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA
PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA
PORNOGRAFIA**

Enviado en diciembre del 2015

La Comisión Internacional de Juristas está compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho, usando su experiencia jurídica para desarrollar y fortalecer sistemas de justicia nacionales e internacionales. Establecida en 1952, la Comisión goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la ONU desde 1957 y está activa en los cinco continentes. La Comisión busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, la salvaguardia de la separación de poderes, y la garantía de la independencia de la judicatura y de la profesión legal.

Informe de la CIJ para la 71° sesión del Comité sobre los Derechos del Niño en el examen del informe del Perú- Protocolo Facultativo sobre la venta de niños

Informe de la CIJ para la 71° sesión del Comité sobre los Derechos del Niño en el examen del informe del Perú sobre la aplicación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía

1. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) agradece la oportunidad de contribuir al examen por el Comité de los Derechos del Niño (el Comité) del informe del Perú en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (PFVN).

RESUMEN EJECUTIVO

2. Con el presente informe la CIJ busca brindar al Comité información complementaria sobre el cumplimiento por parte del Perú de sus obligaciones en virtud del artículo 3, párrafo 4, del PFVN relativo a la responsabilidad legal de la persona jurídica o moral en el ordenamiento legal peruano.

3. El presente informe no constituye un informe alternativo completo y se centra únicamente en la falta de cumplimiento por el Estado parte de sus obligaciones en virtud del artículo 3, párrafo 4, del PFVN relativo a la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas o morales en la legislación peruana.

4. La CIJ concluye con una lista de posibles recomendaciones acerca de las medidas que el Perú debería tomar con el fin de cumplir plena y eficazmente sus obligaciones en virtud del PFVN.

I. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA O MORAL EN LA LEGISLACION PERUANA

5. En su Lista de cuestiones relativa al informe presentado por el Perú en virtud del artículo 12, párrafo 1 del PFVN,¹ el Comité solicitó al Estado parte que se sirva "proporcionar información sobre si la legislación del Estado parte prevé la responsabilidad penal, civil y/o administrativa de las personas jurídicas por actos u omisiones relativos a los delitos previstos en el Protocolo Facultativo."²

6. En su respuesta a la lista de cuestiones,³ el Estado parte respondió de la siguiente manera:

"27. Nuestra legislación no prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en actos u omisiones relativos a los delitos previstos en el Protocolo. Sin embargo, en el artículo 104°, 105° y 105-A prevé la privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas, medidas aplicables a las personas jurídicas y los criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, descritas en el Decreto Legislativo N° 635, Código Penal."

7. La CIJ considera que la información provista por el Estado parte es insuficiente y equívoca pues soslaya el hecho que el Perú habiendo ratificado el PFVN en el año

¹ Lista de cuestiones relativa al informe presentado por el Perú en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, CRC/C/OPSC/PER/Q/1, 14 julio 2015.

² *Ibidem.*, párrafo 10.

³ Lista de cuestiones relativa al informe presentado por el Perú en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Adición, Respuestas del Perú a la lista de cuestiones, CRC/C/OPSC/PER/Q/1/Add.1, 17 noviembre 2015.

Informe de la CIJ para la 71° sesión del Comité sobre los Derechos del Niño en el examen del informe del Perú- Protocolo Facultativo sobre la venta de niños

2002, no ha dado cumplimiento hasta el momento a sus obligaciones establecidas en virtud del artículo 3, párrafo 4, del PFVN. A pesar de que se han presentado oficialmente proyectos de ley al Congreso de la República, el Estado parte no solo tarda en adoptar la legislación necesaria sino que parece ignorar sus obligaciones internacionales en la materia.

8. La legislación peruana no contempla la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por los delitos previstos en el PFVN, tal como el Estado parte informa. El Código Penal peruano vigente tampoco contempla la responsabilidad penal directa o autónoma de las personas jurídicas por la comisión de ilícitos penales, pero sí contempla la responsabilidad accesoria o derivada por haber servido como instrumento, facilitador o encubridor del delito que puede hacer a la persona jurídica objeto de sanciones penales. Sólo las personas naturales, administradores y representantes de las personas jurídicas, asumen la responsabilidad directa por el ilícito penal. A la persona jurídica se le aplican ciertas medidas como consecuencia de la sentencia a la persona natural, pero la persona jurídica misma no es considerada como el sujeto activo del delito.

9. El artículo 104 del Código Penal peruano⁴ establece la responsabilidad civil subsidiaria de la persona, en caso de delitos cometidos por sus funcionarios o dependientes –en el contexto de actividades propias de la persona jurídica – cuando el peculio de éstos no sea suficiente para responder por la reparación civil al agraviado.⁵

10. Por su parte, el artículo 105 del Código Penal hace referencia a medidas aplicables a la persona jurídica cuando el hecho punible sea cometido “en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo”. Se trata, entonces, de consecuencias accesorias o especiales, aplicables, teóricamente, en relación a la comisión de cualquier delito previsto en el Código Penal.⁶

11. Debido a que por más de 18 años estas disposiciones penales no habían sido aplicadas de manera general y coherente, el Poder Judicial en reunión de Pleno Jurisdiccional de noviembre 2009⁷ emitió un Acuerdo Plenario.⁸ Este Acuerdo fija

⁴ Código Penal 1991, D. Leg. 635.

⁵ Ver de manera general, para el análisis subsiguiente, Comisión Internacional de Juristas, *Acceso a la Justicia: empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú*, Ginebra, 2013, págs. 17 y ss. Disponible en: <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2013/06/PERU-REPORTELECTRONIC.pdf>

⁶ “Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.”

⁷ V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. El pleno jurisdiccional es una figura regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata de una reunión de jueces de instancias superiores, de una determinada especialidad para fijar interpretaciones que se pretenden sean vinculantes. Dificilmente los plenos jurisdiccionales pueden reconocerse como fuente

Informe de la CIJ para la 71° sesión del Comité sobre los Derechos del Niño en el examen del informe del Perú- Protocolo Facultativo sobre la venta de niños

criterios para la aplicación de medidas a la persona jurídica y establece reglas procesales para la imputación y procesamiento de esta, garantizando el derecho al debido proceso, incluido el derecho a la defensa y a una resolución fundada en derecho y congruente. Esto significa que la empresa se incorporará al proceso en sede de instrucción mediante una resolución judicial de imputación, sin traspasar el marco legislativo impuesto por el artículo 105 del Código penal. Entre otros elementos, el Acuerdo instruye a los jueces que verifiquen, antes de aplicar medidas accesorias a las personas jurídicas, que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito. Según esta aclaración judicial, bajo el Código penal peruano vigente mientras que una persona natural no haya sido condenada judicialmente por la comisión del delito el juez no podrá aplicar las consecuencias accesorias a la persona jurídica que haya facilitado o encubierto el delito. Luego de adoptar este Acuerdo, el Poder Judicial presentó el proyecto de ley N° 1627-2012-PJ al Congreso, dirigido a establecer de manera más autónoma la responsabilidad de la persona jurídica.⁹

12. Actualmente está en debate en el Congreso de la República un proyecto de ley de nuevo código penal (proyecto sustitutorio) que a pesar de las deficiencias del código actual en materia de responsabilidad de la persona jurídica no toma en cuenta las obligaciones del Estado parte en virtud del PFDN. Este proyecto admite, por primera vez en la legislación peruana, la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas.¹⁰ Es decir, el proyecto admite que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad de la(s) persona(s) natural(es) que actúan por ella y cometen el delito.

13. Sin embargo, el proyecto no contempla las obligaciones del Estado parte en virtud del artículo 3, párrafo 4, del PFDN. El proyecto de artículo 130 que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica la limita solo al delito tipificado en el artículo 584: cohecho activo transnacional. La exposición de motivos señala que este es el consenso al que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso habría llegado, y afirma que con esto el Estado parte cumpliría con los "estándares previstos por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales."¹¹

14. Debe señalarse que en diciembre 2014 el poder ejecutivo había presentado un anteproyecto de ley que precisamente proponía la introducción en el Código penal peruano de la figura de la responsabilidad de la persona jurídica solamente por el delito de cohecho internacional. Ello en atención a la necesidad de cumplir con los requisitos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y en relación a la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.¹² Los esfuerzos del Estado parte en cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de combate a la corrupción son sin lugar a dudas loables, sin embargo la ausencia en el dictamen de

de derecho. Sin embargo, entre los magistrados se evidencia cierta conciencia de obligatoriedad para cumplir lo contenido en el acuerdo plenario.

⁸Acuerdo Plenario 007-2009-CJ-116, noviembre 2009. El Acuerdo Plenario puede descargarse en: <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=331>, consulta: 25 de octubre de 2012.

⁹Se trata del proyecto de ley N° 1627-2012-PJ, que fue presentado el 23 de octubre de 2012 al Congreso. Esta iniciativa puede consultarse en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/c1e0d7b51e9b00fb05257aa20069229f/\\$FILE/PL01627241012.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/c1e0d7b51e9b00fb05257aa20069229f/$FILE/PL01627241012.PDF) (última visita 26 de octubre de 2012).

¹⁰ Sección VIII del proyecto sustitutorio, Comisión de justicia y derechos humanos- Periodo anual de sesiones 2014-2015, Dictamen sobre proyectos de Ley con texto sustitutorio, 9 de diciembre del 2014. Exposición de motivos párrafos 41 a 48, texto de artículos 131 al 144.

¹¹ *Ibidem.*, párrafo 48.

¹² Proyecto de Ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en delitos de corrupción, 3 de diciembre del 2014, página 11-12.

Informe de la CIJ para la 71° sesión del Comité sobre los Derechos del Niño en el examen del informe del Perú- Protocolo Facultativo sobre la venta de niños

la Comisión de Justicia de mención alguna al PFVN entre los instrumentos internacionales a los cuales el nuevo proyecto de Código penal debería adecuarse sustentaría la conclusión que el Estado parte ignora sus obligaciones en virtud del Protocolo Facultativo.

15. El Estado parte no puede excusar su incumplimiento con el argumento que el PFVN establece una obligación flexible que estaría siendo cumplida con el actual artículo 105 del código penal. Debe entenderse que el artículo 3, párrafo 4, del PFVN, al igual que el Artículo 2 de la Convención OCDE sobre el cohecho transnacional, establece una obligación de adoptar legislación que contempla la responsabilidad **autónoma** de la persona jurídica, y no una responsabilidad accesoria o derivada como la del actual artículo 105 del código penal. Esto puede concluirse de la letra e interpretación del artículo 2 de la Convención OCDE: "Cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero". Los expertos del Grupo de trabajo sobre cohecho transnacional de la OCDE han establecido que en virtud de dicho artículo 2 los sistemas legales de los Estados no deben "restringir dicha responsabilidad [de la persona jurídica] a casos donde la(s) persona(s) natural que cometió el delito es perseguida y condenada".¹³ Es decir, la responsabilidad de la persona jurídica tiene que ser independiente del de la persona natural. Las obligaciones establecidas en virtud del artículo 3, párrafo 4, del PFVN deben interpretarse de la misma manera.

16. Adicionalmente, debe observarse que el proyecto de ley sustitutorio de código penal actualmente en debate, establece en su artículo 130, párrafo 4, una causal de exoneración de responsabilidad de la persona jurídica que contradice el espíritu del PFVN. Dicha exoneración establece que:

"Las personas jurídicas no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión del delito, hubieren adoptado e implementado un modelo de prevención, de conformidad con lo establecido en el artículo 141".

17. El artículo 141 establece un modelo de prevención que contempla órganos de auditoría interna, actividades y procesos de identificación de riesgos, sistemas de denuncia y sanción y de supervisión interna.

18. De adoptarse esta causal de exoneración de responsabilidad penal, bastará que la persona jurídica adopte e implemente dicho modelo de prevención para quedar exento de responsabilidad y sanción, aun cuando en la práctica dicha implementación sea ineficiente y se hayan cometido delitos por cuenta y en nombre de la persona jurídica.

II. RECOMENDACIONES

19. La Comisión Internacional de Juristas se permite sugerir las siguientes como posibles recomendaciones al Estado parte para que tome medidas en cumplimiento de sus obligaciones en virtud el artículo 3, párrafo 4, del PFVN.

20. La incorporación, de manera inmediata y urgente, de los delitos establecidos por los artículos 2 y 3 del PFVN, dentro de la relación de delitos susceptibles de acarrear responsabilidad penal de la persona jurídica en el proyecto de nuevo Código penal peruano:

¹³ Guía de buenas prácticas sobre la aplicación de artículos específicos de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, Anexo I.

Informe de la CIJ para la 71° sesión del Comité sobre los Derechos del Niño en el examen del informe del Perú- Protocolo Facultativo sobre la venta de niños

- a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2 del PFVN:
 - i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
 - a. Explotación sexual del niño;
 - b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c. Trabajo forzoso del niño;
 - ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;
- b) Ofrecer, obtener, facilitar o proporcionar un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;
- c) Producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con los fines antes señalados, material pornográfico en que se utilicen niños, en el sentido en que se define en el artículo 2 del PFVN.

21. La eliminación del artículo 130, párrafo 4, del proyecto de Código que establece una causal de exoneración de responsabilidad de la persona jurídica que es confusa y contraria al espíritu del PFVN. La adopción de un modelo de prevención por parte de la persona jurídica debería mantenerse como causal de atenuación de responsabilidad (tal como se contempla en otro artículo del proyecto de nuevo código), pero no como causal de exoneración de responsabilidad. De esta manera se incentivará a la persona jurídica a que adopte y aplique planes de prevención comprensivos sin por ello establecer una exoneración de responsabilidad automática.

22. El Comité debería brindar orientación al Estado parte, y a todos los Estados parte en el PFVN, sobre el contenido de las obligaciones en virtud del párrafo 4 del artículo 3 del PFVN. Esto podría hacerse a través de una actualización de la guía para la preparación de informes o en un documento separado.